

COORDENADORES

Luís Eduardo Schoueri

Luís Flávio Neto

Rodrigo Maito da Silveira

Anais – VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional

Novos Paradigmas da Tributação Internacional e a Covid-19



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

**Anais – VIII Congresso Brasileiro
de Direito Tributário Internacional**

**Novos Paradigmas da
Tributação Internacional
e a Covid-19**

COORDENADORES
Luís Eduardo Schoueri
Luís Flávio Neto
Rodrigo Maito da Silveira

Anais – VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional

Novos Paradigmas da Tributação Internacional e a Covid-19



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 – 2020

© Vários autores
Todos os direitos desta edição reservados.



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Av. Brigadeiro Luís Antônio, 290 – 7º andar – conjuntos 71 e 72
CEP 01318-902 – São Paulo – SP – Fone/Fax: (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: João Francisco Bianco
Diretor Financeiro: Rodrigo Maito da Silveira
Diretores Executivos: Fernando Aurelio Zilveti e Luís Flávio Neto

Conselho Deliberativo: Bruno Fajersztajn, Fabiana Carsoni Alves F. da Silva, Humberto Bergmann Ávila, José Maria Arruda de Andrade, Mara Eugênia Buonanno Caramico, Martha Toribio Leão, Paulo Victor Vieira da Rocha, Ricardo Maitto da Silveira 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 (8 : 2020 : São Paulo, SP)

C759 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.

610 p.; 23 cm.

ISBN 978-65-86252-01-9
ISBN e-PUB 978-65-86252-02-6

1. Direito Tributário Internacional 2. COVID-19 3. Evento
4. Brasil 5. 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. Tributação Internacional : Brasil
3. COVID-19

Revisão: Carolina Massanhi / Lilian Mendes Moreira. *Editoração:* Nelson Mitsuhashi
Impressão e acabamento: Edições Loyola

Programa do VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional

<p>VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional. IBDT/DEF-USP Edição On-line Extraordinária: Novos paradigmas da tributação internacional e a COVID-19.</p> <p>Realização: Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Desenvolvimento do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, USP.</p> <p>Coordenação: Luís Eduardo Schoueri Luís Flávio Neto Rodrigo Maito da Silveira</p> <p>Datas: 16, 17 e 18 de setembro de 2020.</p> <p>Tradução simultânea será disponibilizada (Português-Inglês e Inglês-Português).</p> <p>E-book: os participantes receberão livro digital com artigos elaborados pelos palestrantes sobre os temas abordados no Congresso</p> <p>Inscrições: www.ibdt.org.br/congresso</p> <p>Certificado: os participantes receberão um certificado digital de presença se frequentarem pelo menos 75% dos painéis do Congresso.</p>	<p>VIII Brazilian Congress on International Tax Law. IBDT/DEF-USP Extraordinary Online Edition: New Paradigms of International Taxation and the COVID-19.</p> <p>Organized by: The Professional Master's Degree in International Tax Law and Development of the Brazilian Institute of Tax Law Department of Economy, Financial and Tax Law at the Faculty of Law of Largo São Francisco, University of São Paulo</p> <p>Coordination: Luís Eduardo Schoueri Luís Flávio Neto Rodrigo Maito da Silveira</p> <p>Dates: September 16th, 17th and 18th, 2020.</p> <p>Simultaneous translation will be available (Portuguese-English and English-Portuguese).</p> <p>E-book: Participants will receive an e-book with papers from the speakers on the topics covered by the Congress</p> <p>Subscriptions: www.ibdt.org.br/congresso</p> <p>Certificate: participants will receive a digital certification of attendance if they are present in at least 75% of the panels of the Congress.</p>
<p>PROGRAMA 16 de setembro 2020 (Quarta-feira)</p>	<p>PROGRAM (Brazilian time: UTC-3:00) September 16th, 2020 (Wednesday)</p>
<p>9hs-10:30hs: Novas fundações do Direito Tributário Internacional? A OCDE, seus Pilares I e II e a COVID-19</p> <p>Luciana Rosanova Galhardo (Presidente). Mestre em Direito Tributário pela USP. <i>Brasil</i></p> <p>Daniel Prates (Moderador). Mestrando em Direito Tributário Internacional e Desenvolvimento do IBDT.</p>	<p>9hs-10:30hs: International Tax Law new foundations? Pillars I and II of OCDE and the COVID-19</p> <p>Luciana Rosanova Galhardo (President). Master in Law, University of São Paulo – USP. <i>Brazil</i></p> <p>Daniel Prates (Moderator). Master Candidate in International Tax Law and Development at IBDT.</p>

<p>Flavio Antonio Gonçalves Martins Araujo. Chefe da Assessoria de Relações Internacionais da Receita Federal do Brasil e Representante do Brasil no Steering Group of the Inclusive Framework (OCDE). <i>Brazil</i></p> <p>Tomas Balco. Consultor Sênior (BEPS) na Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. LLM pela Universidade de Viena. <i>França</i></p> <p>Belema Obuoforibo. Diretora do International Bureau of Fiscal Documentation – IBFD. <i>África do Sul, Holanda.</i></p> <p>Yariv Brauner. Professor na Universidade da Flórida. <i>EUA</i></p> <p>Luís Eduardo Schoueri. Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da USP. Vice-presidente e Pró-reitor de Pós-graduação do IBDT. <i>Brazil</i></p>	<p>Flavio Antonio Gonçalves Martins Araujo. Head of the International Relations Office of the Federal Revenue of Brazil and Delegate of Brazil in the Steering Group of the Inclusive Framework (OECD). <i>Brazil</i></p> <p>Tomas Balco. Senior advisor (BEPS) at Organization for Economic Cooperation and Development – OECD. LLM, Wirtschaftsuniversität Wien. <i>France</i></p> <p>Belema Obuoforibo. Director of the International Bureau of Fiscal Documentation – IBFD. <i>South Africa, The Netherlands</i></p> <p>Yariv Brauner. Professor at the Florida University. <i>Unites States</i></p> <p>Luís Eduardo Schoueri. Professor at University of São Paulo – USP. Vice-president and Dean of the Post-graduation of IBDT. <i>Brazil</i></p>
<p>10:45hs-12:15hs: Tributação em tempos de COVID-19: dedutibilidade de doações, tributação de subvenções governamentais e outros temas concreto</p> <p>Raquel Preto (Presidente). Doutora pela USP. <i>Brazil</i></p> <p>Juliana Midori Kuteken (Moderadora). Mestranda em Direito Tributário Internacional e Desenvolvimento do IBDT. <i>Brazil</i></p> <p>Ricardo Mariz de Oliveira. Presidente do IBDT. <i>Brazil</i></p> <p>Bruno Silva. Professor da Universidade de Amsterdam. Portugal, <i>Holanda</i></p> <p>Andres Baez Moreno. Professor na Univesidad Carlos III. <i>Espanha</i></p> <p>Carlo Garbarino. Professor na Universidade de Bocconi. <i>Itália</i></p>	<p>10:45hs-12:15hs: Taxation in times of COVID-19: deductibility of donations, taxation of governmental grants and other related topics</p> <p>Raquel Preto (President). PhD, USP. <i>Brazil</i></p> <p>Juliana Midori Kuteken (Moderator). Master Candidate on International Tax Law and Development at IBDT. <i>Brazil</i></p> <p>Ricardo Mariz de Oliveira. President of IBDT. <i>Brazil</i></p> <p>Bruno Silva. Professor at Amsterdam University. Portugal, <i>The Netherlands</i></p> <p>Andres Baez Moreno. Professor at Univesidad Carlos III. <i>Spain</i></p> <p>Carlo Garbarino. Professor at Bocconi University. <i>Italy</i></p>
<p>13:30hs-15hs: A era pós-BEPS: implementação de minimum standards e outros problemas concretos</p> <p>João Dácio Rolim (Presidente). Professor do IBDT. <i>Brazil</i></p> <p>Adriana Brito (Moderadora). Mestranda em Tributação Internacional e Desenvolvimento do IBDT. <i>Brazil</i></p> <p>Sérgio André Rocha. Professor do IBDT e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. <i>Brazil</i></p>	<p>13:30hs-15hs: The after-BEPS Era: the implementation of the minimum standards and other related issues</p> <p>João Dácio Rolim (President). Professor at IBDT. <i>Brazil</i></p> <p>Adriana Brito (Moderator). Master Candidate on International Tax Law and Development at IBDT. <i>Brazil</i></p> <p>Sérgio André Rocha. Professor at IBDT and of the State of Rio de Janeiro's University – UERJ. <i>Brazil</i></p>

<p>Natalia Quiñones. Doutoranda em Direito Tributário na Universidade de Amsterdam. <i>Colômbia</i></p> <p>Paulo Rosenblatt. Professor na Universidade Católica de Pernambuco. Procurador do Estado de Pernambuco. <i>Brasil</i></p> <p>Craig West. Professor da Universidade de Cape Town. Membro do IBFD. <i>Holanda</i></p>	<p>Natalia Quiñones. PhD Candidate in Tax Law at Amsterdam University. <i>Colombia</i></p> <p>Paulo Rosenblatt. Professor at the Catholic University of Pernambuco. Public Attorney of State of Pernambuco. <i>Brazil</i></p> <p>Craig West. Professor of Cape Town University. Member of IBFD. <i>The Netherlands</i></p>
<p>15:15hs-16:45hs: Questões atuais dos preços de transferência nos países em desenvolvimento</p> <p>Durval Portela (Presidente). Mestre pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. <i>Brasil</i></p> <p>Andres Ramirez (Moderador). Mestrando em Direito Tributário Internacional e Desenvolvimento do IBDT. <i>Brasil</i></p> <p>Victor Polizelli. Professor do IBDT. <i>Brasil</i></p> <p>Cláudia Pimentel. Mestranda em Direito Tributário Internacional e Desenvolvimento do IBDT. Coordenadora-geral de Tributação da Secretaria da Receita Federal. <i>Brasil</i></p> <p>Silvia Muñoz. Professora da Universidade de Lima. <i>Peru</i></p> <p>Victor Matchekhin. Professor da Kutafin Moscow State Law University e da Financial University under the Government of the Russian Federation. <i>Rússia</i></p>	<p>15:15hs-16:45hs: Update on transfer pricing issues in developing countries</p> <p>Durval Portela (President). Master, Federal University of Bahia. <i>Brazil</i></p> <p>Andres Ramirez (Moderator). Master Candidate in International Tax Law and Development at IBDT. <i>Brazil</i></p> <p>Victor Polizelli. Professor at IBDT. <i>Brazil</i></p> <p>Cláudia Pimentel. Master Candidate in International Tax Law and Development at IBDT. General Coordinator of Taxation at the Brazilian Federal Revenue Service. <i>Brazil</i></p> <p>Silvia Muñoz. Professor at Lima University. <i>Peru</i></p> <p>Victor Matchekhin. Professor at Kutafin Moscow State Law University and at Financial University under the Government of the Russian Federation. <i>Russia</i></p>
<p>17hs-18:00hs: Tributação na importação e exportação de serviços (IRRF, ISS e CIDE) na visão dos Tribunais brasileiros</p> <p>Roberto Quiroga Mosquera (Presidente). Professor na USP. <i>Brasil</i></p> <p>Ministro Luiz Alberto Gurgel de Faria. Ministro do Superior Tribunal de Justiça – STJ. Doutor e Mestre pela Universidade de Pernambuco. Professor na Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. <i>Brasil</i></p>	<p>17hs-18:00hs: Taxation on the Import and Export of Services (IRRF, ISS and CIDE) in the view of the Brazilian Courts</p> <p>Roberto Quiroga Mosquera (President). Professor at USP. <i>Brazil</i></p> <p>Minister Luiz Alberto Gurgel de Faria. Superior Court of Justice Minister. PhD and Master from Federal University of Pernambuco – UFPE. Professor at Federal University of Rio Grande do Norte – UFRN. <i>Brazil</i></p>
<p>17 de setembro de 2020 (Quinta-feira)</p>	<p>September 17th, 2020 (Thursday)</p>
<p>9hs-10:30hs: Territorialidade ou tributação em bases mundiais?</p> <p>João Francisco Bianco (Presidente). Professor e Diretor do IBDT. <i>Brasil</i></p>	<p>9hs-10:30hs: Territoriality or worldwide taxation?</p> <p>João Francisco Bianco (President). Professor and Director of IBDT. <i>Brazil</i></p>

<p>Amanda Garcia Panissa (Moderadora). Mestranda em Direito Tributário Internacional e Desenvolvimento do IBDT. <i>Brazil</i></p> <p>Eric Kemmeren. Professor na Universidade de Tilburg. <i>Holanda</i></p> <p>Monica Victor. Procuradora da Fazenda Nacional. Doutora pela Universidade da Flórida. <i>Brasil, EUA</i></p> <p>Fernando de Man. Professor da Universidade de Maastricht. <i>Brasil, Holanda</i></p> <p>Gustavo Haddad. Professor no Insper. <i>Brasil</i></p>	<p>Amanda Garcia Panissa (Moderator). Master Candidate in International Tax Law and Development at IBDT. <i>Brazil</i></p> <p>Eric Kemmeren. Professor at Tilburg University. <i>The Netherlands</i></p> <p>Monica Victor. PhD, University of Florida. Federal public attorney. <i>Brazil, USA</i></p> <p>Fernando de Man. Professor at Maastricht University. <i>Brazil, The Netherlands</i></p> <p>Gustavo Haddad. Professor at Insper. <i>Brazil</i></p>
<p>10:45hs-12:15hs: O Direito Tributário Internacional: desafios e lições durante o enfrentamento da COVID-19</p> <p>Bruno Fajersztajn (Presidente). Mestre em Direito Tributário, USP. <i>Brasil</i></p> <p>Ramon Tomazela Santos (Moderador). Mestre e Doutorando em Direito Tributário, USP. <i>Brasil</i></p> <p>Fernando Zilveti. Professor e Diretor do IBDT. <i>Brazil</i></p> <p>Agata Uceda. Professora da Universidade de Leiden. Espanha, <i>Holanda</i></p> <p>Fabiola Annacondia. Membro especializado em VAT do IBFD. <i>Holanda</i></p> <p>Diane Ring. Professora no Boston College Law School. <i>EUA</i></p>	<p>10:45hs-12:15hs: International Tax Law: challenges and lessons from the COVID-19 battle</p> <p>Bruno Fajersztajn (President). Master, USP. <i>Brazil</i></p> <p>Ramon Tomazela Santos (Moderator). Master and PhD Candidate, USP. <i>Brazil</i></p> <p>Fernando Zilveti. Professor and Director of IBDT. <i>Brazil</i></p> <p>Agata Uceda. Professor at Leiden University. Spain, <i>The Netherlands</i></p> <p>Fabiola Annacondia. Principal VAT Specialist at IBFD. <i>The Netherlands</i></p> <p>Diane Ring. Professor at Boston College Law School. <i>USA</i></p>
<p>13:30hs-15hs: Planejamento Tributário Internacional</p> <p>Marcos Aurélio Pereira Valadão (Presidente). Professor da Universidade Católica de Brasília. Pós-Doutorado em Direito pela UnB. <i>Brasil</i></p> <p>Clara Moreira (Moderador). Professora Colaboradora do Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Desenvolvimento do IBDT. Doutora pela USP. <i>Brasil</i></p> <p>Luís Flávio Neto. Coordenador e Professor do Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Desenvolvimento do IBDT. Postdoctoral Research Fellow no IBFD. <i>Brasil, Holanda</i></p> <p>Philip Baker. Professor visitante da University of Oxford e da University of London. Barrister, Queen's Counsel.</p>	<p>13:30hs-15hs: International Tax Planning</p> <p>Marcos Aurélio Pereira Valadão (President). Professor at Catholic University of Brasilia. Post-Doctorate in Law, UnB. <i>Brazil</i></p> <p>Clara Moreira (Moderator). Associate Professor of the Professional Master on International Tax Law and Development at IBDT. PhD, USP. <i>Brazil</i></p> <p>Luís Flávio Neto. Coordinator and Professor of the Professional Master on International Tax Law and Development at IBDT. Postdoctoral Research Fellow at IBFD. <i>Brazil, The Netherlands</i></p> <p>Philip Baker. Visiting professor at University of Oxford and University of London. Barrister, Queen's Counsel. <i>United Kingdom</i></p>

<p><i>Reino Unido</i> Isabel Garcia Calich da Fonseca. Professora Colaboradora do Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Desenvolvimento do IBDT. Doutora pela London School of Economics. <i>Brazil</i> Ana Cláudia Utumi. Professora do Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Desenvolvimento do IBDT. Doutora pela USP. <i>Brazil</i></p>	<p>Isabel Garcia Calich da Fonseca. Associate Professor of the Professional Master on International Tax Law and Development at IBDT. PhD, London School of Economics. <i>Brazil</i> Ana Cláudia Utumi. Professor of the Professional Master on International Tax Law and Development at IBDT. PhD, USP. <i>Brazil</i></p>
<p>15:15hs-16:45hs: Resolução de conflitos no Direito Tributário Internacional</p> <p>Paulo Ayres Barreto (Presidente). Professor da USP. <i>Brazil</i> Vanessa Ceconello (Moderadora). Mestranda em Direito Tributário Internacional e Desenvolvimento do IBDT. Conselheira do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF. <i>Brazil</i> Misabel Derzi. Professora da UFMG. <i>Brazil</i> Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro. Doutor pela USP. <i>Brazil</i> Tathiane Piscitelli. Professora da Fundação Getúlio Vargas – FGV. <i>Brazil</i> Heleno Torres. Professor Titular de Direito Financeiro da USP. <i>Brazil</i></p>	<p>15:15hs-16:45hs: Resolving International Tax Law Conflicts</p> <p>Paulo Ayres Barreto (President). Professor at USP. <i>Brazil</i> Vanessa Ceconello (Moderator). Master Candidate in International Tax Law and Development at IBDT. Judge at the Brazilian Administrative Tax Court – CARF. <i>Brazil</i> Misabel Derzi. Professor at UFMG. <i>Brazil</i> Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro. PhD, USP. <i>Brazil</i> Tathiane Piscitelli. Professor at Getúlio Vargas Foundation – FGV. <i>Brazil</i> Heleno Torres. Finance Law Full Professor at USP. <i>Brazil</i></p>
<p>17hs-18:30hs: International taxation on-demand: questões do Chat e Q&A dos painéis anteriores</p> <p>José Maria Arruda de Andrade (Presidente). Professor Livre-docente da USP. <i>Brazil</i> Eugenio Deliberato (Moderador). Mestrando em Direito Tributário Internacional e Desenvolvimento do IBDT. <i>Brazil</i> Ana Carolina Monguilod. LLM pela Universidade de Leiden. <i>Brazil</i> Paulo Victor Vieira da Rocha. Professor do IBDT. <i>Brazil</i> Ricardo Maitto da Silveira. Coordenador do Curso de Introdução e Atualização do IBDT. Mestre pela USP. <i>Brazil</i> Carlos Otávio Ferreira de Almeida. Professor do IBDT e da PUC/Campinas. Mestre pela UERJ. <i>Brazil</i></p>	<p>17hs-18:30hs: International taxation on-demand: Chat and Q&A issues from previous panels</p> <p>José Maria Arruda de Andrade (President). Associate Professor at USP. <i>Brazil</i> Eugenio Deliberato (Moderator). Master Candidate in International Tax Law and Development at IBDT. <i>Brazil</i> Ana Carolina Monguilod. LLM, Leiden University. <i>Brazil</i> Paulo Victor Vieira da Rocha. Professor at IBDT. <i>Brazil</i> Ricardo Maitto da Silveira. Master, USP. Professor at IBDT. <i>Brazil</i> Carlos Otávio Ferreira de Almeida. Professor at IBDT and PUC/Campinas. <i>Brazil</i> Valéria D'Alessandro. PostGraduate Professor at Argentine Catholic</p>

<p>Valéria D’Alessandro. Professora da Universidad Catolica Argentina. <i>Argentina</i> Romero Tavares. Professor do Insper. <i>Brazil</i></p>	<p>University. Argentina Romero Tavares. International Tax Law Professor at Insper. <i>Brazil</i></p>
18 de setembro de 2020 (Sexta-feira)	September 18th, 2020 (Friday)
<p>9hs-10:30hs: Tributação internacional em tempos de economia digitalizada</p> <p>Alessandra Brandão (Presidente). Professora da PUC/MG. Diretora da ABRADT. <i>Brazil</i> Renata Emery (Moderadora). Mestranda em Direito Tributário Internacional e Desenvolvimento do IBDT. <i>Brazil</i> Allison Christians. Professora na McGill University. <i>Canada</i> Rainer Prokisch. Professor da Universidade de Maastricht. <i>Holanda</i> João Félix Pinto Nogueira. Membro do IBFD. <i>Portugal, Holanda</i> Rodrigo Maito da Silveira. Professor e Diretor do IBDT. <i>Brazil</i></p>	<p>9hs-10:30hs: International Taxation on Digital Economy Era</p> <p>Alessandra Brandão (President). Professor at PUC/MG. Director of ABRADT. <i>Brazil</i> Renata Emery (Moderator). Master Candidate in International Tax Law and Development at IBDT. <i>Brazil</i> Allison Christians. Professor at McGill University. <i>Canada</i> Rainer Prokisch. Professor at Maastricht University. <i>The Netherlands</i> João Nogueira. Member of IBFD. <i>Portugal, The Netherlands</i> Rodrigo Maito da Silveira. Professor e Diretor do IBDT. <i>Brazil</i></p>
<p>10:45hs-12:15hs: O Direito Tributário Internacional pós-COVID-19: um novo futuro?</p> <p>Andre Dantas (Presidente). Professor da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Auditor Fiscal da Receita Federal. <i>Brazil</i> Martha Leão (Moderadora). Professora da Universidade Mackenzie. <i>Brazil</i> Guglielmo Maisto. Professor na Universidade Católica de Piacenza. <i>Itália</i> Vikram Chand. Professor na Universidade de Lausanne. <i>Índia, Suíça</i> Joanna C. Wheeler. Universidade de Amsterdam e Membro do IBFD. <i>Reino Unido, Holanda</i> Alexandre Alkmin. Professor na Faculdade Milton Campos. Diretor da ABRADT. <i>Brazil</i></p>	<p>10:45hs-12:15hs: International Tax Law after the COVID-19: will we face a new future?</p> <p>Andre Dantas (President). Professor at Federal University of the State of Pernambuco – UFPE. Tax Official at the Brazilian Federal Revenue Service. <i>Brazil</i> Martha Leão (Moderator). Professor at Mackenzie University. <i>Brazil</i> Guglielmo Maisto. Professor at Università Cattolica di Piacenza. <i>Italy</i> Vikram Chand. Professor at University of Lausanne. <i>India, Switzerland</i> Joanna C. Wheeler. Member of IBFD. University of Amsterdam. <i>United Kingdom, The Netherlands</i> Alexandre Alkmin. Professor at Milton Campos Faculty. Director of ABRADT. <i>Brazil</i></p>
<p>13:30hs-15hs: Aspectos tributários de convenções internacionais não tributárias</p> <p>Betina Grupenmacher (Presidente). Professora da Universidade Federal do Paraná – UFPR. <i>Brazil</i> Pedro Schoueri (Moderador). Professor</p>	<p>13:30hs-15hs: Tax implications on non-tax Conventions</p> <p>Betina Grupenmacher (President). Professor at Federal University of Paraná – UFPR. <i>Brazil</i> Pedro Schoueri (Moderator). Associate Professor of the Professional Master on</p>

<p>Colaborador do Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Desenvolvimento do IBDT. <i>Brasil</i> Marcus Livio. Professor da UERJ. Juiz Federal. <i>Brasil</i> Liselott Kana. Administração fiscal do Chile. <i>Suécia, Chile</i> Paulo Caliendo. Professor da PUC/RS. <i>Brasil</i> Gustavo Vettori. Professor do IBDT e da USP. <i>Brasil</i></p>	<p>International Tax Law and Development at IBDT. <i>Brazil</i> Marcus Livio. Professor at UERJ. Federal Judge. <i>Brazil</i> Liselott Kana. Chilean Tax Administration. <i>Sweden, Chile</i> Paulo Caliendo. Professor at PUC/RS. <i>Brazil</i> Gustavo Vettori. Professor at IBDT and USP. <i>Brazil</i></p>
<p>15:15hs-16:45hs: Transparência internacional, troca de informações e direito dos contribuintes</p> <p>Pedro Adamy (Presidente). Presidente do IET. <i>Brasil</i> Roberto Codorniz (Moderador). Professor Colaborador do Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Desenvolvimento do IBDT. <i>Brasil</i> Humberto Ávila. Professor Titular de Direito Tributário da USP. <i>Brasil</i> Raquel Novais. Mestre pela PUC/SP. <i>Brasil</i> Patricia A. Brown. Professora da Universidade de Miami. Professora visitante do IBFD (2020). <i>EUA</i> Marcos Neder. Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. <i>Brasil</i> Irma Mosquera. Professora da Universidade de Leiden. <i>Holanda</i></p>	<p>15:15hs-16:45hs: Transparency, exchange of information for tax purposes and taxpayers' rights</p> <p>Pedro Adamy (President). President of the Tax Studies Institute – IET. <i>Brazil</i> Roberto Codorniz (Moderator). Associate Professor of the Professional Master on International Tax Law and Development at IBDT. <i>Brazil</i> Humberto Ávila. Full Professor at USP. <i>Brazil</i> Raquel Novais. Master, PUC/SP. <i>Brazil</i> Patricia A. Brown. Professor at the University of Miami. Professor in residence at IBFD (2020). <i>USA</i> Marcos Neder. PhD and Master's in Law from the Pontifical Catholic University of São Paulo – PUC/SP. <i>Brazil</i> Irma Mosquera. Professor at Leiden University. <i>The Netherlands</i></p>
<p>17hs-18hs: Tratados Internacionais em matéria tributária</p> <p>Fernando Scaff (Presidente). Professor Titular de Direito Financeiro da USP. <i>Brasil</i> Alexandre de Moraes. Ministro do Supremo Tribunal Federal, Professor da USP. <i>Brasil</i></p>	<p>17hs-18hs: International Tax Treaties</p> <p>Fernando Scaff (President). Full Professor at USP. <i>Brazil</i> Alexandre de Moraes. Minister of the Brazilian Supreme Court. Professor at USP. <i>Brazil</i></p>

Sumário

Programa do VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional	5
Apresentação.....	25
O “Sexto Método” e a Prática Internacional. Aspectos Relevantes de sua Implementação e Alternativas para o Padrão Brasileiro	
CLAUDIA LUCIA PIMENTEL MARTINS DA SILVA / DANIEL TEIXEIRA PRATES / IVO TAMBASCO GUIMARÃES JUNIOR	
Introdução	29
1. Relevância econômica do setor e riscos de preços de transferência	31
2. Desenvolvimento do “sexto método”.....	33
3. O “sexto método” e o Projeto BEPS	35
4. A experiência prática dos países	35
5. Aspectos da estrutura do “sexto método”	37
5.1. Natureza da medida.....	38
5.2. Escopo objetivo.....	41
5.3. Data da cotação	45
5.4. Ajustes ao valor da cotação.....	50
Conclusão.....	58
Referências bibliográficas.....	60
Novas Fundações do Direito Tributário Internacional? A OCDE, Seus Pilares I e II e a Covid-19	
LUÍS EDUARDO SCHOUERI / PEDRO GUILHERME LINDENBERG SCHOUERI	
1. Introdução	63
2. O estado da arte	65
3. O Pilar 1 e seu impacto nos acordos de bitributação	66
3.1. Aspectos gerais do Pilar 1	66
3.2. Pilar 1 e os acordos de bitributação	70
4. O Pilar 2 e seu impacto nos acordos de bitributação	76
4.1. Aspectos gerais do Pilar 2	76
4.2. Pilar 2 e os acordos de bitributação	79
5. Conclusão	82
Tributação em Tempos de Covid-19. Fixação de Residência Fiscal. Dedutibilidade de Doações	
RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA	

I. Considerações preliminares.....	84
II. Definição de residência fiscal e impossibilidade de voltar a ela	85
III. Doações de caráter social e emergencial.....	88

The EU Recovery Fund and Its Tax Implications

CARLO GARBARINO

1. Introduction.....	98
2. The recovery instrument: Next Generation EU	98
2.1. Recovery and resilience facility	99
2.2. Climate target.....	100
2.3. EU own resources.....	100
3. Conclusion: what’s next?.....	101

The Challenges Facing the Concept of Beneficial Ownership

NATALIA QUIÑONES

1. A blurry standard	104
2. “Patchy” and delayed implementation	106
3. Final reflections.....	108

Normas Gerais Antielisivas: Um Elemento-Chave de uma Era Pós-BEPS em Risco no Brasil com o Julgamento da ADI n. 2.446/DF pelo STF

PAULO ROSENBLATT

Introdução	109
1. O <i>principle purpose test</i> e o parágrafo único do art. 116 do CTN: “compatibilidade conflituosa”	114
2. Pedras no caminho da norma geral antielisiva: o Congresso Nacional, o CARF e o STF	117
Conclusão.....	121
Referências bibliográficas.....	122

Post-BEPS: the Status Quo Regarding the Implementation of the Minimum Standards and Other Related Issues

CRAIG WEST

1. Introduction.....	126
2. Action 13 with respect to transfer pricing documentation and country-by-country reporting	128
2.1. Transfer pricing actions at the domestic level	128
2.2. CbC reporting in South Africa	130
3. Action 14 with respect to improving dispute resolution procedures ...	132
4. Action 5 with respect to countering harmful tax practices.....	135
5. Action 6 with respect to countering tax treaty abuse.....	136
6. Conclusion	137

Ajustes Compensatórios e Secundários de Preços de Transferência e Sua Implementação Prática no Brasil

VICTOR BORGES POLIZELLI

1. As diferentes modalidades de ajustes de preços de transferência	142
1.1. Ajuste primário.....	142
1.2. Ajuste compensatório	143
1.3. Ajuste correspondente.....	146
1.4. Ajuste secundário	148
1.5. Relações entre os ajustes de preços de transferência.....	149
2. Consequências derivadas dos ajustes compensatórios e secundários ..	150
2.1. Presunção de dividendos, empréstimos ou contribuição de capital.....	151
2.2. Correções de preços, transações adicionais ou recebimentos inominados	154
3. Implementação prática de ajustes compensatórios e secundários no Brasil.....	155
3.1. Ajuste global via nota de crédito (recuperação de custo/devolução de preço)	156
3.2. Utilização de preços provisórios e ajustes individuais	159

Transfer Pricing and the Impact of Significant Tax Losses in Fiscal Year 2020: Comparables with Losses, the Necessity of Multiple Year Analysis and Transfer Pricing Adjustments on Financial Statements Formulated on Functional Currency

SILVIA MUÑOZ SALGADO

Introduction.....	161
1. Comparables with losses.....	162
2. Comparability and the necessity of multiple year analysis	167
3. Transfer pricing adjustments on financial statements formulated on functional currency	177

Report: “New Foundations of International Tax Law: Pillar I and II of OECD and Covid-19”

Daniel Teixeira Prates..... 185

Report: “Taxation in times of Covid-19: deductibility of donations, taxation of governmental grants and other related topics”

Juliana Midori Kuteken

193

Report: “Post-Beps: the Implementation of the Minimum Standards and other Related Issues”

Adriana Brito

198

Report: “Update on transfer pricing issues in developing countries”	
Andrés Felipe Ramírez Ocampo	204

O Regime de Tributação Brasileiro em Bases Universais: Passado, Presente e Futuro

JOÃO FRANCISCO BIANCO / MICHELL PRZEPIORKA

1. Introdução	213
2. A introdução das regras “CFC” no Brasil e sua judicialização: passado	216
2.1. Evolução legislativa – da territorialidade à universalidade total- mente inclusiva	216
2.2. Críticas doutrinárias	217
2.3. As regras CFC no Supremo Tribunal Federal	219
3. As regras CFC na Lei n. 12.973: presente	221
3.1. Críticas doutrinárias	221
4. Considerações conclusivas: o que esperar para o futuro?	223

Novos Paradigmas da Tributação Internacional e a Covid-19

FERNANDO AURELIO ZILVETI

1. Introdução	224
2. Medidas fiscais reparadoras da crise econômica	229
3. Medidas fiscais indutoras para sair da crise	233
4. Consequências da política fiscal para o sistema tributário	235
5. Conclusão	238

Transfer Pricing Planning and Documentation during a Global Pandemic

IOANNA NINOU / ÁGATA UCEDA

I. Impact on the transfer pricing policies of distributors	241
A. Short term implications	243
B. Medium term implications	244
II. Supply chain changes	244
A. Restructuring	244
B. Related party contracts	246
III. Financing and liquidity	247
A. Cash pools	247
B. Intercompany loans	247
C. Third party debt and guarantees	248
IV. Concluding remark	249

Troca entre Estados de Informações Obtidas por Meios Ilícitos

CLARA GOMES MOREIRA / NATÁLIA LUCERO FRIAS TAVARES / ROBERTO CODORNIZ LEITE PEREIRA

Introdução	251
------------------	-----

1. Perspectivas atuais da troca de informações para fins fiscais e dos direitos dos contribuintes	252
2. Utilização de provas ilícitas fornecidas por outros Estados para fins criminais	256
2.1. Prova no processo penal: análise da ilicitude, ilicitude por derivação e quebra da cadeia de custódia	257
2.2. Utilização de provas fornecidas por outros Estados para fins criminais	261
3. Utilização de provas ilícitas fornecidas por outros Estados para fins fiscais	263
3.1. Utilização de provas derivadas de provas ilícitas fornecidas por outros Estados para fins fiscais	265
4. Troca de informações obtidas ilicitamente e convenções fiscais.....	266
Conclusão.....	268
Referências bibliográficas.....	269

Brasil: a Reação ao “Abuso” no Âmbito dos Acordos de Bitributação em um País sem GAAR que Adota “Principal Purpose Test Clauses”

LUÍS FLÁVIO NETO / ROBERTO CODORNIZ LEITE PEREIRA

1. Introdução	273
2. Independência do direito internacional e do direito interno.....	275
3. Inexigibilidade de convergência: convivência de normas de reação ao planejamento tributário distintas, nos distintos planos do direito internacional e do direito doméstico	278
4. A influência da experiência adquirida com a aplicação de GAAR e os desafios da adequada implementação de cláusulas PPT	279
Referências bibliográficas.....	281

Tributação de Ganhos de Capital nas Vendas Indiretas de Participações Societárias de Empresas Brasileiras por Não Residentes: Questão de Alocação de Direito de Tributar ou Esquema Artificial de Elisão Fiscal?

ISABEL GARCIA CALICH DA FONSECA

I. Introdução	285
II. Tributação de ganho de capital de não residentes no Brasil	286
III. Jurisprudência brasileira sobre alienação indireta de participações societárias e esquemas artificiais de elisão fiscal	289
IV. Sugestões da comunidade internacional para o problema da alienação indireta de participação societária.....	292
V. A experiência dos países em relação à tributação da venda indireta de ações.....	295
VI. Conclusões	296

O Procedimento Amigável (*Mutual Agreement Procedure*) no Brasil: Entre os Tratados, os *Standards* da OCDE e a Legislação Interna

PAULO AYRES BARRETO / PAULO ARTHUR CAVALCANTE KOURY

Introdução	298
1. Evolução do procedimento amigável na Convenção Modelo da OCDE	300
2. Previsão do MAP nos tratados firmados pelo Brasil.....	302
3. O regulamento do procedimento amigável no Brasil.....	304
3.1. Aspectos gerais	304
3.2. A questão do procedimento amigável genérico e a lei.....	305
3.3. A interação do MAP com os processos administrativos e judiciais e a lei.....	306
Conclusões	307
Referências bibliográficas.....	308

Instrumentos de Segurança Tributária na Era Pós-BEPS

MISABEL ABREU MACHADO DERZI / TARCÍSIO DINIZ MAGALHÃES

1. Introdução	310
2. Acordo prévio sobre preços	312
3. Auditorias conjuntas e simultâneas	312
4. Procedimento amigável	313
5. Arbitragem.....	313
5.1. Dificuldades na adoção da arbitragem pelo Brasil no plano interno	314
5.2. Dificuldades na adoção da arbitragem pelo Brasil no plano internacional.....	316
6. Relacionamento aprimorado.....	316
7. <i>Compliance</i> cooperativo	317
8. ICAP 1.0.....	318
8.1. Etapas	318
8.2. Regulamentação.....	320
9. ICAP 2.0.....	321
10. Comparando velhos e novos instrumentos.....	322
11. Conclusão	323

Possible Changes in Corporate Income Taxes and their Impacts to the Taxation of Foreign Profits: Initial Comments

JOSÉ MARIA ARRUDA DE ANDRADE / PAULA ZUGAIB DESTRUATI

I. Possible changes to corporate taxation.....	325
II. Potential impacts to universal taxation to business income	328
III. Potential impacts to shareholders in Brazil	331
IV. Conclusion.....	334
V. Sources.....	334

Tax Policy in Times of Covid-19 Pandemic: Overview of International and Brazilian Tax Measures against the Coronavirus (SARS-CoV-2) Crisis

EUGENIO CARLOS DELIBERATO JR.

1. Introduction.....	336
2. Overview of International Tax Policy Responses.....	338
A. Tax Administration Responses – Support for Taxpayers	339
B. Tax Policy Responses.....	340
3. Overview of Main Tax Policy Responses in Brazil.....	344
4. Conclusion: What is next?	345

The Exportation of Services from Brazil: Different Taxes, Same Justification and the Need for Consistency

PAULO VICTOR VIEIRA DA ROCHA

1. Introduction.....	346
2. The equality principle as a claim for justification	347
3. The equality principle as a claim for consistency	350
Conclusion	353

O Common Reporting Standard – CRS Ante a Pandemia de Covid-19 no Brasil

CARLOS OTÁVIO FERREIRA DE ALMEIDA / RODRIGO ALEXANDRE LAZARO PINTO

1. Cenário fiscal brasileiro atual	355
2. A cooperação internacional para localização de omissões de rendimentos em outras jurisdições	356
3. O CRS no enfrentamento à crise sanitária-fiscal trazida pela Covid-19	359
Conclusão.....	361
Referências bibliográficas.....	362

Report: “Territoriality or worldwide taxation?”

Amanda Garcia Panissa..... 367

Report: “International Tax Law: challenges and lessons from the COVID-19 pandemic”

Ramon Tomazela Santos..... 371

Report: “International Tax Planning”

Clara Gomes Moreira..... 376

Report: “Resolving International Tax Law Conflicts”

Vanessa Marini Cecconello..... 379

Report: “International Taxation On Demand: Chat and Q&A Issues From Previous Panels”

Eugenio Carlos Deliberato Jr. 388

Os Limites do Planejamento Tributário em uma Perspectiva Internacional: Análise Concreta da Possibilidade de Exploração dos Direitos de Imagem por Intermédio de Pessoas Jurídicas à Luz da Legislação Brasileira e Espanhola

ALESSANDRA BRANDÃO

Introdução	397
1. Aspectos gerais do Plano BEPS	399
1.1. Compreensão do conceito de planejamento tributário “agressivo” à luz do Plano BEPS	400
2. Compreensão do conceito de planejamento tributário “agressivo” para o ordenamento jurídico brasileiro	404
3. Análise concreta dos limites ao planejamento tributário relativo à exploração do direito de imagem por intermédio de pessoas jurídicas .	414
3.1. Tratamento tributário da renda obtida com a exploração do direito de imagem sob o prisma da legislação brasileira	415
3.1.1. Hipóteses de desconsideração do planejamento tributário	419
3.2. Tratamento da renda obtida com a exploração do direito de imagem dos atletas sob o prisma da legislação espanhola	427
Conclusão.....	431
Referências bibliográficas	432

International Tax in the Digitalized Economy Era

ALLISON CHRISTIANS

1. Introduction.....	435
1.1. Inter-nation equity and national endowment	437
1.2. National endowment in a digitalized economy	439
2. Reconfiguring profit distribution	440
2.1. Digital services taxes	441
2.2. Expanded nexus rules.....	443
Conclusion	446

International Taxation in Times of the Digitized Economy

RAINER PROKISCH

I. The issue	447
II. Steps taken.....	448
1. OECD BEPS Action 1 Final Report 2015.....	448
2. Interim Report 2018.....	449

3. Policy Note January 2019	449
4. Public Consultation February – March 2019	449
5. Programme of Work (May 2019).....	450
6. Public Consultation – Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One	451
7. Public Consultation Pillar 2	452
8. Inclusive Framework Statement on the Two-Pillar Approach	452
9. OECD Secretary-General Tax Report February 2020.....	453
10. OECD Secretary-General Tax Report July 2020	453

Tributação Internacional em Tempos de Economia Digitalizada: Entre a Decisão de Como Alocar o Direito de Tributar (Fonte x Residência) e a Realidade Brasileira

RODRIGO MAITO DA SILVEIRA

Introdução	456
1. A velha e sempre nova disputa entre fonte e residência: há espaço para algo mais?	461
2. Tratamento tributário brasileiro aplicável na importação de serviços e intangíveis	466
Conclusão.....	471
Referências bibliográficas.....	473

Reflexões sobre o Ingresso do Brasil na OCDE Pós-Pandemia COVID-19

JOSÉ ANDRÉ WANDERLEY DANTAS DE OLIVEIRA

Introdução	477
1. Direito Tributário brasileiro e as recomendações da OCDE – uma retrospectiva dos avanços recentes	478
2. O que o Brasil ganha e o que perde entrando na OCDE.....	485
2.1. Vantagens na adesão à OCDE.....	485
2.2. Desvantagens do ingresso do Brasil na OCDE.....	488
3. O Brasil de 2020: breves notas sobre sua estrutura, conjuntura e dicotomias	490
Conclusão.....	493
Referências bibliográficas.....	494

O Direito Tributário Internacional pós-Covid-19: o Papel da Solidariedade

MARTHA LEÃO

I. Introdução	498
II. O dever de pagar tributos no âmbito do Direito Tributário Internacional <i>pré</i> -Covid-19	498

III. O dever de pagar tributos no âmbito do Direito Tributário Internacional <i>pós</i> -Covid-19	501
IV. A importância da solidariedade além da tributação	504
Conclusões	507
Referências bibliográficas.....	508

Some Initial Thoughts about the International Tax Order in a Post-Pandemic World

JOANNA WHEELER

1. Introduction.....	511
2. Different types of impact.....	512
2.1. Business needs support	512
2.2. Governments need money	513
2.3. The system needs reform (or “Never waste a good crisis”).....	515
2.4. Business models are changing	516
2.5. Patterns of work are changing (or “Stay at home”).....	517
2.6. Where did the substance go?.....	519
3. Conclusion	520

Paraísos Fiscais Digitais

ALEXANDRE ALKMIM TEIXEIRA

Introdução	521
1. Dinheiro digital e criptomoedas	525
2. Paraísos fiscais digitais	527
2.1. Aproximações entre os paraísos fiscais digitais e os paraísos fiscais tradicionais	527
2.1.1. Utilização como centro financeiro.....	528
2.1.2. Ocultação patrimonial e lavagem de dinheiro.....	528
2.1.3. Planejamento tributário.....	529
Conclusão.....	529
Referências bibliográficas.....	530

O Acordo TRIPS e o Princípio da Não Discriminação no Direito Tributário Brasileiro: Caso da CIDE-Remessas

MARCUS LÍVIO GOMES / DORIS CANEN

Introdução	531
1. Acordo TRIPS: histórico e objetivos.....	532
2. O princípio da não discriminação e o Acordo TRIPS	534
3. CIDE-Remessas e a polêmica no Brasil.....	538
Conclusão.....	544
Referências bibliográficas.....	544

You Have the Right to Remain Silent! Exchange of Information and Self-Incrimination: a Brazilian Constitutional Perspective

PEDRO ADAMY

I. Introduction	546
II. Complexity and exchange of information.....	547
III. Constitutional right against self-incrimination	549
IV. Conclusion.....	553

Some Recent Questions Regarding the Balance between Our Tax Obligations to Society and Individual Rights

PATRICIA A. BROWN

I. Setting the stage	555
II. Some emerging (or mutating) issues	557
A. Protection of taxpayer information	557
B. Recourse of taxpayers.....	559
C. Expanding the scope of information exchanged	561
D. Tax administration by hacks and journalists.....	563
III. Closing thoughts.....	564

O Direito Tributário Internacional: Desafios e Lições durante o Enfrentamento da Covid-19

GUSTAVO BRIGAGÃO / GABRIEL BEZ BATTI

1. Considerações introdutórias.....	565
2. Documento “Analysis of Tax Treaties and the Impact of the Covid-19 Crisis” do Secretariado da OCDE	567
3. Restrições de confinamento e mobilidade e o risco do reconhecimento de estabelecimento permanente no Brasil.....	569
3.1. Considerações preliminares sobre o conceito de estabelecimento permanente no Brasil.....	569
3.2. Riscos de caracterização de estabelecimento no Brasil durante a pandemia da Covid-19	573
4. Os efeitos das restrições de confinamento e de mobilidade na determinação da residência fiscal dos indivíduos	577
5. Os efeitos das restrições de confinamento e de mobilidade na determinação da residência fiscal das empresas	580
6. A tributação dos rendimentos do trabalho.....	582
7. Referências bibliográficas.....	584

Report: “International Taxation on the Digital Economy Era”

Renata Emery	587
--------------------	-----

Report: “The International Tax Law post-COVID-19: a new future?”	
Martha Leão	597
Report: “Tax Implications of Non-Tax Conventions”	
Pedro Guilherme Lindenberg Schoueri.....	600
Report: “Transparency, Exchange of Information for Tax Purposes and Taxpayers Rights”	
Roberto Codorniz Leite Pereira	604

Apresentação

As incertezas decorrentes da pandemia de Covid-19 não foram capazes de impedir que o já tradicional Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional, neste ano realizado pelo Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Desenvolvimento do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT e pelo Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – DEF/FD-USP, chegasse à sua oitava edição, com o mesmo vigor das edições anteriores. Embora realizado de forma integralmente *on-line*, em razão dos protocolos de segurança aplicáveis, esse evento confirma e reafirma a relevância do Brasil no cenário da tributação internacional, colocando o País na rota dos mais relevantes eventos nessa seara.

O tema do Congresso, como não poderia deixar de ser, instiga o debate em torno dos possíveis desdobramentos que a pandemia pode trazer para a tributação em nível internacional, debate esse realizado por juristas brasileiros e estrangeiros, provenientes de países como África do Sul, Argentina, Canadá, Chile, Colômbia, Espanha, Estados Unidos, França, Holanda, Inglaterra, Itália, Peru, Portugal, Rússia e Suíça.

É motivo de profundo contentamento para a comunidade acadêmica a realização de um evento dessa magnitude. O seu alto nível de qualidade está refletido nos trabalhos colacionados nestes Anais, preparados pelos participantes dos quinze painéis, e que cobrem não apenas tópicos tradicionais do Direito Tributário Internacional, como preços de transferência, trocas de informações, planejamento tributário e resolução de conflitos na aplicação de tratados contra a bitributação, como também abrangem desdobramentos recentes do BEPS, entre os quais a tributação da economia digital e a adoção de *minimum standards*, além de novos paradigmas da tributação em tempos de Covid-19, no que se incluem questões como dedutibilidade de doações e tributação de subvenções governamentais, e outros desafios relacionados ao enfrentamento da crise econômica associada à pandemia.

O que se espera é que o esforço empreendido nas linhas que seguem possa auxiliar no desenvolvimento do Direito Tributário Internacional, e continuar incentivando novas gerações de estudiosos a buscar soluções para os problemas cada vez mais complexos a respeito de quem (qual país), como, quando e em que medida se pode tributar a renda auferida no contexto de situações internacionais.

Que os desafios trazidos pela Covid-19 representem verdadeiras oportunidades de amadurecimento social, político e econômico, capazes de levar os países para melhores patamares de desenvolvimento e bem-estar. E que a tributação

internacional exerça um papel relevante nesse cenário, o que somente poderá ser alcançado com o intenso debate e profusão de ideias.

Os Coordenadores

**VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário
Internacional – IBDT/DEF-USP**

***VIII Brazilian Congress of International
Tax Law – IBDT/DEF-USP***

PROGRAMA – 16 de setembro de 2020 (Quarta-feira)

PROGRAM – September 16th, 2020 (Wednesday)

O “Sexto Método” e a Prática Internacional. Aspectos Relevantes de sua Implementação e Alternativas para o Padrão Brasileiro*

The Sixth Method and the International Practice. Relevant Aspects of its Implementation and Alternatives to Design a Brazilian Standard

Claudia Lucia Pimentel Martins da Silva
Mestranda em Direito Tributário Internacional pelo IBDT.
Auditora-Fiscal da Receita Federal do Brasil.

Daniel Teixeira Prates
Mestrando em Direito Tributário Internacional pelo IBDT.
Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil.

Ivo Tambasco Guimarães Junior
Mestrando em Direito Tributário Internacional pelo IBDT.
Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil.

Resumo

O presente artigo tem por objetivo analisar aspectos relevantes da estrutura do denominado “Sexto Método”, apresentando as diversas abordagens adotadas pelos países em suas respectivas legislações de preços de transferência, e apontando, quando possível, vantagens e desvantagens nas alternativas identificadas.

Palavras-chave: Preço de Transferência, *Commodities*, Sexto Método, PIC, Pe-cex, Preço de Cotação, Imposto de Renda, BEPS.

Abstract

This article analyzes some relevant aspects of the “Sixth Method”, presenting the different approaches adopted by the countries in their respective transfer pricing legislation and indicating, when possible, the advantages and disadvantages in the alternatives identified.

Keywords: Transfer Pricing, *Commodities*, Sixth Method, Quoted Price, CUP, Corporate Income Tax, BEPS.

Introdução

O chamado “sexto método” foi originalmente introduzido na Argentina. O nome pelo qual a metodologia tem sido internacionalmente reconhecida se deve

* As opiniões apresentadas no artigo refletem exclusivamente as posições pessoais dos autores e não representam o entendimento do órgão em que exercem as suas funções.

à forma como foi incorporada na legislação daquele país. A metodologia foi inserida como um sexto parágrafo do art. 15 da *Ley de Impuestos a las Ganancias*, logo após o dispositivo que prevê os cinco métodos de preços de transferência tradicionalmente inspirados nas *OECD Transfer Pricing Guidelines* (GRONDONA, Transfer Pricing: Concepts and Practices of the ‘Sixth Method’ in Transfer Pricing, 2018). A motivação para a sua criação e introdução se deu, em larga medida, em razão da prática identificada pela Administração Tributária argentina de grandes exportadores de *commodities* manipularem os preços de suas exportações em operações triangulares, com o objetivo de alocar parte do lucro de suas transações em intermediários situados em jurisdições com tributação favorecida ou regimes fiscais privilegiados (CIAT, 2019, p. 35).

Direcionada especialmente para operações com *commodities*, essa metodologia de preços de transferência busca comparar os preços das transações envolvendo esses bens com os valores das cotações de mercado, que podem compreender, além daquelas divulgadas por bolsas de mercadorias e futuros, também os preços obtidos por meio de instituições de pesquisas e agências de governos.

Após sua introdução na Argentina, a medida foi difundida em diversos outros países, recebendo, porém, contornos específicos em cada legislação. Os países a adotam de formas variadas, de modo que não se pode afirmar que o chamado “sexto método” consista atualmente em um único e uniforme *approach*. No Brasil, o método foi inserido em 2012, por meio da Lei n. 12.715/2012, a qual alterou a Lei n. 9.430/1996, criando o Método do Preço sob Cotação na Exportação – Pecex e o Método do Preço sob Cotação na Importação – PCI.

Entre as vantagens normalmente apontadas na adoção do “sexto método” estão a objetividade da regra e a simplicidade em sua administração. A utilização das cotações de mercado como ponto de partida para avaliação dos preços das transações controladas fornece um critério objetivo que tende a reduzir a necessidade de avaliações subjetivas e detalhadas dos fatos e circunstâncias na análise de preços de transferência. Aponta-se também que a medida apresenta resultados positivos no combate à prática de *profit shifting* por meio da manipulação dos preços das operações de importação e exportação (CIAT, 2019, p. 38).

A despeito das vantagens geralmente apontadas, a prática dos países tem demonstrado que a medida contém pontos sensíveis que, se não forem devidamente disciplinados, podem constituir fragilidades, capazes de produzir resultados distorcidos, gerar situações de litígio e, sobretudo, possibilitar a erosão da base tributária.

O presente artigo tem por objetivo explorar alguns dos aspectos estruturais existentes no desenho da regra do “sexto método” e apresentar como a legislação dos países busca discipliná-los. Não se almeja aqui esgotar o tema e abordar todos os pontos relacionados à metodologia. A intenção dos autores se limita a comentar e destacar pontos específicos da medida, trazer à tona as variações de discipli-

na normativa existentes nos países e indicar, quando oportuno, eventuais vantagens e desvantagens nas alternativas identificadas. Pretende-se, com essa análise, apresentar elementos que possam servir para aperfeiçoar e robustecer os atuais métodos brasileiros aplicáveis a *commodities* (métodos PCI e Pecex).

1. Relevância econômica do setor e riscos de preços de transferência

Os países em desenvolvimento são reconhecidos por terem sua economia altamente dependente das exportações de *commodities*. Estima-se que acima de dois terços dos países em desenvolvimento possuem mais de 60% de suas exportações atreladas à venda desses produtos (UNCTAD, 2019, p. 5). Estudos divulgados pelo Fundo Monetário Internacional apontam que a indústria extrativista é responsável por mais da metade da receita fiscal de países ricos em petróleo e por mais de 20% naqueles ricos em minérios (IMF, 2012, p. 6).

O Brasil está inserido no rol desses países e se caracteriza por ser um dos maiores produtores de *commodities*. Em sua balança comercial se destaca uma série de *commodities* agrícolas e minerais, em especial as vendas do complexo de soja (grãos, farelos e óleos), óleos brutos de petróleo e minérios de ferro, complexo de carnes (carne de boi e frango), celulose, milho, açúcar, café e algodão (Ministério da Economia, 2020).

Dada a importância do setor, não é difícil ter a percepção de que a tributação dos agentes envolvidos em sua exploração e a arrecadação dela advinda podem ter peso significativo para uma boa parte desses países.

Sabe-se que uma parcela expressiva do comércio internacional é realizada entre empresas do mesmo grupo econômico e que, nesse contexto, a temática dos preços de transferência tem papel fundamental. Nos Estados Unidos, por exemplo, em 2019, mais de 50% das importações e mais de 40% das exportações de petróleo, gás e minérios foram realizadas com partes relacionadas (US CENSUS BUREAU, 2020).

Transações realizadas entre partes relacionadas, por não sofrerem a pressão externa dos fatores de mercado, podem ser realizadas de tal forma que seus preços e condições divirjam daqueles que seriam observados entre partes independentes, levando a alocações artificiais de resultados entre as jurisdições envolvidas na transação e, conseqüentemente, impactando a base de cálculo tributável do Imposto sobre a Renda.

No contexto das *commodities*, enquanto transações realizadas entre produtores, *traders* ou clientes finais são consubstanciadas em contratos com interesses contrapostos e precificadas de acordo com o mercado, normalmente referenciadas nas cotações de mercado, isso pode não ocorrer nas transações entre empresas de um mesmo grupo econômico. Por serem realizadas fora de um ambiente de mercado, essas transações são frequentemente efetivadas com a possibilidade de utilização de preços e condições não condizentes com os que seriam adotados entre partes independentes. Isso faz com que os valores estipulados para essas

transações consistam em um potencial risco para a adequada determinação da base de cálculo tributável.

Os problemas dos preços de transferência nesse setor não se restringem, no entanto, às operações de exportação e importação. Atualmente, é possível identificar uma integração vertical em determinados segmentos da indústria de *commodities*, em que os grupos multinacionais controlam e desenvolvem diversas atividades da cadeia de valor, as quais vão desde a extração ou produção do item primário, passando pelo seu processamento e beneficiamento, transporte, até a sua comercialização e distribuição (RAMA & WILKINSON, 2008, p. 58). Tal circunstância abre espaço para que os riscos de preços de transferência ocupem não somente a questão da precificação das operações de importação e exportação propriamente ditas, mas transitem também por outras atividades, fases e etapas da cadeia de produção e comercialização das *commodities*.

Nas etapas de exploração, desenvolvimento e produção, por exemplo, são comumente identificadas transações entre partes relacionadas referentes à contratação de serviços especializados e de financiamentos de valores elevados. Já o transporte do produto pode ser contratado junto a outras empresas do grupo, por vezes residentes em países de baixa tributação, que possuem embarcações próprias ou se responsabilizam por efetuar a contratação de terceiros, cobrando uma margem sobre o serviço subcontratado. O mesmo pode ocorrer com a comercialização dos produtos. Uma das estruturas utilizadas pelos grupos que exploram *commodities* minerais e agrícolas consiste em alocar as funções de comercialização dos produtos em *marketing hubs*, localizados em jurisdições de baixa tributação, que contam com regimes fiscais privilegiados ou que concedem acordos (*rulings* ou *Advanced Pricing Agreements* – APAs) vantajosos, os quais permitem que os lucros ali alocados sejam subtributados.

Além da possibilidade de se distribuir estrategicamente as diversas funções da cadeia de valor entre as múltiplas entidades do grupo, referida integração permite que os riscos que usualmente seriam suportados por produtores independentes, decorrentes de diversos fatores, como variações climáticas, riscos geopolíticos e volatilidade dos preços, sejam gerenciados e alocados, às vezes artificialmente, em empresas intermediárias. Para se proteger das externalidades que impactam os valores de seus produtos, um produtor independente poderia recorrer à contratação de instrumentos derivativos, montando suas posições, por exemplo, por meio de contratos futuros baseados em *commodities* relevantes. Já os grupos multinacionais, por contarem com estruturas integradas, têm a possibilidade de internalizar o gerenciamento desses riscos, combinando a relativa segurança que detêm sobre a disponibilidade e o suprimento do produto com o controle dos níveis de seus estoques e sua entrega final. Isso lhes permite que os riscos da operação sejam gerenciados e alocados estrategicamente em empresas intermediárias (*trading companies*), com o objetivo de justificar uma maior lucratividade atribuída a essas entidades (GRONDONA, 2018, p. 1).

2. Desenvolvimento do “sexto método”

A incorreta precificação das transações e o seu impacto nos países em desenvolvimento tem sido objeto de diversos relatórios produzidos por organismos internacionais, dada a dimensão do problema. Estima-se, por exemplo, que anualmente o continente africano perca cerca de US\$ 50 bilhões de receita em função de problemas de *mis-invoicing*, os quais são ocasionados em grande parte por condutas abusivas em matéria de preços de transferência (UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR AFRICA, 2014, p. 5).

Um dos principais problemas de preços de transferência identificados no setor de *commodities* reside no subfaturamento das operações de exportação e na utilização de estruturas triangulares, com intermediários localizados em jurisdições ou regimes de baixa tributação. São frequentes os casos de triangulação no setor extrativista, que muitas vezes culminam em autuações relativas a preços de transferência de valores extremamente elevados. Para citar alguns exemplos, casos relevantes foram noticiados no Canadá (Canadá *vs.* Cameco)¹, Chile (Chile *vs.* Codelco) (HANNI & PODESTÁ, 2019, p. 103), Austrália (Austrália *vs.* BHP Billinton) (BHP, 2020) e Zâmbia (Zâmbia *vs.* Mopani)². A utilização de estruturas triangulares é também identificada nos países da América Latina, inclusive no Brasil e na Argentina.

No caso do Brasil, a maior parte das transações de exportação de *commodities* é efetuada por meio de triangulações. Há estudos que indicam que para a soja o percentual de transações com essa formatação equivaleria a mais de 90%. As principais jurisdições intermediárias utilizadas nessas operações são Suíça, Ilhas Cayman, Áustria, Turcos e Caicos e Ilhas Virgens Britânicas (COELHO, AMARAL & BARCAROLO, 2019). Evidentemente, não se pode afirmar que os preços dessas transações são em sua totalidade inferiores aos que seriam praticados em transações entre partes independentes. Entretanto, há que se reconhecer que o modelo de operação utilizado, somado às jurisdições eleitas como intermediárias, naturalmente aumentam as possibilidades de erosão da base tributária.

Na Argentina, o problema de *mis-invoicing* e das triangulações é relatado especialmente no caso de exportação do complexo de soja. Esse produto representa mais de 20% do total das exportações do país e estima-se que o valor subfaturado equivaleria a aproximadamente 10%, correspondendo a US\$ 1,5 bilhão por ano (GRONDONA & BURGOS, 2016, p. 3). A utilização de estruturas triangulares e a prática identificada de realização de exportações por valores abaixo dos preços praticados entre partes independentes motivou a Administração Tributária argentina a desenvolver o chamado “sexto método” (CIAT, 2019, p. 35).

¹ 2009-2430(IT)G; 2014-3075(IT)G; 2015-1307(IT)G.

² Zambia vs Mopani Copper Mines Plc., May 2020, Supreme Court of Zambia, Case n. 2017/24.

Isso foi feito em 2003, por meio da Lei n. 25.784, que alterou a *Ley de Impuestos a las Ganancias*.

Com a alteração legislativa promovida, o ordenamento jurídico daquele país passou a determinar que, no caso de operações de exportação de *commodities* em que haja a intervenção de um intermediário internacional, seria considerado como melhor método para efeitos de apuração dos preços de transferência a utilização do valor da cotação do bem no mercado transparente. A utilização do método era obrigatória nos casos de falta de comprovação por parte do contribuinte argentino dos requisitos de substância econômica listados na lei para o intermediário da operação. Em dezembro de 2017, a Argentina promoveu modificações no “sexto método”, alterando as hipóteses em que sua aplicação é obrigatória e introduzindo novos elementos na sua estrutura.

Após sua introdução na Argentina, a metodologia foi difundida em outros países. Como exemplo, pode-se citar Brasil, Bolívia, Colômbia, Costa Rica, Equador, Guatemala, Honduras, Índia, Mongólia, Noruega, Paraguai, Peru, República Dominicana, Ucrânia, Uruguai e Zâmbia.

Com relação ao Brasil, até o ano de 2013, a metodologia de cálculo mais utilizada pelos contribuintes para as operações de exportação de *commodities* era o método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro – CAP (MANTOVANI, 2015, p. 26). Por meio dessa metodologia, era suficiente que os contribuintes agregassem em sua transação uma margem de lucro de 15% sobre os seus custos de aquisição ou produção para que restassem cumpridas as exigências da legislação de preços de transferência, ainda que o preço assim obtido fosse notoriamente inferior aos preços das cotações internacionais (SCHOUERI & GALDINO, 2018, p. 67) Admitia-se, assim, por meio do mecanismo da livre escolha do método e de uma margem fixa muitas vezes inadequada ao setor, que parte dos resultados das transações com *commodities* fosse alocada em outras jurisdições e submetida à baixa ou nenhuma tributação.

Com o objetivo de conferir tratamento mais adequado a essas transações, e buscando inspiração na prática de países vizinhos, o Brasil também introduziu a sua versão do chamado “sexto método”. A metodologia foi inaugurada pela Lei n. 12.715/2012, a qual alterou a Lei n. 9.430/1996, com a criação dos métodos PCI e Pecex. A utilização das metodologias era opcional para o ano-base de 2012, tornando-se obrigatória, a partir de 2013, nos cálculos dos preços de transferência para operações de importação ou exportação de *commodities*.

Verifica-se que o arcabouço normativo dos países que adotam a metodologia apresenta variações e contornos específicos, lidando de forma diversa com os diferentes aspectos da estrutura do “sexto método”. Por isso, não se pode afirmar que exista uma abordagem única e padronizada. Para citar apenas alguns exemplos, existem variações no que diz respeito à data da cotação internacional a ser utilizada para comparação com o preço da transação controlada, à permissão e à extensão dos ajustes passíveis de serem realizados no valor da cotação, entre ou-

tros pontos. A despeito disso, há quem entenda que o “sexto método” se caracteriza por comparar o preço de exportação da *commodity* com a cotação internacional no dia do embarque (GRONDONA, 2018, p. 2).

3. O “sexto método” e o Projeto BEPS

Dada a relevância internacional que o “sexto método” adquiriu, a metodologia entrou também na agenda de discussões do Projeto BEPS, mais especificamente no debate realizado no âmbito das Ações 8-10. O relatório final dessas Ações contemplou a possibilidade de se utilizar as cotações internacionais no cálculo dos preços de transferência como forma de aplicação do método CUP (*Comparable Uncontrolled Price method*).

Preservou-se, por consequência, a necessidade da existência de comparabilidade entre as características econômicas da transação controlada e aquelas refletidas na cotação de mercado, com a recomendação da utilização de ajustes razoáveis ao valor da cotação quando necessário para se atingir a referida comparabilidade (OECD, 2015, p. 53-54). Ao acolher o “sexto método”, pode-se dizer que a OCDE buscou compatibilizá-lo às suas diretrizes e moldá-lo em conformidade com o princípio *arm's length*.

Desse modo, a forma como a medida foi contemplada no relatório do Projeto BEPS acaba, muitas vezes, por não coincidir com os critérios adotados pelos países que a utilizam. Para alguns países, o “sexto método” é desenhado para se obter objetividade na análise de preços de transferência e com um viés marcante de mecanismo para prevenção de abusos. Por essas razões, são frequentes as legislações que, por exemplo, não permitem ou limitam os ajustes ao valor do preço de referência ou que fixam a data a ser utilizada para efeitos de determinação da cotação. Na configuração dada pelo relatório do Projeto BEPS, a predominância dos traços de norma antiabusiva é abandonada.

4. A experiência prática dos países

Estudos apontam que os países que adotaram o “sexto método” obtiveram resultados positivos em termos de redirecionamento do comportamento dos contribuintes e incremento de arrecadação, ao menos nos períodos iniciais de sua introdução (CIAT, 2019, p. 31).

No Equador, por exemplo, após a sua introdução em 2008, o valor das exportações declaradas aumentou em 18% nos anos de 2009 e 2010. Já no Paraguai, as estatísticas apontam que as auditorias realizadas para o ano-calendário de 2007 nos contribuintes exportadores gerou um aumento de 8% no valor do total de recolhimentos de Imposto sobre a Renda, representando mais de US\$ 6 bilhões (CIAT, p. 38).

Essa mesma tendência foi verificada na Argentina. Quando da introdução da metodologia, verificou-se um valor expressivo de ajustes espontâneos de preços

de transferência relativos a operações com *commodities*. Entretanto, ao longo do tempo, o valor desses ajustes experimentou uma queda drástica, indicando uma retração de aproximadamente 98% entre o período de 2003 a 2011 (de ARS 369.624.402,04 para ARS 4.248.810,86). Alguns estudos apontam que o motivo da redução no valor dos ajustes se deve ao fato de os contribuintes terem passado a dotar os intermediários de uma maior substância, com a finalidade de evitar a aplicação do chamado “sexto método” (GRONDONA & BURGOS, 2015, p. 32).

No Brasil, nos anos de 2011 e 2012, período no qual a legislação ainda conferia a livre escolha do método para as transações com *commodities*, o valor dos ajustes espontâneos realizados pelos contribuintes do setor foi de, respectivamente, R\$ 390 mil e R\$ 4,8 milhões para as operações de exportação e de R\$ 12,8 milhões e R\$ 2,3 milhões para as importações. Já no ano-calendário de 2013, os ajustes efetuados por essas empresas passaram para R\$ 3,3 bilhões para as exportações e R\$ 73,2 milhões para as importações. Nota-se, portanto, um salto expressivo no montante dos ajustes espontâneos efetuados no ano inicial em que os métodos Pecex e PCI se tornaram obrigatórios no Brasil. Cabe, no entanto, destacar que esse acréscimo não foi verificado na totalidade do setor. Enquanto transações com determinadas *commodities* passaram a ter ajustes significativos (por exemplo, minérios), outras realizadas com produtos específicos tiveram o valor de seus ajustes espontâneos praticamente anulados (MANTOVANI, 2015, p. 29-32).

Os dados apresentados pelos países permitem inferir que, ao menos durante o período inicial em que a metodologia é introduzida, o “sexto método” tende a apresentar certa efetividade, adequando os valores das receitas e despesas passíveis de tributação aos patamares dos preços dos mercados transparentes.

Isso, no entanto, não permite afirmar que o seu grau de efetividade se mantenha ao longo do tempo. Conforme mencionado acima, a experiência argentina demonstra que, com o passar dos anos, novos caminhos passaram a ser explorados para se erodir a base tributária, o que demonstra a necessidade de monitoramento e atualização constante da legislação. No caso brasileiro, chama atenção o fato de que, mesmo após a introdução das metodologias baseadas nas cotações internacionais, o uso de estruturas triangulares pelo setor, utilizando jurisdições e regimes de risco, ainda é predominante (COELHO, AMARAL & BARCAROLO, 2019).

Além disso, em que pese a metodologia ter o potencial de proteger a base tributária e de promover a praticabilidade e a segurança jurídica, a experiência prática dos países demonstra que, na medida em que o “sexto método” tem sido posto em prática, dificuldades diversas vêm sendo identificadas pelas Administrações Tributárias, e que certas lacunas deixadas nas legislações dos países podem ter fragilizado os benefícios esperados com sua adoção (GRONDONA, 2018, p. 1).

Os problemas apontados pelas Administrações Tributárias geralmente passam por dificuldades relacionadas à validação de determinadas informações es-

senciais para a aplicação do método; à ausência de transparência nos elementos das negociações realizadas entre as partes relacionadas e entre estas e os terceiros independentes; e a pouca familiaridade com um determinado setor, seus critérios de precificação e seu grau de referência aos preços dos mercados transparentes (GRONDONA, 2018).

Para mencionar alguns exemplos de desafios concretos enfrentados pelos fiscos, citam-se problemas para se validar a data da transação realizada entre as partes relacionadas, dificuldades para se determinar e validar os ajustes a título de prêmio e compreender os fatores que o compõe, assim como as diversas discussões relativas a outros ajustes realizados ao valor da cotação. Evidentemente que a existência e o grau dessas dificuldades dependem das particularidades de cada uma das legislações dos países e das características e do comportamento de um determinado setor (CIAT, 2019).

No Brasil, as primeiras discussões administrativas acerca da aplicação das metodologias inspiradas no “sexto método” começam a despontar e refletem parte desses problemas³.

5. Aspectos da estrutura do “sexto método”

Na elaboração do desenho do “sexto método”, diferentes aspectos devem ser endereçados. Recomenda-se que a elaboração da medida seja antecedida de um conhecimento prévio dos segmentos que se deseja alcançar, de seu comportamento e de uma análise de risco dos possíveis e principais problemas de erosão da base tributária. Além disso, o conjunto normativo que introduz a medida deve apresentar o seu escopo de forma clara, definindo as transações e os produtos sujeitos à sua aplicação, assim como a sua natureza. É também desejável que ela seja revestida de flexibilidade, de modo que possa ser adaptada e aplicada a diferentes setores de interesse e com a possibilidade de ser devidamente ajustada ao longo do tempo à medida que distorções e riscos sejam identificados (CIAT, 2019, p. 40).

Neste tópico, pretendemos tratar de pontos que compõem a estrutura do “sexto método” e apresentar as diferentes abordagens adotadas pelos países. A intenção é abordar elementos específicos da medida e trazer à tona as variações de disciplina normativa existentes nos países. Assim, serão apresentados os aspectos relativos à natureza do método, ao escopo de sua aplicação, a cotação utilizada na determinação dos preços de transferência e aos ajustes passíveis de serem realizados ao valor da cotação. Nesse contexto, pretende-se apresentar as variações

³ Acórdão n. 92.716, de 16 de abril de 2019, proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte, Acórdão n. 1.302-003.989, de 15 de outubro de 2019, proferido pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF – Primeira Seção – Terceira Câmara/Segunda Turma.

identificadas na legislação da Argentina, Brasil, Colômbia, Peru e Ucrânia e no desenho proposto pela *African Tax Administration Forum* – ATAF, abordando pontos específicos de outros países quando oportuno.

5.1. Natureza da medida

Ao introduzirem o “sexto método”, os países desenham a medida visando atingir situações distintas. Em alguns países, a regra é estruturada exclusivamente ou prioritariamente para alcançar situações em que exista maior probabilidade de existência de abuso, de tal forma que as demais transações ficam sujeitas ao controle dos preços de transferência mediante a aplicação das regras gerais previstas na legislação. Nesses casos, é comum, por exemplo, restringir-se a aplicação da metodologia às transações de exportação ou importação em que haja a interposição de um intermediário, especialmente quando não comprovada a sua substância econômica.

O CIAT defende essa abordagem. Para a organização internacional, o método de *commodities* é mais efetivo quando desenhado como uma legislação antiabuso. Na sua visão, o método apresenta melhores resultados quando busca combater situações de risco e mira situações específicas, recomendando, inclusive, que sejam restringidas as possibilidades de ajuste ao valor da cotação. Entende-se que submetê-lo aos requisitos normais de uma análise de preços de transferência e tentar conectá-lo ao princípio *arm's length* pode levar a situações de litígio (CIAT, 2019b, p. 62).

Em outras jurisdições, por outro lado, a metodologia tem aplicação para a generalidade das transações envolvendo *commodities*, e não apenas para situações excepcionais. Ela serve para o controle regular dos preços de transferência. Isso não significa, no entanto, que o objetivo de prevenção de abuso seja necessariamente abandonado. Alguns países, mesmo aplicando a medida para a generalidade dos casos, optam por instituí-la acompanhada de características notadamente antiabusivas, fixando, por exemplo, a data de embarque como aquela a ser utilizada para se determinar a cotação de mercado.

Para outras jurisdições, no entanto, o viés antiabuso não é preponderante. Nesses casos, embora o “sexto método” possa ser utilizado como forma de assegurar a tributação na jurisdição em que o valor é de fato agregado, ou seja, na jurisdição em que se dá a extração ou a produção da *commodity*, tende-se a adotar parâmetros mais flexíveis e a privilegiar a comparabilidade. Em tais casos, o método de *commodity* geralmente é instituído como uma variação do método CUP.

São diversas as variações encontradas entre os países e, nesse leque, em que num polo figuram normas com traços marcantes de medida antiabuso e, no outro, aquelas sem restrição alguma à comparabilidade, existem países cuja legislação gravita entre as extremidades.

A legislação argentina foi inaugurada em 2003 visando combater situações de potencial abuso. Em seu texto original, a legislação exigia a aplicação do “sex-

to método” nas hipóteses de transações de exportação de bens com cotação quando fosse verificada a existência de um intermediário na operação e o contribuinte argentino não demonstrasse que aquele satisfazia os requisitos de substância previstos na Lei⁴. Uma vez aplicada, a medida continha critérios severos que afastavam do princípio *arm's length*, por exemplo, a aplicação mandatória da cotação referente à data do embarque da mercadoria e a impossibilidade de realização de ajustes ao valor da cotação.

Em 2017, o “sexto método” argentino sofreu modificações. Com a edição da Lei n. 27.430/2017, a norma passou a ser aplicada nas hipóteses em que o intermediário internacional seja caracterizado como parte relacionada, esteja localizado em jurisdição não cooperante ou de baixa tributação ou, ainda, nas situações em que, embora o intermediário internacional não seja considerado parte relacionada, exista vínculo entre o exportador na origem e o destinatário final do produto. A lei argentina exige que o intermediário da operação seja remunerado com base nos riscos assumidos, nas funções exercidas e nos ativos empregados na operação, e a legislação secundária requer, ainda, que se comprove a sua substância, exigindo, por exemplo, que o intermediário tenha presença física e estabelecimento comercial em seu território de residência⁵. Realizando-se a exportação de bens com cotação, a legislação demanda do contribuinte argentino o registro do contrato junto à administração tributária que dá lastro à operação. Efetuado o registro, o “sexto método” argentino perde seu caráter marcante de norma antiabuso e passa a admitir maior flexibilidade na sua aplicação. Caso contrário, não sendo efetuado o registro, a metodologia se aplica com base em critérios de maior rigor.

Já a legislação da Colômbia, Peru e Ucrânia tratam o “sexto método” como uma variação do método CUP. Nesses países, o “sexto método” tem aplicação geral.

Nos dois países latinos, a regra aparenta buscar um elevado grau de conformidade às diretrizes da OCDE e ao princípio *arm's length*, não apresentando características predominantes de norma antiabuso.

Na Colômbia, o capítulo XI do Código Tributário determina que, no caso de operações com *commodities*, o método do *Precio Comparable No Controlado*, correspondente ao método CUP no padrão OCDE, será considerado o método mais apropriado para determinação do preço normal de mercado (*precio de plena competencia*)⁶. A legislação autoriza que, para fins de determinação do preço normal de mercado, sejam utilizados como comparáveis os preços praticados em transações realizadas entre partes independentes ou os valores das cotações de mercado. Em casos excepcionais, a legislação autoriza a adoção de outro método de

⁴ Art. 2º da Lei n. 25.784/2003.

⁵ Art. 43 do Decreto n. 862/2019.

⁶ Art. 260-3, Estatuto Tributario. Disponível em: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/base-doc/estatuto_tributario_pr010.html#CAPITULO%20XI-I. Acesso em: 26 jul. 2020.

cálculo, exigindo, ainda, que as razões técnicas, econômicas e financeiras que justificam a utilização de outra metodologia sejam incluídas na documentação apresentada à Administração Tributária⁷. A legislação é aplicável às operações de importação e exportação realizadas com pessoas relacionadas no exterior ou domiciliadas na zona franca colombiana, e alcança também as transações efetuadas com pessoas domiciliadas em países de baixa tributação⁸.

No Peru, os contribuintes podem optar por usar um método distinto do CUP para as transações com *commodities*⁹. Nesses casos, os contribuintes devem comunicar à administração tributária, fornecendo as razões econômicas, financeiras e técnicas para a utilização de outra metodologia, bem como os motivos para a não aplicação do método CUP. As regras de preços de transferência peruanas aplicam-se às transações entre partes relacionadas e atingem também aquelas realizadas por meio de países não cooperantes ou de baixa tributação, ou com pessoas cujas receitas, ganhos e rendimentos sejam beneficiados por regime fiscal privilegiado¹⁰.

Já na Ucrânia, até 2020, embora a metodologia fosse aplicada como uma variação do método CUP, ela continha traços marcantes de norma antiabuso. Exigia-se a aplicação obrigatória do método para transações com *commodities* cotadas em bolsas e a legislação continha restrições severas à possibilidade de ajustes ao valor da cotação. Em 2020, a legislação desse país foi alterada e sofreu flexibilizações. A metodologia deixou de ser obrigatória, passando a ser apenas prioritária para transações com *commodities* negociadas em bolsa de valores.

A ATAF apresenta uma abordagem interessante em seu modelo de norma para o “sexto método” para os países africanos. Embora a proposta busque respeitar o princípio *arm’s length*, seu texto contém particularidades que conferem uma maior segurança no que diz respeito à proteção da base tributável. No modelo proposto, a utilização dos valores das cotações de mercado é obrigatória para determinação da base de cálculo nas transações de exportação e importação de *commodities* e outros bens alcançados pela medida¹¹. Além disso, a legislação de preços de transferência alcança transações realizadas direta ou indiretamente entre partes relacionadas e inclui em seu escopo as operações efetuadas entre não residentes, relacionados entre si, quando dizem respeito a um estabelecimento permanente situado no país que adota a medida.

⁷ Art. 260-3, Estatuto Tributario. Disponível em: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/base-doc/estatuto_tributario_pr010.html#CAPITULO%20XI-I. Acesso em: 26 jul. 2020

⁸ Art. 260-2, Estatuto Tributario. Disponível em: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/base-doc/estatuto_tributario_pr010.html#CAPITULO%20XI-I. Acesso em: 26 jul. 2020

⁹ Art. 32-A, (e) Métodos utilizados. Ley del Impuesto a la Renta. Disponível em: <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/renta/ley/capv.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020

¹⁰ Art. 32-A, (a) Âmbito de aplicación. Ley del Impuesto a la Renta. Disponível em: <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/renta/ley/capv.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020

¹¹ Art. 18, § 16, e art. 19, § 9º, da Lei n. 9.430/1996.

Com relação ao Brasil, a legislação atual não restringe a aplicação da medida a situações em que há traços marcantes de planejamento agressivo e tampouco caracteriza os métodos de *commodities* como uma variação do método CUP. Os métodos PCI e Pecex são métodos específicos previstos na legislação e de aplicação obrigatória para quaisquer operações de exportação e importação de *commodities* sujeitas à cotação, desde que realizadas entre pessoas vinculadas ou com pessoas residentes ou domiciliadas em país com tributação favorecida ou beneficiárias de regime fiscal privilegiado¹².

Embora não se possa afirmar que os métodos PCI e Pecex tenham características de norma antiabuso ou que sejam voltados especificamente para essas situações, não nos parece ser igualmente correta a afirmação de que as metodologias brasileiras se conformem integralmente ao princípio *arm's length*. Os métodos PCI e Pecex buscam, sim, refletir e abraçar a prática de precificação presente em alguns setores de *commodities* e, nessa medida, aproximam-se do referido princípio. Entretanto, existem aspectos do seu desenho e de seu alcance que podem frustrar, conforme se verá adiante, o atingimento da comparabilidade.

O legislador brasileiro, consciente do problema precedente relativo à utilização predominante do método CAP e da alocação de parte da lucratividade das operações com *commodities* em jurisdições intermediárias, optou por positivar o “sexto método” desenhando-o de modo a refletir a prática de mercado, porém com limitações que, apesar de terem o potencial de produzir resultados desalinhados com o princípio *arm's length*, têm, por outro lado, a aptidão de conferir objetividade às metodologias e oferecer um certo resguardo à base tributável. Tal característica não é nenhuma novidade na legislação brasileira de preços de transferência que, muito embora seja reconhecida por ter inspiração no mencionado princípio, contém desde o seu marco inicial elementos que impedem a sua total concretização.

5.2. Escopo objetivo

Uma questão importante a ser considerada no desenho do método é o escopo dos bens sujeitos à sua aplicação. Existem nuances na legislação dos países que merecem ser apontadas, e a depender do objetivo que se pretenda alcançar com a adoção da medida, a utilização de um escopo inapropriado pode gerar resultados indesejáveis.

A palavra *commodity* vem do inglês, e a definição geralmente encontrada é de um tipo particular de mercadoria em estado bruto ou produto primário de importância comercial, como é o caso do café, do algodão e do cobre, entre outros (SANDRONI, 1999, p. 112-113).

Alguns países introduzem a medida com um escopo amplo e submetem ao “sexto método” quaisquer transações realizadas com *commodities* que tenham co-

¹² Art. 16, § 2º, e art. 34, § 2º, da Instrução Normativa RFB n. 1.312/2012.

tações divulgadas por mercados transparentes, podendo incluir também outros bens que possuam preços ou índices publicados por agências governamentais ou instituições de pesquisa.

A proposta de legislação apresentada pela ATAF adota abordagem nessa linha (ATAF, 2018). De acordo com o modelo proposto, estão obrigadas à utilização do método as transações envolvendo grãos, oleaginosas, produtos obtidos da terra, hidrocarbonetos e derivados e quaisquer outros bens cujos preços possam ser obtidos de bolsas domésticas e internacionais, de agências estatísticas ou governamentais ou de relatórios de preços renomados e transparentes. Com isso, no modelo de “sexto método” sugerido pela organização internacional, existindo preço público para o produto transacionado, seu valor deve ser obrigatoriamente utilizado na determinação dos preços de transferência.

A legislação da Ucrânia e do Brasil segue direção similar e adota um escopo objetivo expandido.

No caso da Ucrânia, o “sexto método” foi implementado como aplicação obrigatória do método CUP, quando houvesse transações com *commodities* cotadas em bolsas¹³. A lista de mercadorias e as respectivas bolsas são determinadas pelo Gabinete de Ministros da Ucrânia e inclui 58 produtos listados¹⁴, como cereais, minerais, petróleo etc.

A norma brasileira de preços de transferência exige a aplicação dos métodos PCI e Pecex na hipótese de operações de exportação ou importação com *commodities* sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas. Na hipótese de não haver cotação disponível para a *commodity* em bolsas de mercadorias e futuros, a legislação determina que a comparação seja realizada com base em fontes de dados independentes fornecidas por instituições de pesquisa setoriais internacionalmente reconhecidas. Com fundamento na competência conferida pela Lei, a legislação secundária disciplina os métodos e lista os produtos que, se considerados *commodities* e sujeitos à cotação nas bolsas ou nos institutos de pesquisa por ela relacionados, deverão se submeter ao PCI e ao Pecex.

Quando se trata do padrão de comparabilidade, a linha de abordagem proposta pela ATAF e implementada pela Ucrânia e pelo Brasil pode provocar distorções. Com base na abordagem brasileira, por exemplo, é suficiente que o produto seja considerado *commodity* e esteja sujeito a preços públicos para que o “sexto método” seja aplicável e a utilização do valor da cotação se torne mandatária.

Ocorre que, em muitos casos, as cotações podem não corresponder aos preços que seriam praticados em transações realizadas entre partes independentes, em condições comparáveis.

¹³ Art. 39.2.1.3 do Código Tributário da Ucrânia.

¹⁴ Resolução n. 616/2016.

Há situações, por exemplo, em que existe preço público disponível para um determinado produto em bolsa ou em relatórios especializados, porém o contrato listado ou o índice divulgado não possui liquidez suficiente. Seu volume de negociação é baixo e sem o potencial de representar adequadamente os preços de mercado para a *commodity* transacionada. Há casos, ainda, em que o mercado é opaco, conta com pouquíssimos fornecedores que controlam a maior parte da oferta dos produtos e muitos deles são partes relacionadas. Os preços divulgados pelos relatórios especializados não refletem preços de mercado e, por vezes, se valem das estatísticas de exportação dos países produtores e de importação dos países compradores, os quais estão influenciados pelas práticas de preços de transferência dos *players* de mercado.

Também não é incomum acontecer de o produto ser considerado uma *commodity*, existir preço público divulgado em bolsa de valores, mas o setor produtor e exportador de um determinado mercado não tomar o valor da cotação como referência para precificar as suas operações. Os negócios entre os produtores e as partes não relacionadas são concluídos com base em critérios de precificação independentes, sem correlação com as cotações divulgadas pelas bolsas de valores.

Por essa linha de abordagem, ainda que a cotação não corresponda ao valor de uma transação realizada entre partes independentes em situações comparáveis, como parece ocorrer nos exemplos acima mencionados, a utilização do “sexto método” pode não ser dispensada. A depender do caso, o uso da metodologia especial permanece como mandatária e se exige que os preços de transferência sejam determinados com base em uma cotação que não representa com a devida adequação as características de uma transação realizada entre partes não relacionadas.

Importante destacar que, nas situações ilustradas, ainda que a norma do país contemple a possibilidade de se realizar ajustes ao valor da cotação, é desafiador imaginar ser possível sanar tais distorções nas situações apontadas. Afinal, seria possível ajustar adequadamente o valor de um contrato que não tem liquidez a ponto de transformá-lo num preço que corresponda ao de uma transação com características econômicas comparáveis às da transação controlada? Ou, ainda, como ajustar adequadamente a cotação de um produto de modo a fazer com que seu valor reflita as condições de um determinado mercado se sequer os agentes que nele atuam se referenciam em tal cotação para fixar o valor das transações efetuadas entre partes não relacionadas? Parece-nos quase inviável.

Diante disso, sob a ótica do princípio *arm's length*, pode-se concluir que um escopo objetivo amplo tem o potencial de gerar distorções em determinados casos. Aliás, esta é uma das razões pelas quais se afirmou no tópico precedente que o “sexto método” brasileiro não se conforma em sua integralidade ao referido padrão internacional. Como dito, o PCI e o Pecex buscam refletir os padrões de mercado, mas contêm limitações amparadas nos ideais de objetividade e proteção à base tributária. Ao submeter à sua aplicação *commodities* listadas em bolsa cujas cotações não são utilizadas como referência para precificação pelo mercado, o

legislador optou por resguardar minimamente a base de cálculo, porém descolando-se, nessas situações, do ideal de comparabilidade.

Tal opção não se apresenta desarrazoada se considerado o contexto em que as metodologias brasileiras foram editadas. Afinal, entre manter as transações envolvendo *commodities* sujeitas ao cálculo do CAP com sua margem fixa de 15%, parece ser justificável a preferência, à época, pela tributação com base nas cotações de mercado. De toda forma, não há como deixar de mencionar que essa abordagem pode gerar, sob a perspectiva internacional, situações de dupla tributação ou de dupla não tributação.

É justamente por este motivo, qual seja, para mitigar os efeitos dessas possíveis distorções, que o relatório das Ações 8-10 do Projeto BEPS, ao definir o termo *commodity* e estabelecer o escopo de aplicação do método CUP quando apurado com base nas cotações de mercado, não se valeu da mesma abordagem. Para privilegiar a comparabilidade e assegurar que a metodologia se mantivesse alinhada ao princípio *arm's length*, a definição de *commodity* utilizada foi mais específica, recebendo um qualificador, de modo a compreender tão somente os produtos para os quais a cotação seja utilizada como referência pelo setor para a fixação dos preços em transações realizadas entre partes não relacionadas. Com isso, não basta que o produto seja conceitualmente considerado como uma *commodity* e se sujeite à cotação em bolsa. Para que não sejam gerados resultados em desconformidade com o *standard* internacional, requer-se, como premissa inicial para a aplicação do método, que a cotação seja utilizada como base pelo mercado para estabelecer os preços das transações entre partes não relacionadas (OECD, 2015, p. 53).

Referida abordagem é seguida, em grande parte, pela Argentina, Colômbia e Peru. No que diz respeito à Argentina, ponto interessante que merece ser destacado é o fato de o escopo de sua medida abranger também os casos de operações realizadas com produtos que, embora não cotados em bolsa, sejam habitualmente transacionados por partes independentes com base em critérios de precificação que se referenciem em cotações de mercado. Com isso, pelo escopo argentino, a regra tem aptidão de alcançar transações com produtos sem cotação em bolsa ou cujas características não correspondam àquelas previstas em um determinado contrato-padrão, mas que o mercado se valha de algum preço público ou índice de mercado como prática para fixação dos preços de suas transações¹⁵.

O escopo mais direcionado apresentado pelo Projeto BEPS e encampado pelos países acima citados nos parece ser mais interessante, especialmente nos casos em que o país já conta com uma legislação mais aperfeiçoada para lidar com transações particulares. Como visto, nessa abordagem, são minimizadas as probabilidades de se obter resultados distorcidos em comparação a transações reali-

¹⁵ Art. 47 do Decreto n. 862/2019.

zadas entre partes não relacionadas. Isso, no entanto, não significa dizer que a adoção de um escopo mais amplo, porém aplicável para transações com características específicas – por exemplo, no caso de não ser comprovada a substância do intermediário ou na ausência de apresentação de documentação hábil por parte do contribuinte –, não possa constituir uma ferramenta útil para a determinação dos preços de transferência.

5.3. Data da cotação

Na estrutura do “sexto método”, um dos elementos de grande relevância e fragilidade é a questão da determinação da data da cotação a ser utilizada para comparação com os valores da transação controlada. Em decorrência de diversos fatores, os valores dos preços públicos podem sofrer grandes oscilações ao longo de um período. Para determinados grãos, por exemplo, os preços podem sofrer variações significativas entre os períodos de entressafra e safra (ALVES, BARROS GERALDO, OSAKI & IKEDA, 2018, p. 127-128).

Os segmentos de *commodities* adotam práticas variadas para fixação dos preços das transações realizadas entre partes não relacionadas. Existem situações em que o preço é fixado no momento em que o contrato é firmado (*flat price*). Em outros casos, na data do contrato, as partes fixam apenas os prêmios e descontos que serão adicionados ou deduzidos do valor da cotação, a qual será fixada em um momento futuro (*unpriced transactions*). Há, ainda, situações em que contratos de fornecimentos de longo prazo são firmados e, no momento de sua celebração, as partes estabelecem a compra e venda de um determinado produto, acordando que serão entregues determinadas quantidades em datas futuras (*long term agreements*). Em tais negociações, os prêmios podem ser fixados na data da contratação e as partes estipularem que serão utilizadas cotações preestabelecidas referentes a datas futuras, que reflitam condições de mercado.

A utilização da cotação de uma ou de outra data específica pode ter impactos relevantes na determinação dos preços de transferência. A seleção do dado inapropriado pode fazer com que receitas de exportação para uma parte relacionada sejam subestimadas, permitindo que valores expressivos sejam alocados em jurisdições intermediárias, ou superestimadas, gerando indesejáveis situações de dupla tributação.

As jurisdições adotam critérios variados no que diz respeito à determinação da data da cotação para o cálculo do “sexto método”. Há países que privilegiam critérios objetivos, utilizando comumente a data de embarque ou de períodos próximos a esta data. As normas que se valem dessa abordagem geralmente são estruturadas e desenhadas para combater situações de abuso.

Existem especialistas que sustentam ser essa a abordagem mais adequada para quaisquer transações, inclusive para aquelas em que não há qualquer indício de prática abusiva.

Argumenta-se que, no setor de *commodities*, as transações realizadas por empresas que fazem parte de um grupo integrado em nada se assemelham com as características dos contratos negociados entre partes independentes, uma vez que todos os elementos da transação controlada, incluindo sua data, seus termos e condições, são estabelecidos visando obter o máximo benefício para o grupo, e não necessariamente mirando os interesses do produtor da *commodity*. Afirma-se, nesse sentido, que os componentes do negócio, incluindo a data da transação, não decorrem de uma negociação efetuada entre partes independentes, sendo equivocada a abordagem de se iniciar a análise de preços de transferência a partir do contrato estabelecido entre as partes relacionadas e, por consequência, referenciar-se em sua data para se estabelecer a cotação empregada no “sexto método”. Na visão desses especialistas, com exceção da data do embarque, não haveria nenhuma outra que refletiria uma transação de fato realizada entre partes relacionadas (GRONDONA & PICCIOTTO, 2015, p. 24-25).

Ademais, sustentam não fazer sentido considerar a existência de vendas futuras em um cenário de transações realizadas entre partes relacionadas e, por consequência, precificar essas transações com base em preços públicos referentes a semanas ou meses anteriores à data de embarque da mercadoria. Embora reconheçam que partes independentes possam, de fato, firmar seus contratos com base em vendas futuras, esses especialistas entendem ser inadequado reproduzir esse mesmo tipo de negociação em transações realizadas entre partes relacionadas. Para eles, uma das poucas exceções em que seria razoável se considerar essa possibilidade seria o caso em que uma empresa intermediária firme uma venda para entrega futura com um terceiro independente e celebre, em seguida, o negócio com o produtor de seu grupo para se realizar a exportação da *commodity* negociada, espelhando essa mesma condição na transação controlada (GRONDONA & BURGOS, 2015, p. 41-42).

A Argentina adotava essa abordagem em sua legislação anterior. Na norma revogada, não sendo comprovada a substância econômica do intermediário internacional, a determinação dos preços de transferência deveria ser efetuada com base no “sexto método”, apurado por meio dos preços públicos referentes à data do embarque da mercadoria¹⁶. Esse mesmo critério é utilizado por outros países, a exemplo da Bolívia.

O relatório do Projeto BEPS vai na contramão dessa abordagem pragmática. O relatório afirma que um fator relevante em transações que se referenciam nas cotações de mercado é justamente a data ou o período utilizado pelas partes para se precificar a transação (OECD, 2015, p. 56). A depender do segmento da *commodity*, a fixação do preço das transações realizadas entre partes independentes pode ser efetuada tomando por base, por exemplo, a cotação de uma data espe-

¹⁶ Art. 2º da Lei n. 25.784/2003.

cífica ou até mesmo ser realizada por meio de fórmulas que levem em consideração as cotações de um intervalo de datas.

Com isso, com o objetivo de preservar o princípio *arm's length*, quando o contribuinte puder fornecer evidências confiáveis da data ou do período utilizado para fixação do preço e essa condição da transação for consistente com a real conduta das partes e com o que partes independentes adotariam em condições comparáveis, o relatório orienta as Administrações Tributárias a determinar o preço da transação controlada tomando por referência a data ou o período utilizado pelas partes para fixação do preço da transação. Caso as evidências fornecidas pelo contribuinte não sejam confiáveis ou sejam inconsistentes com a conduta das partes, o preço da transação deve então ser determinado tomando por base os fatos e circunstâncias do caso, levando em consideração o que partes independentes acordariam em condições comparáveis, incluindo a prática de mercado. Não sendo possível essa verificação, as Administrações Tributárias podem valer-se de critérios pragmáticos, utilizando-se dos dados que estiverem à sua disposição, por exemplo, a data de embarque da mercadoria (OECD, 2015, p. 56).

Nota-se que o relatório prioriza que a análise de preços de transferência seja efetuada por meio da utilização das cotações relativas à data utilizada pelas partes relacionadas para fixação do preço da transação controlada. O critério adotado nos parece ser um caminho adequado quando se objetiva refletir o que partes independentes observariam em condições comparáveis. A utilização da cotação da data de embarque como regra primária pode fazer com que receitas sejam duplamente tributadas ou não tributadas. Mesmo nos segmentos em que a prática de mercado seja precificar a transação em períodos próximos à data do embarque, é possível que, entre esta e a data em que a transação foi realizada, haja oscilações relevantes no valor da cotação, de modo que eleger o período de embarque como referência pode distorcer os resultados da análise de preços de transferência. Com isso, parece-nos que, num cenário em que se busca preservar o princípio *arm's length*, é desejável que a cotação seja determinada com base na data ou no período em que o preço da transação controlada foi fixado.

Vale, no entanto, observar que esse critério é revestido de fragilidade, sendo suscetível a manipulações. Geralmente, a documentação de preços de transferência é fornecida para as Administrações Tributárias após as transações serem realizadas. A documentação usualmente é fornecida no ano posterior ou, por vezes, apenas no momento em que se dá a fiscalização de preços de transferência. Isso pode abrir margem para que o contribuinte elabore seus cálculos e sua documentação, elegendo as cotações que lhe sejam mais vantajosas. No caso de uma exportação realizada em outubro, por exemplo, o contribuinte pode elaborar seus cálculos de preços de transferência adotando a cotação de um determinado dia de junho porque ela corresponde ao valor mais baixo e lhe proporciona uma menor tributação da receita auferida na transação controlada. A documentação de pre-

ços de transferência será então elaborada, inclusive contratos assinados, com base na data artificialmente adotada.

A utilização de uma regra que prioriza a cotação referente à data ou período em que o preço foi estipulado não deve ser desacompanhada da exigência de que o critério utilizado pelas partes relacionadas para precificação de sua transação seja consistente com os fatos e circunstâncias do caso e compatível com o que partes independentes adotariam, inclusive com a prática de mercado. Do contrário, abre-se caminho para que critérios de precificação não usuais ou não condizentes com o que terceiros independentes adotariam sejam selecionados com o objetivo de se obter uma menor tributação do resultado das transações controladas. A título exemplificativo, há relatos de caso no Chile em que um contrato de fornecimento de cobre por 15 anos foi celebrado com uma parte relacionada com base em um preço fixo, sem contemplar reajustes periódicos para alinhar a remuneração estabelecida a um patamar de mercado (El Mercurio, 2013). Outra situação ilustrativa é aquela em que uma empresa intermediária celebra contratos de fornecimento de longo prazo com terceiros independentes, baseando-se em preços de mercado, e efetua as compras do produtor de seu grupo para entrega futura quando as cotações se apresentarem nos patamares mais baixos.

As legislações vigentes dos países analisados e o modelo proposto pela ATAF possuem regras em grande parte alinhadas com as diretrizes do relatório do Projeto BEPS. Esses modelos buscam privilegiar o uso da cotação referente à data ou período utilizado para fixação do preço, conforme estabelecido entre as partes relacionadas. Todavia, o que se pode notar é que existe uma preocupação por parte dos países em relação às fragilidades desse critério, de tal forma que as legislações procuram minimizar seus pontos de risco.

A Argentina, por exemplo, exige 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. No registro efetuado, o contribuinte deve declarar os principais dados relativos à contratação, como a data de celebração do contrato, dados do comprador no exterior, seu país de residência, o tipo e as características do produto vendido (qualidade, volume etc.), meio de transporte, os preços e as condições de venda, a metodologia utilizadas para sua fixação, os ajustes sobre o preço da cotação de mercado, com apontamento dos valores dos prêmios ou descontos negociados sobre o valor da cotação, o período estabelecido para o embarque da mercadoria e o seu país de destino¹⁷. Caso o contribuinte não efetue o registro ou os dados informados não sejam confiáveis, os preços de transferência serão determinados com base no preço público referente à data do embarque da mercadoria¹⁸.

¹⁷ Art. 48 do Decreto n. 862/2019. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/infoleg/dec862.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020.

¹⁸ Art. 15 da *Ley de Impuestos a las Ganancias*.

O requerimento de que as transações com *commodities* sejam previamente reportadas às Administrações Tributárias constitui uma prática que vem sendo adotada por diversos países, tal como Peru¹⁹, Colômbia²⁰, Paraguai²¹ e Ucrânia²², e constitui, a nosso ver, uma exigência razoável para que os fiscos possam ter maior visibilidade sobre as transações, seus respectivos elementos, e possam dispor de informações tempestivas acerca dos contratos celebrados, minimizando-se, com isso, os riscos de eventuais manipulações. Tal como se dá na Argentina, o que se verifica nesses países é que a falta do registro da transação pode fazer com que os preços da transação controlada sejam determinados com base nas cotações do período de embarque da mercadoria.

A legislação argentina permite que seja utilizada 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. Exige-se que o critério utilizado seja coerente com o que partes independentes acordariam em condições semelhantes.

O modelo proposto pela ATAF apresenta alternativa interessante. São apresentadas duas opções de redação de texto normativo, em que, na primeira alternativa, a regra é a utilização da cotação relativa à data do embarque e, na segunda, deve ser utilizada a média das cotações do mês de embarque da mercadoria. Em ambas as propostas, no entanto, caso o contribuinte forneça evidências contemporâneas e confiáveis da data de precificação da transação e o critério utilizado esteja aderente ao que partes independentes acordariam em uma transação realizada em condições *arm's length*, admite-se então que seja utilizada a cotação da data da operação. Embora o modelo proposto pela ATAF apresente uma inversão do critério previsto no relatório do Projeto BEPS, ele permanece, a nosso ver, aderente ao princípio *arm's length* e constitui uma alternativa interessante, pois indiretamente acaba por exigir maior rigor na elaboração da documentação de preços de transferência para que se afaste a aplicação da cotação da data do embarque da mercadoria.

O Brasil segue sistemática semelhante à adotada pelos países acima mencionados, porém apresenta alguns critérios objetivos que visam conferir praticabilidade e proteção à base tributária. Em linha com os demais países, a Lei determina que seja utilizada a cotação da data da transação e, não sendo possível identi-

¹⁹ Art. 32-A, (e) Métodos utilizados. Ley del Impuesto a la Renta. Disponível em: <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/renta/ley/capv.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020.

²⁰ Art. 260-3. Disponível em: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/estatuto_tributario_pr010.html#CAPITULO%20XI-I. Acesso em: 26 jul. 2020.

²¹ Resolución General n. 31/14.

²² Art. 39.2.1.3, Código Tributário da Ucrânia.

ficá-la, passa-se a se exigir o cálculo com base no preço público da data do embarque da mercadoria ou do registro da declaração de importação²³.

Com o objetivo de conferir praticabilidade e proteção à base tributária, a legislação exige que seja utilizada a cotação média da data da transação²⁴. Tal critério nos aparenta ser razoável, pois oferece um parâmetro objetivo, dentro de um intervalo de transações que refletem o mercado, e que impossibilita a escolha da cotação que seja mais favorável ao contribuinte ou à Administração Tributária. Além disso, vale também lembrar que a norma brasileira admite uma margem de divergência de 3% entre o valor da cotação e o preço praticado pelo contribuinte.

A legislação infralegal procura esclarecer o que se entende por data da transação e permite inferir ser esta a data em que o preço da transação é determinado²⁵. Conforme visto anteriormente, essa data pode não coincidir com a data em que as partes assinaram o contrato, já que, em alguns segmentos de *commodities*, existem alternativas de contratação em que o preço da transação pode ser fixado, por exemplo, com base em cotações posteriores à data da assinatura do contrato. Permite-se, ainda, que os cálculos dos preços de transferência sejam efetuados por meio das cotações ou índices correspondentes às datas ou períodos previstos nas fórmulas contratuais utilizadas para se determinar os valores das transações controladas²⁶.

Para que se evitem distorções e resultados artificialmente manipulados, a legislação brasileira exige que o critério utilizado para se estabelecer a data da fixação do preço na transação controlada seja compatível com o que partes independentes adotariam, tomando por base as transações habitualmente realizadas pelo contribuinte junto a pessoas não vinculadas ou o procedimento normal de mercado²⁷.

Novamente aqui, verifica-se que o modelo brasileiro busca acomodar e refletir as práticas de precificação adotadas pelo mercado; contudo, mais uma vez, inserindo mecanismos que visam conferir maior praticabilidade e proteção à base tributária.

5.4. Ajustes ao valor da cotação

A prática dos países no que diz respeito à possibilidade de ajustes ao valor da cotação é variada. Ao mesmo tempo em que constitui um elemento relevante para que haja comparabilidade, a possibilidade de realização de ajustes ao valor da cotação agrega complexidade ao processo de aplicação do “sexto método”, inse-

²³ Art. 18-A, §§ 1º e 3º, e art. 19-A, §§ 1º e 3º, da Lei n. 9.430/1996.

²⁴ Arts. 18-A e 19-A da Lei n. 9.430/1996, e art. 16, § 2º-A, e art. 34, § 2-A, da Instrução Normativa RFB n. 1.312/2012.

²⁵ Art. 16, § 15, e art. 34, § 16, da Instrução Normativa RFB n. 1.312/2012.

²⁶ Art. 16, §§ 16 e 17, e art. 34, §§ 17 e 18, da Instrução Normativa RFB n. 1.312/2012.

²⁷ Art. 16, § 15, incisos I e II, e art. 34, § 16, incisos I e II, da Instrução Normativa RFB n. 1.312/2012.

rindo, por vezes, elementos de subjetividade que acabam por reduzir parte dos principais objetivos idealizados com a adoção da medida, isto é, a praticabilidade, segurança jurídica e proteção à base tributária.

O CIAT recomenda que se restrinja o uso de ajustes de comparabilidade, de forma a minimizar a subjetividade e promover maior controle da medida. Conforme mencionado anteriormente, a organização internacional sustenta ser ineficiente integrar os elementos da análise de comparabilidade ao “sexto método” e tentar conectá-lo ao princípio *arm's length*. Em sua avaliação, mesmo quando a regra permite a realização de ajustes, eles podem se mostrar insuficientes para adequar o preço público a condições comparáveis às condições da transação controlada. Na sua visão, para evitar situações de litígio, o método apresenta melhores resultados quando formatado como medida antiabuso, para endereçar situações específicas, hipótese em que a restrição aos ajustes de comparabilidade se torna menos discutível (CIAT, 2019, p. 35-44).

Há países cujas legislações se silenciam a respeito da possibilidade de ajustes ou permitem apenas poucos e pontuais. Essa abordagem era adotada na Argentina²⁸. Conforme falado, a versão original do “sexto método” argentino possuía um enfoque restrito às operações realizadas com intermediários sem substância econômica e, para lidar com tais situações específicas, a norma continha medidas mais severas, silenciando-se, por exemplo, quanto a possibilidade de realização de ajustes de comparabilidade.

A restrição quanto ao uso de ajustes também era adotada na legislação da Ucrânia. Embora o “sexto método” ucraniano não se restringisse a situações de planejamento agressivo, a norma admitia apenas ajustes relacionadas ao volume negociado, aos termos de pagamento ou aqueles relativos a custos de transporte.

O relatório das Ações 8-10 do Projeto BEPS, por outro lado, apresenta uma abordagem distinta e busca assegurar que a transação controlada e o preço público utilizado no método CUP reflitam condições comparáveis. Para que o método produza resultados confiáveis, o relatório afirma que as condições econômicas da transação controlada devem ser comparáveis àquelas representadas pela cotação de mercado e, quando houver diferenças que afetem materialmente os preços da transação examinada, recomenda que ajustes sejam realizados. O documento menciona alguns exemplos de características econômicas presentes nas transações com *commodities* que eventualmente podem ensejar ajustes de comparabilidade. Cita, por exemplo, aspectos relativos à qualidade do produto transacionado e outros relacionados aos termos contratuais da transação controlada, tais como volume, prazo de entrega e condições de transporte (OECD, 2015, p. 53).

De fato, embora os preços públicos sejam utilizados como referência para precificação das transações realizadas entre partes não relacionadas, eles não re-

²⁸ Art. 2º da Lei n. 25.784/2003.

fletem, necessariamente, as mesmas condições econômicas dessas transações. Os valores das cotações das bolsas de valores, por exemplo, refletem a oferta e a demanda relativas a operações de *hedge*, tomando por base contratos com condições específicas e para produtos com características especificadas. Já a formatação do preço das transações realizadas no mercado físico, embora possa ser realizada por meio de fórmulas que se valem do valor da cotação, por vezes leva também em consideração a negociação de prêmios e descontos que ajustam o valor do preço público e refletem diferenças existentes entre as condições econômicas do mercado de referência e aquelas em que se dá de fato a venda da mercadoria.

Os valores dos prêmios e dos descontos negociados no mercado podem refletir não apenas aspectos relacionados à qualidade do produto transacionado, tal como apontado pelo relatório do Projeto BEPS, como podem também abarcar aspectos relacionados à oferta e à demanda do mercado geográfico local.

Para mencionar um exemplo, podemos citar o caso da soja. A formação de preços no mercado brasileiro de soja está relacionada diretamente às variações nas cotações na Bolsa de Chicago (CBOT). Mesmo sendo o maior produtor de soja do mundo, o Brasil é um tomador de preço, ou seja, os preços da soja são formados nos mercados internacionais e os produtores nacionais, diante da informação do preço atribuído ao grão nesse mercado, exigem que os valores praticados estejam em consonância com o mercado externo. Os preços praticados no mercado local tomam como referência a cotação da bolsa norte-americana, porém são também influenciados por outros fatores, como excedente de soja no mercado doméstico, níveis de oferta nos principais países produtores mundiais, disponibilidade do produto, urgência da demanda, preços dos derivados, margens de esmagamento etc. Tomando como referência o valor da cotação da CBOT, os importadores e exportadores negociam os prêmios de exportação. O prêmio ou desconto é acrescido ou descontado do valor do contrato futuro da bolsa de Chicago, de modo a se obter o preço no porto brasileiro (ALVES, BARROS GERALDO, OSAKI & IKEDA, 2018, p. 118-119).

Pode-se, então, afirmar que o processo de precificação da soja parte da cotação da bolsa norte-americana (CBOT) e, usando como referência esse valor, são negociados os prêmios de mercado, de tal forma a se chegar no preço praticado do produto no mercado interno.

Os valores das cotações e dos prêmios da soja costumam oscilar em função dos períodos de safra e entressafra no mercado americano e no mercado local. No segundo semestre há maior disponibilidade de soja no mercado americano em função da colheita ao passo que, no primeiro semestre, a oferta é mais restrita. Com isso, existe uma tendência de as cotações serem superiores no primeiro semestre, quando a disponibilidade do produto é reduzida, e inferiores no segundo semestre, em razão da maior oferta no mercado americano. Por outro lado, no Brasil, os estoques tendem a estar baixos no último trimestre de cada ano, o que aumenta a disputa pelo produto disponível entre agentes e compradores, elevan-

do-se os prêmios de exportação. Em março, por outro lado, como temos o mês de pico de safra no Brasil, há um aumento na oferta e, logo, reduzem-se os prêmios de exportação. Após a colheita, há o processamento e a exportação do produto, reduzindo-se os excedentes internos e favorecendo-se novamente a elevação dos prêmios (ALVES, BARROS GERALDO, OSAKI & IKEDA, 2018, p. 122).

O exemplo acima ilustrado permite inferir que, sob a ótica da comparabilidade, é necessário que sejam considerados, na análise de preços de transferência, tanto o valor da cotação como também o prêmio de mercado. O valor da cotação, por si só, não reproduz um preço de mercado para exportação da soja por um exportador brasileiro. Desconsiderar o prêmio e comparar os preços da transação controlada exclusivamente com o valor da cotação significa, no caso dessa *commodity*, fazer com que as receitas auferidas pelo exportador sejam subestimadas ou superestimadas para efeitos de tributação.

Cabe, no entanto, salientar que a identificação e a determinação do prêmio a ser utilizado na análise de preços de transferência pode ser uma tarefa difícil em determinadas situações. Enquanto os valores das cotações de mercado são dados relativamente fáceis de serem acessados, sendo divulgados pelas bolsas de valores, instituições de pesquisa e agências governamentais, o mesmo pode não acontecer para as informações relativas aos prêmios e descontos. Para algumas *commodities*, existem instituições de pesquisa e agências reconhecidas que divulgam valores de prêmio, porém, para outras, esse dado não é de fácil acesso. Eventualmente, nesses casos, existe a possibilidade de se recorrer aos valores de prêmios e descontos negociados pelo contribuinte junto a terceiros independentes, em transação similares, ou, ainda, aos relatórios divulgados por *brokers*, caso existentes e confiáveis.

Além disso, é relevante mencionar que a forma como os prêmios são negociados, os elementos que o compõem e que afetam o seu valor dependem de *commodity* para *commodity*. Não existe um *standard* único. Cada mercado tem suas especificidades. Para alguns setores de *commodities*, conforme já salientado, as cotações sequer são utilizadas como referência na negociação entre os agentes e não há um sistema de formatação de preços em que prêmios e descontos sejam negociados.

A legislação da Argentina, Colômbia, Peru, Ucrânia e o modelo proposto pela ATAF permitem que ajustes de comparabilidade sejam efetuados. As regras contidas nesses modelos admitem que se realizem ajustes ao valor da cotação para que a comparação com a transação controlada seja consistente com o princípio *arm's length*. Evidentemente que a permissão não constitui uma autorização para que ajustes desarrazoados sejam realizados. Para se garantir que as transações se tornem comparáveis geralmente se exige que os ajustes sejam consistentes com o princípio *arm's length*, permitindo, como no caso da Argentina²⁹, a sua utilização

²⁹ Art. 8º do Decreto n. 4.717/2020.

na medida em que reflitam operações realizadas entre partes independentes e correspondam a ajustes habitualmente adotados na prática do respectivo mercado.

Uma abordagem interessante que, ao mesmo tempo em que confere praticabilidade procura também refletir a prática de mercado, é aquela adotada pelo Paraguai. Nesse país, a legislação secundária³⁰ buscou especificar a forma de apuração do preço parâmetro (*precio referencial*) para a soja, apresentando a cotação a ser utilizada, bem como os ajustes específicos passíveis de serem efetuados ao valor da cotação. Conforme consta na legislação paraguaia, o preço a ser comparado (*precio referencial*) será determinado com base na cotação da CBOT e a esse valor serão acrescidos ou descontados os prêmios ou descontos determinados com base no porto de destino da mercadoria (FOB *Up River*, FOB *Nueva Palmira* e FOB Paranaguá). Calcula-se, então, um valor de mercado para o produto colocado à disposição nos portos de destino (por exemplo, FOB Paranaguá). Caso, no entanto, a exportação seja efetuada com base na cláusula “FOB/FAS *Paraguai Portos*”, poderão ser deduzidos, ainda, eventuais valores equivalentes aos gastos para se deslocar o produto dos portos de destino ao mercado interno paraguaio. Nota-se que, para se determinar o preço comparável, a legislação desse país busca espelhar a prática de precificação adotada pelo mercado de soja, tal como visto no exemplo ilustrativo apresentado anteriormente. Listam-se e limitam-se os ajustes passíveis de serem realizados, porém observando as especificidades de um determinado setor e a sua respectiva prática de mercado.

Além da natural exigência de consistência com a prática de mercado, os países demandam que os prêmios e descontos utilizados e, por vezes, seus critérios de formação sejam previamente informados às administrações tributárias por meio dos registros dos contratos mencionados no tópico precedente³¹. Demandam-se, ainda, que os contribuintes mantenham documentação confiável que comprovem e justifiquem os ajustes de comparabilidade realizados. No caso do Peru, por exemplo, a legislação determina que os contribuintes mantenham documentação técnica especializada, como análises de laboratórios, bases de dados ou revistas especializadas, que evidencie e comprove os valores que compõem o preço do produto, incluindo seus prêmios, descontos e, no caso de determinadas *commodities*, as despesas de refino.

Com relação ao Brasil, a Lei que introduziu os métodos PCI e Pecex determina que os seus preços parâmetros sejam determinados com base no valor da cotação, ajustada para mais ou para menos do prêmio médio de mercado³². A legislação infralegal, por sua vez, lista outros ajustes passíveis de serem realizados decorrentes de diferenças entre as características econômicas da transação contro-

³⁰ Resolución General n. 58/2015.

³¹ Art. 47 do Decreto n. 862/2019.

³² Art. 18-A e art. 19-A da Lei n. 9.430/1996.

lada e aquelas representadas por meio da cotação de mercado³³. Percebe-se que o legislador brasileiro se inspirou nos critérios de precificação comumente utilizados por exportadores de *commodities* para se fixar os preços de suas transações.

Os ajustes de prêmios e os demais previstos na Instrução Normativa podem ser efetuados com base em transações realizadas com pessoas não vinculadas ou por meio de informações fornecidas por publicações técnicas ou bancos de dados internacionalmente reconhecidos³⁴.

É importante ressaltar que a previsão para o ajuste do prêmio e, por consequência, dos demais previstos na legislação secundária, não corresponde a uma autorização para que o valor da cotação seja livremente ajustado. O fato de existir a previsão de um ajuste de frete, por exemplo, não significa necessariamente que custos de transporte devam ser deduzidos ou acrescidos ao valor da cotação.

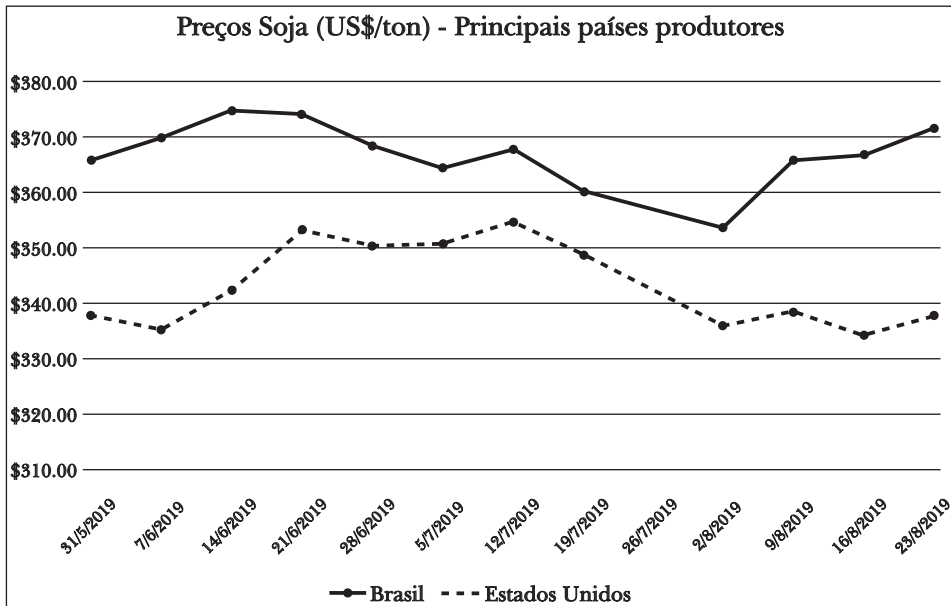
Existindo diferenças entre as condições econômicas refletidas no valor da cotação utilizada como referência pelo mercado e aquelas reproduzidas na transação controlada, admite-se que ajustes sejam efetuados, porém na medida em que reflitam operações realizadas entre partes independentes e sejam consistentes com a prática de mercado. Tais pressupostos, embora não estejam expressos no texto legal, decorrem da própria lógica de aplicação da metodologia de cálculo. Se sua estrutura é desenhada com base nos critérios de precificação utilizado no setor de *commodities* e buscando atingir preços de mercado, parece razoável também se exigir que ajustes somente sejam realizados quando coerentes com a prática de mercado e aptos a resultar em preços que reflitam aqueles negociados entre partes não relacionadas. Da mesma forma que esta lógica serve, conforme visto anteriormente, para a determinação da data de transação, parece que aqui também deve ser observada.

Para ilustrar, basta retomar aqui o exemplo da soja. O gráfico a seguir³⁵ compara o valor da soja no mercado americano e brasileiro, confrontando as cotações da bolsa de Chicago com os preços nos principais portos brasileiros num determinado período de 2019. Em virtude das tensões nas relações China-EUA, os chineses intensificaram as compras da soja brasileira, reduzindo a demanda do produto americano e, por conseguinte, derrubando o valor das cotações de Chicago. Como se pode notar, a linha superior, que representa o preço no mercado brasileiro, se destaca expressivamente em relação à linha inferior, que indica a cotação do mercado norte-americano. No mês de agosto, por exemplo, os portos brasileiros registravam prêmios de US\$ 1,60 por *bushel* sobre a cotação de Chicago (ARC Mercosul, 2019).

³³ Art. 16, §§ 8º e 9º, e art. 34, §§ 9º e 10, da Instrução Normativa RFB n. 1.312/2012.

³⁴ Art. 16, §§ 12 e 13, e art. 34, §§ 13 e 14, da Instrução Normativa RFB n. 1.312/2012.

³⁵ Gráfico adaptado com base nas informações do *site*. Disponível em: <https://blogs.canalrural.com.br/chicagoonline/2019/08/26/premios-da-soja-disparam-em-agosto-e-puxam-precos-no-mercado-disponivel/>. Acesso em: 26 jul. 2020.



O gráfico permite demonstrar que a cotação norte-americana, considerada isoladamente, não reflete os preços praticados no mercado brasileiro. Em virtude de diversos fatores econômicos, entre eles a questão acima mencionada, os preços no mercado local foram superiores, no período mencionado, àqueles negociados no mercado norte-americano. Além disso, ele também evidencia que, para se chegar a um valor de mercado para um exportador brasileiro, não se pode admitir que ajustes aleatórios ao valor da cotação sejam realizados.

Por exemplo, não é porque a legislação admite que ajustes de frete sejam efetuados, que faria sentido deduzir do valor da cotação, para se determinar o preço de mercado no porto brasileiro, um custo hipotético de frete para se deslocar o produto dos Estados Unidos para o Brasil com base na premissa de que a cotação reflete os valores do produto entregue nos armazéns norte-americanos. O preço de exportação, praticado no porto brasileiro, não corresponde ao valor da cotação norte-americana deduzido de um suposto gasto de frete para transportar o produto daquele país para o Brasil. É facilmente perceptível, pelo gráfico apresentado, que se fosse aplicada essa metodologia, o resultado obtido seria um preço inferior ao valor da bolsa e absolutamente descolado do preço no mercado brasileiro. Um exportador brasileiro, em uma venda realizada para parte independente, não precificaria a sua operação dessa maneira. Se assim o fizesse, é evidente que o valor de sua operação não estaria condizente com o mercado. Para estabelecer o preço de sua operação, conforme visto anteriormente, seria sim considerado o valor da cotação, porém a ela se acrescentaria o prêmio de mercado (por exemplo, de US\$ 1,60 por *bushel*), negociado com base em diversos fatores econômicos.

Dessa forma, pode-se afirmar que, para se verificar a pertinência da realização de um dos ajustes previstos na legislação, além de se identificar a existência de eventuais diferenças entre as condições da bolsa utilizada como referência pelo mercado e aquelas refletidas na transação controlada, é necessário que se analise a prática comercial do setor e seus critérios de formação de preço, incluindo a existência de prêmios, descontos e de outros valores comumente utilizados por partes não relacionadas para fixação do valor da transação.

Importante, ainda, se destacar que o prêmio consiste em uma figura que decorre da prática do setor de *commodities*. Ele é objeto de negociação entre partes não relacionadas e decorre das diferenças existentes entre a transação controlada e as condições refletidas no mercado transparente, utilizado como referência pelo setor para precificação de suas transações. Em uma transação realizada entre partes não relacionadas, paga-se um prêmio porque o produto exportado possui um índice de pureza superior àquele que tem preço divulgado pelo instituto de pesquisa, normalmente utilizado como referência de mercado para fixação dos valores das transações. Em uma transação entre partes relacionadas, paga-se um prêmio em razão da existência de outros produtos contidos na matéria-prima transacionada que justifique uma remuneração adicional em relação ao valor base da cotação de mercado (por exemplo, no caso de identificação de quantidades expressivas de ouro em concentrados de cobre). Em uma transação entre partes não relacionadas, paga-se um prêmio sobre o valor da cotação utilizada como referência porque o comprador deseja completar a carga do navio e o vendedor possui a mercadoria disponível para embarque imediato.

Nota-se, com isso, que o prêmio não corresponde a uma ficção jurídica criada para permitir que ajustes mecânicos e aleatórios sejam efetuados ou para supostamente corrigir situações em que a bolsa utilizada para determinação do preço parâmetro não tenha qualquer correlação com a prática de mercado. O elemento ajustável é o prêmio que decorre da prática do setor de *commodities* ou, tal como consta no texto legal, é o prêmio médio *de mercado*.

A forma como a metodologia se encontra disciplinada pela legislação brasileira aparenta acomodar razoavelmente bem determinados segmentos de *commodities* do mercado brasileiro. Como visto, um exportador que venda soja provavelmente irá precificar a sua transação tomando por referência a cotação da bolsa norte-americana e ajustando o seu valor em razão do prêmio de exportação, de modo a se identificar o preço de venda referente ao porto de embarque (por exemplo, FOB/Paranaguá). Esse mesmo critério se encontra refletido na forma de apuração do preço parâmetro apurado com base no método Pecex.

Entretanto, conforme tratado em tópico precedente, as metodologias brasileiras podem apresentar resultados desalinhados ao princípio *arm's length* em determinadas situações específicas, como nos casos em que o produto transacionado seja considerado como *commodity*, exista preço público divulgado em bolsa de valor, mas não haja qualquer correlação entre os preços do mercado transparente

e aqueles negociados no mercado local ou, ainda, quando o produto seja considerado *commodity*, mas a bolsa não possua liquidez suficiente. Na visão dos autores, o problema, nessas situações, não aparenta estar relacionado à possibilidade ou não de realização de ajustes ao valor da cotação. Como dito anteriormente, são razoáveis as chances de que a utilização de ajustes em tais situações produza resultados inadequados e tão distantes do princípio *arm's length* quanto se utilizar apenas o valor da cotação na análise de preços de transferência. A questão, em tais situações, parece ser anterior e está relacionada à própria estrutura dos métodos brasileiros, que possui um escopo objetivo alargado e comporta qualquer *commodity* sujeita a preços públicos.

Conclusão

O chamado “sexto método” foi originalmente introduzido na Argentina para combater a prática abusiva, identificada pela Administração Tributária, de manipulação de preços promovida por exportadores e importadores de *commodities* com a utilização de estruturas triangulares, para alocação de parte do lucro das transações em intermediários situados em jurisdições com tributação favorecida ou regimes fiscais privilegiados.

A medida foi rapidamente adotada por outros países, mas com algumas variações, de modo que não se pode afirmar que o chamado “sexto método” consista atualmente em um único e uniforme *approach*.

As vantagens na adoção do “sexto método” estão na objetividade da regra e na simplicidade em sua administração. A utilização das cotações de mercado como ponto de partida para avaliação dos preços das transações controladas fornece um critério objetivo que tende a reduzir a necessidade de avaliações subjetivas e detalhadas dos fatos e circunstâncias na análise de preços de transferência. A medida também apresenta resultados positivos no combate à prática de *profit shifting* por meio da manipulação dos preços das operações de importação e exportação.

O Brasil se destaca como um dos maiores produtores de *commodities* agrícolas e minerais, sendo que a maioria de suas exportações é efetuada com estruturas com intermediários localizadas em jurisdições de baixa tributação, como Suíça, Ilhas Cayman, Áustria, Turcos e Caicos e Ilhas Virgens Britânicas.

Em 2012, com o objetivo de conferir um tratamento mais adequado a essas transações, o Brasil introduziu o chamado “sexto método”, com a criação dos métodos PCI e Pecex, de utilização obrigatória, a partir de 2013, para o cálculo dos preços de transferência nas operações de importação ou exportação de *commodities*.

Em que pese o “sexto método” ter o potencial de proteger a base tributária e de promover a praticabilidade e a segurança jurídica, os países, entre eles o Brasil, têm identificado dificuldades diversas na aplicação pelas Administrações Tributárias e fragilidades em razão de lacunas existentes na legislação.

A partir de uma análise comparativa entre a metodologia brasileira e as variações identificadas na legislação da Argentina, Colômbia, Peru e Ucrânia e no desenho proposto pela *African Tax Administration Forum* – ATAF, foram identificados alguns elementos que podem servir para o aperfeiçoamento dos métodos brasileiros aplicáveis a *commodities* (métodos PCI ou Pecex).

Quanto à natureza da medida, alguns países adotam o “sexto método” para, exclusivamente ou prioritariamente, alcançar situações de abuso, tais como as transações com a interposição de intermediário. Em outros países, o método é instituído como uma variação do método CUP. A legislação brasileira não segue nenhuma dessas linhas já que os métodos são aplicados obrigatoriamente a quaisquer operações de exportação e importação de *commodities* sujeitas à cotação, desde que realizadas entre pessoas vinculadas ou com pessoas residentes ou domiciliadas em país com tributação favorecida ou beneficiárias de regime fiscal privilegiado. Tendo em vista que a utilização intensiva de estruturas triangulares nas operações de importação e exportação brasileiras poderia ser considerada a introdução de mecanismos para alcance de situações abusivas.

Em relação ao escopo da norma, a legislação brasileira exige a aplicação dos métodos PCI e Pecex na hipótese de operações de importação e exportação com *commodities* sujeitas à cotação em bolsas de mercadorias e futuros internacionalmente reconhecidas. Esse escopo amplo pode acarretar algumas distorções, especialmente nas situações em que: (i) existe preço público disponível para o produto, porém seu volume de negociação é baixo e sem o potencial de representar adequadamente os preços de mercado; ou (ii) o produto possui preço público divulgado em bolsa de valores, mas o setor produtor e exportador em geral não toma o valor da cotação como referência para precificação das operações; ou (iii) o produto não possui preço público nem preços ou índices publicados por agências governamentais ou instituições de pesquisa. Na ausência de preço público disponível, poderia ser utilizado como preço de referência o preço praticado em transações com partes independentes, em condições comparáveis, alinhado ao modelo adotado pela Colômbia, Peru e Ucrânia.

Outro aspecto de grande relevância e fragilidade na aplicação do “sexto método” é a data da cotação a ser utilizada para comparação com os valores da transação controlada. A legislação brasileira estabelece que seja utilizada a cotação da data da transação e, não sendo possível identificá-la, passa-se a se exigir o cálculo com base no preço público da data do embarque da mercadoria ou do registro da declaração de importação. Apesar de o critério adotado pelo Brasil ser razoável e estar alinhado ao de outros países, ele pode ser manipulado para a obtenção do preço de cotação que ofereça o menor ajuste.

Para minimizar os riscos de manipulação, alguns países, tais como Argentina, Peru, Colômbia, Paraguai e Ucrânia, exigem que as transações com *commodities* sejam previamente reportadas às Administrações Tributárias. Essa exigência

garante que os fiscos detenham informações tempestivas acerca dos contratos celebrados, minimizando-se os riscos de eventuais abusos.

A legislação brasileira exige que seja utilizada a cotação média da data da transação. Esse critério nos parece adequado já que oferece um parâmetro objetivo, dentro de um intervalo de transações que refletem o mercado, e que impossibilita a escolha da cotação que seja mais favorável ao contribuinte ou à Administração Tributária. Além disso, é importante lembrar que a norma brasileira aceita uma variação de 3% no preço, o que garante de certa forma um *range* de preços de referência.

O modelo brasileiro busca acomodar e refletir as práticas de precificação adotadas pelo mercado, com a inclusão de mecanismos que conferem maior praticabilidade na sua aplicação e que tentam proteger a base tributária. Entretanto, dentre os elementos do modelo estudados, há aspectos que podem ser aperfeiçoados para garantir segurança jurídica aos contribuintes e atuar de forma mais efetiva nas situações de abuso.

Por fim, com relação aos ajustes de comparabilidade, a norma brasileira permite que a cotação seja ajustada pelos valores dos prêmios de mercado e por outros elementos nela especificados. Considerando os modelos analisados, existem pontos na legislação brasileira que podem ser mais bem explicitados para que se evite interpretações inadequadas e o uso equivocado dos ajustes de comparabilidade.

Referências bibliográficas

- ALVES, L. R.; BARROS GERALDO, S. C.; OSAKI, M.; & IKEDA, V. Y. Estrutura de Mercado e Formação de Preços na Cadeia Produtiva de Soja. In: ALVES, L. R.; BACHA, C. J. *Panorama da agricultura brasileira: estrutura de mercado, comercialização, formação de preços, custos de produção e sistemas produtivos*, p. 95-133. Campinas: Alínea, 2018.
- ARC Mercosul. *Canal Rural*. Disponível em: <https://blogs.canalrural.com.br/chicagoonline/2019/08/26/premios-da-soja-disparam-em-agosto-e-puxam-precos-no-mercado-disponivel/>. Acesso em: 26 jul. 2020.
- ATAF. *Suggested Approach to Drafting Transfer Pricing Legislation*. Pretoria, South Africa: ATAF Secretariat, 2018.
- BHP. *BHP settles longstanding transfer pricing dispute*. Disponível em: <http://comextat.mdic.gov.br/pt/comex-vis>. Acesso em:
- CIAT. *Cocktail of measures for the control of harmful transfer pricing manipulation, focused within the context of low income and developing countries*. 2019.
- _____. *Transfer Pricing in Latin America and the Caribbean, A General Overview based on CIATDATA Transfer Pricing Information updated to November 2019*. 2019b.
- COELHO, F.; AMARAL, L. R.; BARCAROLO, L. Fighting illicit financial flows: Brazilian Customs' approach. *WCO News*, p. 48-56, jul. 2019.

- EL MERCURIO. *Las operaciones de Codelco en Bermudas que no gustaron a Impuestos Internos*. Disponível em: <https://www.elmostrador.cl/mercados/destacados-mercado/2013/12/15/las-operaciones-de-codelco-en-bermudas-que-no-gustaron-a-impuestos-internos/>. Acesso em: 26 jul. 2020.
- GRONDONA, V. Transfer Pricing: Concepts and Practices of the ‘Sixth Method’ in Transfer Pricing. *TAX COOPERATION POLICY BRIEF*, maio 2018.
- _____; BURGOS, M. *Estimación de los precios de transferencia. El caso del complejo sojero*. CEFID-AR, 2015.
- _____; BURGOS, M. Mispricing Argentine soybean exports. *Norwegian Institute of International Affairs Policy Brief*, 2016.
- _____; PICCIOTTO, S. Comments Received on Public Discussion Draft, BEPS Action 10: Transfer Pricing Aspects of Cross-border Commodity Transactions. *BEPS Monitoring Group*, p. 21-27, fev. 2015.
- HANNI, M.; PODESTÁ, A. Trade misinvoicing in copper products: a case study of Chile and Peru. *CEPAL Review*, n. 127, 91-108, 2019.
- IMF. *Fiscal Regimes for Extractive Industries: Design and Implementation*. 2012.
- MANTOVANI, C. E. *Preços de Transferência de Commodities: um estudo empírico sobre os efeitos das alterações trazidas pela Lei n. 12.715/2012*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo, 2015.
- MINISTÉRIO DA ECONOMIA. *ComexVis*. Disponível em: <http://comexstat.mdic.gov.br/pt/comex-vis>. Acesso em:
- OECD. *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10-2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD Publishing, 2015.
- _____. *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*. Paris: OECD Publishing, 2017.
- RAMA, R.; WILKINSON, J. Foreign direct investment and agri-food value chains in developing countries: a review of the main issues. *Commodity Market Review 2007-2008*, 51-66, 2008.
- READHEAD, A. *Toolkit for Transfer Pricing Risk Assessment in the African Mining Industry*. Bonn: Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, 2017.
- SANDRONI, P. *Novíssimo Dicionário de Economia*. São Paulo: Editora Best Seller, 1999.
- SCHOUERI, L. E.; Galdino, G. (2018). PCI e PECEX: o sexto método brasileiro à luz da prática internacional. In: CASTRO, L. F.; MOREIRA, F. L. *Manual de Preços de Transferência: BEPS, Brasil & OCDE*. São Paulo: Quartir Latin, 2018.
- UNCTAD. *State of Commodity Dependence*. New York: United Nations Publications, 2019.
- UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR AFRICA. *Illicit financial flows: why Africa needs to “track it, stop it and get it”*. New York: United Nations, 2014.

US CENSUS BUREAU. *Imports and Exports by Related Parties*. Disponível em: <https://catalog.data.gov/dataset/imports-and-exports-by-related-parties>. Acesso em: 26 jul. 2020.

Novas Fundações do Direito Tributário Internacional? A OCDE, Seus Pilares I e II e a Covid-19

International Tax Law New Foundations? Pillars I and II of OCDE and the Covid-19

Luís Eduardo Schoueri

Professor Titular de Direito Tributário da Universidade de São Paulo. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Pró-Reitor e Professor da Pós-Graduação do IBDT.

Pedro Guilherme Lindenberg Schoueri

Doutor pela Wirtschaftsuniversität Wien. LL.Ms pela University of Michigan e pela Ludwig-Maximilians-Universität München. Bacharel pela Universidade de São Paulo. Professor Colaborador do IBDT.

Resumo

Os desafios da economia digital põem em questão a capacidade das atuais regras tributárias internacionais em alcançar o almejado alinhamento entre tributação e criação de valor. Em resposta ao desafio, a OCDE propõe mudanças fundamentais à arquitetura da tributação internacional, através dos chamados Pilares I e II. Nesse contexto, este artigo procura identificar as implicações das propostas para a rede de acordos de bitributação hoje vigente, ressaltando seu escopo ambicioso e identificando preocupações com sua viabilidade.

Palavras-chave: BEPS, economia digital, acordos de bitributação, *separate entity approach*.

Abstract

The challenges of the digital economy put in question the ability of the current international tax framework to ensure the alignment between taxation and value-creation. In response, Pillars I and II propose fundamental changes to the international tax architecture. Against this backdrop, this article seeks to identify the implications of these changes to the current tax treaty network, highlighting their ambitious scope and underscoring the viability concerns.

Keywords: BEPS, digital economy, tax treaties, separate entity approach.

1. Introdução

A questão da economia digital sempre foi um dos focos principais do Projeto BEPS. Além de ser a Ação número 1, seu relatório final (Relatório Final da Ação 1 – 2015) reconhece que os desafios relacionados a *Base Erosion and Profit Shifting* apenas se exacerbam no contexto digital¹. Com a crescente digitalização da eco-

¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Addressing the tax challenges of the digital economy*. Action 1 – 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015.

nomia, não mais se poderia pretender encontrar soluções aplicáveis exclusivamente à economia digital, senão à economia como um todo. Nada mais acertado, já que uma proposta que tratasse apenas da economia digital fatalmente levaria a questões concorrenciais, especialmente porque, muitas vezes, de um mesmo mercado participam empresas com níveis diversos de digitalização, não parecendo aceitável tributação discriminatória baseada no grau de uso de tecnologia dos concorrentes. Não surpreende, daí, que mais e mais vozes viessem apontando para a necessidade de superar as regras existentes em busca de uma reavaliação fundamental sobre o tema, com soluções inovadoras².

Foi com certa decepção, portanto, que se constatou a ausência de recomendações no Relatório Final da Ação 1 – 2015. Naquele momento, decidiu-se renovar a tarefa que fora incumbida à *Task Force on Digital Economy* (TFDE), com o objetivo de propor soluções até o final de 2020.

Com esse novo ímpeto, ficou cada vez mais clara a intenção de atender àquelas demandas por uma reforma ampla das bases que historicamente pareciam inspirar os países em suas negociações internacionais. É o que ilustra o *Policy Note* de janeiro de 2019, que faz menção à necessidade de discussão de aspectos fundamentais da arquitetura da tributação internacional, podendo ultrapassar a presença física como nexos necessários para tributação, e mesmo o princípio *arm's length*. Nesse sentido, reconheceu-se inclusive a possível necessidade de alteração dos acordos de bitributação hoje vigentes³.

Ordinariamente, propostas dessa magnitude tendem a ser confrontadas com considerações pragmáticas acerca da dificuldade de superar sistemas bem estabelecidos, construídos politicamente ao longo do tempo. Contudo, com a crise de saúde mundial instaurada em 2020 (Covid-19), que desafia paradigmas em todos os aspectos do cotidiano, propostas de modificação ampla ganham ares mais palatáveis. Mais especificamente, pode-se esperar que governos fiquem mais abertos a soluções inovadoras para incrementar arrecadação e aquecer a economia. Assim, propostas como o Pilar 1, que promete realocar base tributável de paraísos fiscais para jurisdições de mercado, bem como o Pilar 2, que promete conferir ferramentas aos países no combate à competição fiscal, ganham ímpeto político adicional. Não fosse o bastante, com a crise, o próprio processo de digitalização da economia se acelerou de maneira significativa⁴, reforçando o senso de urgência das reformas pretendidas.

² BRAUNER, Yariv. What the BEPS. *Florida Tax Review* v. 16, n. 2, 2014, p. 72; GALENDI JR., Ricardo; e GALDINO, Guilherme. 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: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento. Transparência e economia digital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v. 3.

³ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Addressing the tax challenges of the digitalisation of the economy* – Policy note (as approved by the Inclusive Framework on BEPS on 23 January 2019), 2019.

⁴ KHANNA, Rishi. How digital transformation and innovation have been accelerated due to Covid-19. *Forbes*, 24 Jul. 2020. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/forbestechcoun>

Diante desse contexto, este artigo se propõe a analisar as propostas dos Pilares 1 e 2 frente à consolidada rede de acordos de bitributação. Justamente porque as propostas se propõem paradigmáticas, faz-se necessário investigar com maior precisão o escopo de tais mudanças, avaliar suas implicações e mesmo sua própria viabilidade jurídica. Para tanto, o item 2 apresentará a evolução dos trabalhos da TFDE. No item 3, o Pilar 1 será criticamente apresentado, e sua viabilidade jurídica será discutida à luz dos acordos de bitributação. No item 4, o mesmo será repetido com relação ao Pilar 2.

2. O estado da arte

Na sequência do Relatório Final da Ação 1 – 2015, o próximo grande marco foi o Relatório Intermediário – 2018, que identificou os alicerces em que se baseia a tributação internacional, abrindo a possibilidade de uma revisão ampla. Em seu capítulo 5, o documento relembra o princípio *origin of wealth*, cuja função central, inspirada na ideia de pertença econômica que já estava presente nos primeiros trabalhos da Liga das Nações, seria a identificação do local da produção da renda⁵. É dessa ideia que derivam as noções de nexos e de alocação de lucros. A primeira, o nexo, seria responsável por identificar o grau de inserção do contribuinte na economia de um país, o que indicaria se a renda teria sido ali produzida. Ademais, uma vez estabelecido o nexo com a economia, entraria a segunda noção, a alocação de lucros, que buscaria mensurar o montante de renda ali produzido, é dizer, quanto do lucro seria atribuível à presença do contribuinte naquele país.

Até o presente momento, reconhece o Relatório Intermediário – 2018, as regras de nexo e alocação são intimamente relacionadas à presença física do contribuinte em determinada jurisdição. Em primeiro lugar, o nexo é estabelecido por meio da residência ou do estabelecimento permanente, ambos *proxies* que requerem presença física. Em segundo, a alocação de lucros a esses *proxies* é feita com base em uma análise funcional, escorada na localização (física) de pessoas e propriedades (funções, ativos e riscos). Diante dessa importância dada à presença físicas acordos de bitributação e nas diretrizes que tratam da tributação interna-

cil/2020/07/24/how-digital-transformation-and-innovation-have-been-accelerated-due-to-covid-19/. Acesso em: 13 ago. 2020; FITZPATRICK, Matt et al. The digital-led recovery from COVID-19. *McKinsey*, 20 Apr. 2020. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/the-digital-led-recovery-from-covid-19-five-questions-for-ceos>. Acesso em: 13 ago. 2020.

⁵ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Tax challenges arising from digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*. Paris: OECD Publishing, 2018. p. 174. No mesmo sentido, o conceito de *economic allegiance*, originalmente desenvolvido por Schanz e incorporado no trabalho desenvolvido pela Liga das Nações. VOGEL, Klaus. Worldwide vs. source taxation of income – A review and re-evaluation of arguments (Part 1). *Intertax* v. 1988, n. 8-9, 1988, p. 218-219.

cional, o relatório aponta para o desafio em lidar com uma economia digitalizada, que cada vez menos depende de presença física para criação de valor⁶. Não por outro motivo, o relatório sinalizou para a existência de apoio para revisão desses dois aspectos centrais do regime vigente⁷.

Além dessa revisão de aspectos centrais do sistema, surgiu nas reuniões seguintes da TFDE uma proposta paralela, focada em solucionar as questões de BEPS remanescentes⁸. É assim que o *Policy Note* de janeiro de 2019 consolidou a ideia de que essas duas propostas deveriam ser desenvolvidas em paralelo⁹. Logo em seguida, a OCDE publicou a Consulta Pública de fevereiro/março de 2019¹⁰, abrindo espaço para comentários sobre as alternativas propostas, agora denominadas Pilares 1 e 2. Com base nas respostas recebidas, a Organização publicou o Programa de Trabalho de Maio de 2019¹¹, que veio a ser endossado pelo G20 no mês seguinte¹².

Em poucas palavras, a proposta consolidada no Pilar 1 procura um novo equilíbrio na alocação de jurisdição tributária, com especial atenção ao país do mercado. Por isso, a proposta gira em torno do nexa na economia digital, e na alocação de lucros a esse novo nexa. Por outro lado, o Pilar 2 foca nos desafios BEPS remanescentes, desenvolvendo regras que estenderiam aos países a possibilidade de recuperar sua jurisdição tributária caso o outro país não a exerça num patamar mínimo (estabelecendo um “chão” para a competição fiscal).

3. O Pilar 1 e seu impacto nos acordos de bitributação

3.1. Aspectos gerais do Pilar 1

Até o Programa de Trabalho de Maio de 2019, o Pilar 1 contemplava diversas propostas. Como o prazo final de entrega fora marcado para 2020, o Secretariado tomou para si a tarefa de unificar os méritos das diversas propostas produzidas até então, no chamado *Unified Approach*. É o que ocorreu com a Consulta Pública do Pilar 1 de outubro/novembro de 2019, que ao mesmo tempo abriu es-

⁶ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Tax challenges arising from digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, p. 169.

⁷ *Ibid.*, p. 212.

⁸ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Public consultation document – Addressing the tax challenges of the digitalisation of the economy*, 2019, p. 7.

⁹ *Idem*. *Addressing the tax challenges of the digitalisation of the economy – Policy Note* (as approved by the Inclusive Framework on BEPS on 23 January 2019).

¹⁰ *Idem*. *Public consultation document – Addressing the tax challenges of the digitalisation of the economy*.

¹¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Programme of work to develop a consensus solution to the tax challenges arising from the digitalisation of the economy*. 2019.

¹² G20 FINANCE MINISTERS AND CENTRAL BANK GOVERNORS MEETING. *Communiqué*. 2019.

paço para comentários¹³ da comunidade empresarial¹⁴ e acadêmica¹⁵. Em seguida, o Inclusive Framework, grupo que reúne 137 países¹⁶ e vem legitimando as iniciativas no âmbito do BEPS, corroborou a proposta, com um Programa de Trabalho Revisado do Pilar 1 – janeiro de 2020¹⁷.

Em termos de escopo, o *Unified Approach* se restringe aos chamados “*automated digital services*” (ADS) e “*consumer facing business models*” (CFB) – categorias cuja relevância, já grande, se multiplicou em virtude da Covid-19. A primeira categoria se refere a serviços prestados de maneira estandardizada, para vasta população de consumidores em diversas jurisdições – *e.g.*, ferramentas de busca, mídia social, *streaming*¹⁸. Com a Covid-19, por exemplo, o volume de usuários de plataformas de videoconferência e trabalho remoto aumentou exponencialmente. A segunda categoria se refere a modelos de negócios que promovem vendas diretamente a indivíduos, com finalidade pessoal e não profissional ou comercial – *e.g.*, *software*, produtos de informática e comunicação, bens de luxo, franquias¹⁹. Com a Covid-19, produtos de informática e comunicação tornam-se cada vez mais essenciais.

Apesar desse largo escopo, permanecem dificuldades na definição de ADS e CFB. Com relação aos ADS, a própria consulta pública aponta para possíveis dificuldades de delimitação, *e.g.*, nos casos em que haja variados graus de intervenção humana nos serviços. Também com relação aos CFB há potenciais zonas cinzentas. Por exemplo, licenças de franquia são listadas como parte dos CFB, ainda que seja possível argumentar que tais transações não são “*consumer facing*” (por mais que o modelo de negócios franqueado seja, *e.g.*, hotel ou restaurante).

Essas dificuldades na definição do escopo remetem ao trabalho inicial da OCDE, que pretendia desenvolver uma solução que abrangesse a economia como um todo, que não fosse aplicável exclusivamente (*ring-fenced*) à economia digital. Merece crítica essa limitação de escopo, ao quebrar a neutralidade entre modelos de negócio digitais e tradicionais – além da complexidade que a segregação inevitavelmente gera e do fato, já ressaltado, de que num mesmo mercado, atingindo o mesmo consumidor, haverá empresas mais ou menos digitalizadas.

¹³ Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-secretariat-proposal-for-a-unified-approach-under-pillar-one.htm>. Acesso em: 15 jul. 2020.

¹⁴ Entre muitos outros, AstraZeneca, Nestlé, Netflix, Proctor & Gamble, Spotify, Unilever.

¹⁵ Entre muitos outros, Robert Danon and Vikram Chand; Craig Elliffe; Joachim Englisch; Eva Escribano; Eric Kemmeren; Stanley Langbein; Kevin Lee; Scott Wilkie; the Transfer Pricing Center of the Vienna University of Economics and Business.

¹⁶ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Members of the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS*. 2019.

¹⁷ Idem. *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar approach to address the tax challenges arising from the digitalisation of the economy* (as approved by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on 29-30 January 2020), 2020.

¹⁸ Ibid., p. 10.

¹⁹ Ibid., p. 11.

Para as situações que venham a ser entendidas como contempladas em seu escopo, o *Unified Approach* propõe a criação de um *novo nexo*, isto é, uma nova forma de identificar a participação do contribuinte na economia do país. Se o nexos já vigente é firme no *proxy* da presença física, o novo nexos tomaria como base um patamar mínimo de receita na jurisdição. Apesar da simplicidade da proposta, ainda assim é reconhecida a necessidade de ajustes, especialmente em vista de situações em que a fonte pagadora não esteja na mesma jurisdição que o mercado (*e.g.*, serviços de propaganda). Outra situação especial ocorreria na venda de mercadorias tangíveis, cuja receita em si não indicaria efetiva interação com o mercado; elementos adicionais seriam necessários (*e.g.*, propagandas direcionadas)²⁰. Diante de tantas exceções, mais uma vez os temas da neutralidade e complexidade voltam a causar preocupação.

Uma vez estabelecido o novo nexos, serão necessárias novas regras que atribuam lucros a ele – afinal, as regras de preços de transferência hoje vigentes dão importância à presença física (funções, ativos e riscos), ausente no novo nexos.

Em suma, a solução proposta consiste em aproximar a lucratividade residual (presumida) do grupo multinacional como um todo, e promover a alocação para as diversas jurisdições por meio de uma fórmula pré-acordada – o chamado *Amount A*. A determinação do lucro residual partiria do resultado consolidado do grupo econômico, do qual seria subtraído um lucro rotineiro presumido – que, por sua vez, seria determinado com base em um nível de lucratividade acordado. Enquanto o método para tanto continua em debate, a proposta aventa a possibilidade de margens fixas de presunção, estabelecidas de acordo com o setor econômico.

É impossível analisar a proposta e não considerar sua semelhança com o lucro presumido brasileiro. Também aqui, a lucratividade da pessoa jurídica é presumida com base em seu setor de atuação. Duas grandes diferenças, contudo, chamam atenção. No caso brasileiro, a lucratividade objeto de aproximação é da pessoa jurídica individualmente considerada, enquanto a base de cálculo do *Amount A* parte do resultado consolidado do grupo. Além disso, a finalidade da aproximação não é diretamente aferir o lucro tributável, mas indiretamente aferir a parcela daquele lucro que corresponde à lucratividade residual – e que merece ser tributada também pela jurisdição do mercado (*Amount A*).

Essa consideração do lucro consolidado do grupo, se vier a ser adotada, trará grande dificuldade para diversos sistemas nacionais baseados na independência das pessoas jurídicas, como é o caso brasileiro. Afinal, ter-se-á como contribuinte não mais a pessoa jurídica, mas o grupo; este muitas vezes não estará sediado no País e, considerando os negócios digitais, possivelmente sequer terá presença no País. É dizer, a lei nacional tributaria os lucros (residuais) de um grupo sem qual-

²⁰ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar approach to address the tax challenges arising from the digitalisation of the economy*, p. 13.

quer conexão territorial com o País. Ainda mais complexa a questão, se for tomada pelo prisma da igualdade, que exigirá que também no caso de grupos sediados no País se considerem resultados (positivos ou negativos) consolidados, cabendo reconhecer que parte dos lucros contabilizados pela pessoa jurídica controladora brasileira deva ser alocado a outras jurisdições, devendo o país de sede afastar a bitributação (econômica) por meio de isenção ou crédito de tributos recolhidos no exterior. O padrão *arm's length*, enquanto reconhecia a independência das pessoas jurídicas, assegurava a isonomia entre contribuintes que negociam com partes ligadas e aqueles que negociam com partes independentes. O abandono desse padrão e a consideração do grupo econômico traz dúvidas acerca de sua conformidade com a igualdade, a não ser que se considerem, em todos os casos, os grupos econômicos, sejam eles nacionais ou multinacionais. Como no caso destes haverá – como se mostrará abaixo – uma alocação formular de lucros atribuíveis a cada jurisdição, maior espaço surge para questionar se o princípio da igualdade se faz respeitar²¹.

De toda forma, as novas regras se aplicariam exclusivamente ao lucro residual (presumido). Para as atividades rotineiras, contudo, a proposta considera que o princípio *arm's length* se mantém adequado, de modo que deve ser mantido. É imediato que, se o lucro residual se apura a partir da presunção dos lucros rotineiros consolidados, enquanto ao mesmo tempo lucros rotineiros individuais continuam a ser apurados, para efeito de tributação, segundo o parâmetro *arm's length*, então possivelmente haverá dupla tributação econômica (ou não tributação). Afinal, a menos que os montantes presumidos coincidam com aqueles efetivamente tributados, o que se terá é um lucro residual que acaba por incluir lucros individuais tributados pelo padrão *arm's length*, ou, ao contrário, a somatória do lucro residual e dos lucros individuais (efetivos) apurados e tributados pelo padrão *arm's length* não corresponderá ao lucro total do grupo.

Ademais, a proposta também reconhece a existência de um grande número de disputas com relação a funções de *marketing* e distribuição. Especificamente para essas funções, a solução proposta consistiria em explorar o uso de remunerações fixas, que reflitam uma atividade de referência exercida no mercado – *Amount B*. Com isso, espera-se diminuir as disputas referentes a essas atividades.

Mais uma vez, a simplificação proposta guarda relação com o sistema brasileiro, desta feita assemelhando-se ao sistema de margens predeterminadas – em um louvável diálogo. Via de regra, margens predeterminadas devem ser refutáveis, para garantir que o contribuinte possa demonstrar que sua situação é diferente daquela presumida²². A proposta, contudo, prevê margens fixas e não op-

²¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Arm's length: beyond the guidelines of the OECD. Bulletin for International Taxation* v. 69, n. 12, 2015, p. 700.

²² NETO, Luís Flávio. *Transfer pricing and deemed arm's length approaches: a proposal for optional safe harbour methods based on accurate predetermined margins of profitability. International Tax Studies* v. 7, 2019, p. 14-15.

cionais. Eventuais divergências entre a atividade presumida e aquelas efetivamente desenvolvidas pelo contribuinte no caso concreto seriam contempladas pelo chamado *Amount C*, que decorreria de eventuais ajustes efetuados por um novo sistema obrigatório de prevenção e resolução de controvérsias²³. Contudo, relatos dos desenvolvimentos mais recentes da proposta, ainda não publicados, dão conta de que o *Amount C* teria sido excluído²⁴. A justificativa para tanto é de que eventuais divergências entre a presunção do *Amount B* e as atividades de *marketing* e distribuição efetivamente desenvolvidas pelo contribuinte seriam capturadas pelo *Amount A*, que seria novamente alocado à jurisdição do mercado. Por mais que essa sobreposição entre os *Amount A* e *Amount C* efetivamente ocorra, rejeitar o *Amount C* por completo não parece ser a melhor solução, já que ele reflete mais precisamente as atividades desenvolvidas no mercado, enquanto o *Amount A* decorre de mera fórmula para repartição de um lucro que, rigorosamente, não se refere a um único mercado. O *Amount A* muito provavelmente não será integralmente alocado ao mercado onde se deram aquelas atividades de *marketing* e distribuição, o que reforça a falha no argumento de que a falta do *Amount C* seria suprida pelo *Amount A*.

3.2. Pilar 1 e os acordos de bitributação

Já está claro, pelo desenvolvimento das propostas, que sua implementação dependeria de importantes modificações nos acordos de bitributação hoje vigentes. O que não está claro é o volume dessas mudanças.

Em primeiro lugar, o novo nexos requer que novo dispositivo correspondente seja incluído nos acordos de bitributação. A ideia não é substituir o artigo 5 dos acordos, que continua necessário para a operação do princípio *arm's length* às demais situações que não estejam no escopo do *Amount A* (*i.e.*, *Amount B* ou transações fora do escopo do *Unified Approach*). Na verdade, a proposta seria de inclusão de um novo dispositivo adicional ao estabelecimento permanente²⁵. Tal modificação poderia ser implementada de modo análogo à recente experiência com o Instrumento Multilateral do BEPS (MLI), que modificou, de uma só vez, diversos acordos de bitributação dos seus signatários.

A questão ganha complexidade, contudo, ao se considerar a proposta do *Amount A* para alocação de lucro entre as diversas jurisdições de mercado. Conforme reiteradamente reconhece a OCDE, o *Amount A* vai além do princípio *arm's length*, que procura adequar os preços praticados em transações efetuadas dentro

²³ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Public consultation document: Secretariat proposal for a “unified approach” under Pillar One*, 2019, p. 9; 16.

²⁴ FINLEY, Ryan; and JOHNSTON, Stephanie. New detail on OECD's Pillar 1 proposal emerges in draft report. *Tax Notes International*, 2020.

²⁵ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Public consultation document: Secretariat proposal for a “unified approach” under Pillar One*, p. 5; 8.

do grupo econômico. No caso do *Amount A*, nem sequer há uma transação controlada, cujo preço se procura estabelecer. Trata-se, afinal, da alocação formular de parcela do lucro consolidado à jurisdição do mercado, sem que haja uma entidade do grupo ou um estabelecimento permanente ali situado. Como antecipado, o contribuinte seria o grupo econômico, não uma pessoa jurídica (ou um estabelecimento permanente) identificado.

Ora, se a alocação do *Amount A* quebra com a lógica do *arm's length*, quebra também com a lógica subjacente aos artigos 5, 7 e 9 da Convenção Modelo da OCDE. Ali, afinal, é garantido respeito à personalidade jurídica de cada entidade do grupo (*separate entity approach*), a que é atribuído lucro da mesma maneira que ocorreria entre partes independentes (*arm's length*). No caso do *Amount A*, como esclarecido, desconsidera-se a personalidade jurídica individual, partindo-se do resultado do grupo econômico como um todo (*unitary approach*). Assim, a alocação de jurisdição tributária ao país do mercado não decorria da verificação de resultado *arm's length* ali produzido, senão da alocação formular de parcela do resultado do grupo econômico. Nada mais distante da presente lógica da Convenção Modelo da OCDE.

A superação do princípio *arm's length* surpreende. Até o momento, a postura da OCDE sempre foi de expandir o princípio pela via da interpretação, endossando métodos que chegariam bastante próximos da alocação formular. É o que argumenta Avi-Yonah com relação ao *profit split method*, que aloca os lucros de uma determinada transação de acordo com as funções desempenhadas pelas partes, atribuindo o residual de acordo com as contribuições feitas por entidade²⁶. Apesar dessa alocação do residual se aproximar de um modelo formular, ela sempre foi considerada coerente com o princípio *arm's length* (o que Avi-Yonah explica ao incluir *arm's length* e *formulary apportionment* como extremos de um mesmo *continuum*)²⁷.

Atribuir semelhante plasticidade ao princípio *arm's length*, contudo, é criticável. Apesar de corresponder à prática até então endossada pela OCDE, a constante dilatação do princípio pode eventualmente causar ruptura, quando as Cortes ao redor do mundo passarem a privilegiar os limites da redação efetivamente contemplada na Convenção Modelo. Por tudo isso, pode-se enxergar o reconhecimento da superação do princípio *arm's length* positivamente: além de aumentar a transparência do sistema, ao pôr às claras aquilo que até agora já era feito de forma velada, constitui também uma solução ousada e inovadora, como recomendavam *stakeholders* desde o início do projeto.

²⁶ AVI-YONAH, Reuven S. The rise and fall of arm's length: a study in the evolution of U.S. international taxation. *Public Law and Legal Theory Working Paper Series* v. 92, 2007. See also CHAND, Vikram; TURINA, Alessandro; and BALLIVET, Louis. Profit allocation within MNEs in light of the ongoing digital debate on Pillar I – A “2020 compromise”? *World Tax Journal* v. 12, n. 3, 2020, seção 2.2.

²⁷ AVI-YONAH, The rise and fall of arm's length.

Por outro lado, a escolha por superar o *arm's length* e o *separate entity approach*, por mais que tenha aspectos positivos, traz consigo importantes desafios. Afinal, como ressaltado anteriormente, os acordos de bitributação, tal qual concebidos atualmente, se lastreiam na noção de entidades separadas dentro do mesmo grupo econômico, atribuindo lucro entre jurisdições com base nas transações efetuadas entre tais entidades, com correções para refletir parâmetros de mercado. Atribuir lucros apurados com base no *Unified Approach*, considerando o grupo como um todo, é proposta completamente estranha ao atual desenho dos acordos.

Tão arraigada é a ideia do *separate entity approach* nas atuais regras de *transfer pricing* e nos acordos de bitributação que, diante da impossibilidade de aplicar a noção, ela passa a ser ficta. Em princípio, o *separate entity approach* não se aplica a estabelecimentos permanentes, que não têm personalidade jurídica independente – e, portanto, não poderiam transacionar com o *head office*, já que uma entidade não pode transacionar consigo mesma. Contudo, para atribuir lucros ao PE de maneira consistente com o artigo 7, passou-se a tratar PEs como se entidades independentes fossem (*Authorized OECD Approach*)²⁸. Como se vê, portanto, a importância do *separate entity approach* é tamanha que os acordos se valem inclusive de ficção para garantir que o *standard* se aplique.

Além disso, um segundo obstáculo está na coordenação multilateral da fórmula de alocação de lucros. Afinal, o cálculo do *Amount A* atribuível a cada jurisdição partirá sempre do mesmo lucro residual. Portanto, para garantir que não haja dupla tributação ou dupla não tributação decorrente de eventual conflito nos critérios de composição da fórmula (*e.g.*, peso relativo de receita e número de usuários) e de sua base (apuração do lucro global segundo critérios aceitos por todos os envolvidos), propõe-se a existência de um acordo multilateral.

De fato, o Programa de Trabalho Revisado do Pilar 1 – janeiro de 2020 propôs que o Pilar 1 fosse implementado por meio de uma nova convenção multilateral – em paralelo aos acordos hoje em vigor. Com isso, os obstáculos anteriormente mencionados seriam superados: o novo nexo e a alocação formular estariam expressamente previstos, e o caráter multilateral garantiria harmonia entre as diversas jurisdições²⁹.

Ainda assim, há outras questões importantes que permanecem abertas. Em primeiro lugar, é preciso lembrar que acordos internacionais, sejam bilaterais ou multilaterais, não criam tributo, apenas limitam a jurisdição tributária. Nesse sentido, a legislação doméstica dos países signatários precisaria refletir esse novo tributo incidente sobre (parcela do) resultado consolidado do grupo econômico.

²⁸ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *2010 Report on the attribution of profits to permanent establishments*. [s.l.: s.n.], 2010.

²⁹ Idem. *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to address the tax challenges arising from the digitalisation of the economy* (as approved by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on 29-30 January 2020), p. 19-20.

Como já mencionado, contudo, a implementação da tributação do grupo consolidado em sistemas domésticos baseados no *separate entity approach* pode encontrar obstáculos significativos, especialmente em virtude do imperativo de igualdade (*e.g.*, extensão do tratamento para grupos domésticos).

Outra importante questão pendente de definição se refere à eliminação da dupla tributação. Ao passo que, no sistema atual, o país da residência fica encarregado de eliminar a dupla tributação, o Programa de Trabalho Revisado do Pilar 1 – janeiro 2020 põe a premissa em questão: apesar de os métodos do crédito e isenção permanecerem eficazes, seria necessário avaliar qual jurisdição estaria obrigada a eliminar a dupla tributação³⁰.

O documento não esclarece o racional para colocar em dúvida a eliminação da dupla tributação pelo país da residência. De um lado, seria possível que o país da fonte efetuasse a retenção do *Amount A* – como já fora aventado durante o projeto³¹. Nessa linha, estaria a residência obrigada a eliminar a dupla tributação. Por outro lado, esse sistema não permitiria uma precisa aferição do *quantum* do *Amount A*, além de não oferecer solução para situações em que a jurisdição do mercado não seja a fonte de pagamento (*e.g.*, propaganda *on-line*). Tais fatores poderiam permitir o argumento de que o país do *headquarters* estaria em melhor condição de aferir a base de cálculo e de exercer o primeiro nível de tributação, restando ao país da fonte a obrigação de eliminar a dupla tributação.

Essa questão certamente seria alarmante para as jurisdições de mercado. Além das possibilidades de fiscalização estarem todas sujeitas à efetiva cooperação administrativa com o país do *headquarters*, fato é que o nível de tributação que restaria à disposição do país da fonte dependeria integralmente do nível anteriormente exercido pela jurisdição do *headquarters*. Portanto, a não ser que se limitasse significativamente a tributação do *headquarters*, a jurisdição do mercado restaria com reduzida possibilidade de arrecadação – prejudicando o objetivo do projeto, que sempre foi de reconhecer e remunerar a contribuição da jurisdição do mercado para a criação de valor.

Por fim, essa disputa entre as jurisdições do mercado e do *headquarters* indica outro importante obstáculo identificado pela OCDE: a necessidade de apoio político para a proposta³². As poucas iniciativas multilaterais já implementadas na área tributária nunca tiveram escopo tão ambicioso: a convenção multilateral

³⁰ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to address the tax challenges arising from the digitalisation of the economy*, p. 15.

³¹ Idem. *Public consultation document: Secretariat proposal for a “unified approach” under Pillar One*, p. 10.

³² Idem. *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to address the tax challenges arising from the digitalisation of the economy*, p. 20.

para assistência administrativa³³ não pretendia modificar a alocação de carga tributária, tema marcadamente mais sensível do ponto de vista político. Ademais, a recente experiência com o MLI não foi verdadeiramente multilateral, devido ao alto grau de flexibilidade estendido às jurisdições aderentes³⁴ e ao próprio escopo da iniciativa, que se limitava a modificar os acordos bilaterais. Vale lembrar que muitos países participantes do Inclusive Framework não aderiram ao MLI (caso do Brasil).

Todas essas variáveis põem em questão a viabilidade do Pilar 1. A ideia subjacente, de tributar o lucro residual do grupo econômico, é louvável – até porque a identificação do lucro residual é apontada por muitos como a maior falha do princípio *arm's length*³⁵. Contudo, a implementação da ideia em escala global ainda esbarra em importantes empecilhos – viabilidade de tributação doméstica com base no lucro consolidado; definição do país responsável por eliminar a dupla tributação; e o apoio político em escala global.

Diante de tais dificuldades, merece atenção o fato de que a proposta da OCDE encontrou eco na comunidade internacional. Em construtivo diálogo institucional, a ONU recentemente publicou proposta de artigo 12-B para sua convenção modelo³⁶, aproximando-se dos elementos do Pilar 1, e oferecendo alternativa para solucionar os empecilhos supramencionados. O referido dispositivo permitiria a retenção na fonte do rendimento bruto referente aos ADS, restando ao país da residência a obrigação de eliminar a dupla tributação. Contudo, o parágrafo 3 do artigo 12-B conferiria ao beneficiário efetivo do rendimento a opção de ser tributado apenas em seus “lucros qualificados”, em bases líquidas e anuais (a serem contrapostas à retenção anteriormente efetuada). “Lucros qualificados” corresponderiam a 30% da rentabilidade do beneficiário efetivo ou, preferencialmente, do grupo econômico (e, preferencialmente, em específico do segmento de ADS), aplicada à receita derivada do país da fonte.

Logo à primeira vista, a proposta apresenta elementos de simplificação e que reduziriam o potencial para objeções de países em desenvolvimento. Em primeiro lugar, ao manter o tradicional sistema de retenção na fonte e eliminação da dupla tributação na residência, a proposta evita a resistência que se enfrentaria

³³ Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, as amended by a Protocol in 2010.

³⁴ Atingida por mecanismos como regras alternativas, *opt-ins* (declarações) e *opt-out* (reservas). Vide BRAVO, Nathalie. *A multilateral instrument for updating the tax treaty network*. Amsterdam: IBFD, 2019. cap. 4.

³⁵ SCHOUERI, Arm's length: beyond the guidelines of the OECD; VANN, Richard. Reflections on business profits and the arm's-length principle. In: ARNOLD, Brian J.; SASSEVILLE, Jacques; and ZOLT, Eric M. (ed). *The taxation of business profits under tax treaties*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 2003; AVI-YONAH, The rise and fall of arm's length.

³⁶ Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2020-08/TAX%20TREATY%20PROVISION%20ON%20PAYMENTS%20FOR%20DIGITAL%20SERVICES.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.

no caso de inversão desses fatores, isto é, caso a proposta final levasse à eliminação da dupla tributação pelo país da fonte.

Além disso, a proposta propõe solução pragmática para atribuição de lucros ao país da fonte: aplica-se à receita derivada do país da fonte a margem de lucratividade do grupo econômico do contribuinte, de modo a aproximar a lucratividade do contribuinte no mercado do país da fonte. Do resultado, 30% seria atribuído ao país da fonte e seria passível de tributação à alíquota local. Portanto, a proposta reduz complexidade ao deixar de buscar aproximação para o lucro residual, para o que seria necessário aproximar a lucratividade de atividades rotineiras. Em vez disso, propõe-se simplesmente que 30% da lucratividade seja atribuível ao mercado – sem pretender que essa parcela aproxime especificamente os lucros residual ou rotineiro, mas ambos de forma consolidada. Ademais, a fórmula leva em conta apenas a receita auferida nas diversas jurisdições de mercado, sem considerar outros fatores – como, por exemplo, número de usuários. Ao mesmo tempo que isso reduz o refinamento da proposta e sua capacidade de contemplar todas as dificuldades da economia digital (*e.g.*, deslocamento entre fonte de produção e pagamento), também é verdade que a simplificação evita a necessidade de que a fórmula seja acordada multilateralmente.

Ainda assim, pode-se dizer que a proposta é tímida na representação dos interesses de países em desenvolvimento. Em poucas palavras, a fórmula proposta aproxima a rentabilidade auferida na jurisdição da fonte e atribui-lhe a competência para tributar, à alíquota doméstica, 30% desses lucros. Ou seja, a jurisdição da fonte faria jus à tributação de 30% dos lucros ali auferidos. Em certa medida, os Comentários que acompanham a minuta do artigo 12-B procuram realçar o caráter benéfico da proposta às jurisdições de mercado, já que, atualmente, o artigo 7, em conjunto com a ausência de estabelecimento permanente, pode impedir que a jurisdição do mercado tribute os lucros de ADS. Assim, tributar 30% seria melhor do que não tributar nada. Por outro lado, toda a premissa da proposta parte do reconhecimento de que o contribuinte participa da economia da jurisdição de mercado, mesmo sem ter ali estabelecido presença física. Ora, se há pertença econômica (*economic allegiance*), a base para avaliação da conveniência da proposta não pode ser o antigo modelo, em que a ausência de estabelecimento permanente representava ausência de participação na economia. Deve-se lembrar a antiga conclusão a que chegara Schanz, que ao contemplar a possibilidade de *economic allegiance*, tanto na residência quanto na fonte, atribua maior importância à fonte. Ou seja, a jurisdição do mercado faria jus pelo menos a 50% dos lucros ali auferidos – para não dizer 75%, como sugeria Schanz³⁷.

Outro ponto que não fica inteiramente claro é se a proposta prescindiria de implementação doméstica da tributação em bases consolidadas. Como mencionado, o parágrafo 3 do artigo 12-B dá ao beneficiário efetivo a opção de ser tributado

³⁷ VON SCHANZ, Georg. Zur Frage der Steuerpflicht. *FinanzArchiv* v. 9, 1892, p. 375.

de acordo com fórmula preestabelecida (alíquota doméstica aplicada a 30% da receita derivada do país da fonte multiplicada pela rentabilidade do grupo econômico). Como a fórmula utiliza a rentabilidade do grupo econômico em sua composição, a implementação da correspondente tributação no âmbito doméstico poderia enfrentar os já mencionados obstáculos referentes à aderência ao *unitary approach*.

A questão, contudo, poderia ser superada caso a redação do artigo 12-B (3) fosse levemente alterada para constituir a mera limitação à jurisdição tributária do país da fonte. Isto é, a legislação doméstica do país da fonte seguiria determinando a retenção do rendimento bruto referente aos ADS, restando ao acordo apenas limitar o montante dessa tributação. Enquanto o parágrafo 2 promoveria limitação (*shall not exceed*) com referência à alíquota aplicável ao rendimento bruto, a nova redação do parágrafo 3 igualmente limitaria a tributação da fonte (*shall not exceed*), mas com referência ao rendimento líquido, calculado de acordo com a supramencionada fórmula. Com essa alteração, não haveria necessidade de alteração da lei doméstica – evitando eventuais discussões sobre a tributação conforme o *unitary approach*.

Por fim, importa pontuar que a proposta da ONU não oferece solução para boa parte da criação de valor da economia digital. Como a crise da Covid-19 tem demonstrado, a economia digital cria valor para além dos ADS (*e.g.*, aumento na demanda por produtos de informática e comunicação). Ciente disso, o Pilar 1 engloba, em seu escopo, também os CFB, os quais a proposta da ONU não alcança. Assim, se o escopo do Pilar 1 já é circunscrito à economia digital, o artigo 12-B o é com ainda mais intensidade.

4. O Pilar 2 e seu impacto nos acordos de bitributação

4.1. Aspectos gerais do Pilar 2

O segundo Pilar dos trabalhos nasce da percepção de membros da *Inclusive Framework* de que as medidas tomadas no projeto BEPS ainda não foram suficientes para afastar o risco advindo de estruturas que carreguem lucros gerados em determinada jurisdição para outras que ofereçam baixa carga tributária³⁸. Assim, a ideia central do Pilar 2 é de conferir aos países a habilidade de tributar lucros das empresas, nos casos em que a outra jurisdição os tribute a uma alíquota efetiva considerada muito baixa³⁹. Assim, a proposta combateria a chamada *race to the bottom*, uma ambição antiga da OCDE⁴⁰, e protegeria países em desenvolvimento contra a pressão da comunidade empresarial pela oferta de incentivos ineficientes⁴¹.

³⁸ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Programme of work to develop a consensus solution to the tax challenges arising from the digitalisation of the economy*, p. 25.

³⁹ Idem. *Addressing the tax challenges of the digitalisation of the economy – Policy Note* (as approved by the Inclusive Framework on BEPS on 23 January 2019), p. 2.

⁴⁰ Idem. *Harmful tax competition: an emerging global issue*. Paris: OECD, 1998.

⁴¹ Idem. *Programme of work to develop a consensus solution to the tax challenges arising from the digitalisation of the economy*, p. 26.

Como bem aponta Arnold, essa última colocação tem caráter paternalista, como se os países em desenvolvimento fossem incapazes de se policiar com relação à conveniência dos benefícios que oferecem⁴². Vale notar, aliás, que o argumento remonta à discussão acerca do *tax sparing*. O principal argumento em favor dessas cláusulas sempre foi a manutenção da soberania do estado da fonte, que vê seus incentivos absorvidos pelo estado da residência no caso de aplicação do método do crédito (afinal, se o acordo divide soberanias tributárias, eventual incentivo pelo estado da fonte não deveria ser absorvido por maior arrecadação na residência)⁴³. Esse argumento, normalmente atribuído a países em desenvolvimento, não foi explicitamente abordado na proposta.

Por outro lado, a discussão sobre possíveis exceções relacionadas à presença de atividade substantiva está sendo considerada com mais vagar. Afinal, a Ação 5 do Projeto BEPS endossa regimes preferenciais, desde que a atividade correspondente à criação de valor tenha efetivamente sido exercida no país que concede o regime. Para manter coerência, portanto, seria necessário estender exceção ao GloBE, caso a atividade tenha sido efetivamente exercida no país que concede a baixa alíquota efetiva. Dependendo da implementação dessas exceções, o resultado seria o mesmo daquele almejado com a cláusula de *tax sparing*, isto é, a soberania do Estado que concede o regime preferencial seria preservada – exceto nos casos em que não houvesse atividade substancial ali desenvolvida.

Interessante notar que essa discussão aponta para importante característica das propostas discutidas no Pilar 2: a ideia central reside em combater a competição fiscal em si, não apenas aquela considerada danosa (*harmful*). A inserção das exceções acima modificaria a proposta de maneira importante, reduzindo seu escopo para o combate à competição fiscal danosa.

Enquanto essa discussão permanece sendo travada, o fato é que a direção geral da proposta já foi endossada pela *Inclusive Framework*. Mais concretamente, a proposta é dividida em duas regras inter-relacionadas: a chamada *income inclusion rule*, e a *tax on base eroding payments*.

A chamada *tax on base eroding payments* procura permitir que a jurisdição da fonte pagadora possa se *proteger* contra a erosão de sua base tributária⁴⁴. Tal proteção seria implementada por meio da negação da dedução ou por meio da retenção na fonte dos pagamentos a partes relacionadas, caso tais pagamentos estejam sujeitos a uma alíquota efetiva demasiadamente reduzida na jurisdição do benefi-

⁴² ARNOLD, Brian J. The evolution of controlled foreign corporation rules and beyond. *Bulletin for International Taxation* v. 73, n. 12, 2019, p. 644.

⁴³ SCHOUERI, Luís Eduardo. Tax sparing: a reconsideration of the reconsideration. In: BRAUNER, Yariv. *Tax, law and development*. Northampton: Edward Elgar, 2013.

⁴⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Programme of work to develop a consensus solution to the tax challenges arising from the digitalisation of the economy*, p. 30.

ciário. Diversas questões foram levantadas no Programa de Trabalho de Maio de 2019, tais como o tipo de pagamentos que estaria sujeito à regra, o tipo de teste para determinação da alíquota efetiva a que se sujeita o beneficiário, bem como a possibilidade de exceções (*e.g.*, atividade substancial em linha com a Ação 5 do BEPS). Essas questões, contudo, não foram foco de atenção na Consulta Pública do Pilar 2 de novembro/dezembro de 2019, que concentrou esforços na *income inclusion rule*.

O segundo elemento da proposta GloBE, a *income inclusion rule*, opera como uma regra de tributação mínima: caso determinada controlada não seja sujeita a uma tributação mínima, sua controladora deveria incluir aquele mesmo resultado em sua base de cálculo, de modo a atingir a tal tributação mínima (*top-up tax*). Assim, grupos multinacionais teriam incentivos reduzidos para alocar lucros em jurisdições de baixa tributação⁴⁵.

Seja com relação à *income inclusion rule*, seja com relação à *tax on base eroding payments*, chama atenção que a proposta carece de um princípio norteador para a alocação de jurisdição tributária. Ao procurar privilegiar o *single tax principle*, garantindo uma tributação mínima, a proposta abre mão dos critérios para a divisão da base tributária. Atualmente, tal divisão procura identificar a jurisdição que mais contribuiu para a criação de valor – de modo que a tributação residual na fonte (*tax on base eroding payments*) ou na residência (*income inclusion rule*) deveria estar restrita às situações de abuso. Contudo, na ausência de exceções que acomodem a possibilidade de baixa tributação no caso de atividade substantiva, a proposta ou bem dispensa a importância de identificar a jurisdição da criação de valor, ou bem presume abuso sempre que haja baixa tributação. Qualquer dessas alternativas seria inadequada. Primeiro, porque o Projeto BEPS tomou como objetivo central o alinhamento entre tributação e criação de valor – de modo que negar a importância da criação de valor na proposta GloBE seria, no mínimo, contraditório. Segundo, porque presumir abuso no caso de baixa tributação pode gerar discriminação com base na residência do contribuinte – em possível afronta a obrigações internacionais. No contexto europeu, por exemplo, presunções absolutas de abuso tendem a ser consideradas desproporcionais⁴⁶, e deve ser garantida oportunidade ao contribuinte para apresentar prova em contrário⁴⁷.

⁴⁵ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Programme of work to develop a consensus solution to the tax challenges arising from the digitalisation of the economy*, p. 27.

⁴⁶ COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION, Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue – C-196/04; COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION, Egiom SAS, formerly Holcim France SAS and Enka SA v Ministre des Finances et des Comptes publics – C-6/16; COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION, X GmbH – C-135/17.

⁴⁷ MEUSSEN, Gerard. Burden of proof and European tax law. In: MEUSSEN, Gerard. *The burden of proof in tax law*. Amsterdam: IBFD, 2013. p. 35; COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION, “Danish Cases” – N Luxembourg 1 and Others v Skatteministeriet – Joined cases C-115/16, C-118/16, C-119/16 and C-299/16, parág. 142.

A virtude de se levar em conta a existência de abuso está na rejeição de medidas protecionistas contra regimes preferenciais em geral. A crise da Covid-19 apresenta importante exemplo da relevância da distinção: diante da recessão que se instaura, já são anunciadas medidas de estímulo que incluem a redução da tributação da renda corporativa⁴⁸ – não como medida de competição fiscal, mas como tentativa de aplacar os efeitos negativos da crise. Para o Pilar 2, contudo, pouco importaria a justificativa do regime ou a ausência de abuso por parte do contribuinte: a mera tributação abaixo do mínimo acordado autoriza que o outro país aplique a *income inclusion* ou a *undertaxed payments rule*, elevando a carga tributária e subtraindo o benefício pretendido. Ou seja, o Pilar 2 impede que medidas de estímulo sejam implementadas pela via da tributação da renda.

4.2. Pilar 2 e os acordos de bitributação

Não é novidade que a proposta GloBE necessariamente implicaria modificações aos acordos de bitributação hoje em vigor. Por exemplo, no caso de um estabelecimento permanente sujeito a um regime privilegiado, em princípio a *income inclusion rule* incrementaria a tributação no país do *headquarters* até o nível mínimo estabelecido. Contudo, caso houvesse acordo de bitributação em vigor entre as jurisdições, e caso o acordo eliminasse a dupla tributação por meio do método da isenção, então a *income inclusion rule* não poderia ser aplicada por força do acordo. Nesse sentido, o Programa de Trabalho de Maio de 2019 previu a inclusão de uma *switch-over rule* nos acordos, segundo a qual o método para eliminação da dupla tributação seria alterado para o método do crédito, caso a tributação no país da fonte ficasse abaixo do nível mínimo estabelecido.

Da mesma forma, o Programa de Trabalho de Maio de 2019 também previu a inclusão de uma *subject to tax rule*, que negaria benefícios do acordo, caso a tributação no país da residência não atingisse o nível mínimo acordado. Essa regra seria particularmente importante para garantir que a redução da retenção na fonte nos termos do acordo não seja aplicável nos casos de tributação privilegiada no país da residência. Ou seja, caso a tributação na residência seja excessivamente baixa, a limitação da retenção na fonte não se aplicaria, e o acordo não preveniria a *undertaxed payments rule*.

⁴⁸ *Vide i.a.* medidas do Chile e Coreia, com relação a empresas de pequeno e médio porte; medidas da Rússia, com relação ao setor de tecnologia da informação; medidas do Uruguai, com relação ao setor de construção; e medidas do Uzbequistão, com relação ao setor de óleo e gás. NEWS IBFD, Chile – COVID-19 Pandemic: Ministry of Finance Announces Tax and Financial Emergency Measures, 2020; YOON, J-H, Korea (Rep.) – Corporate Taxation, Amsterdam: IBFD, 2020; NEWS IBFD, Russia – COVID-19 Pandemic: Russia Proposes Tax Incentives for IT Sector, 2020; NEWS IBFD, Uruguay – COVID-19 Pandemic: Emergency Tax Measures – Government Establishes Incentive Regime for Construction Activities of Large Economic Projects, 2020; NEWS IBFD, Uzbekistan – COVID-19 Pandemic: Uzbekistan Adopts Tax Relief Measures, 2020.

Diante disso, logo se vê que a proposta de inclusão da *subject to tax* e da *switch-over rule* dá conta de importantes conflitos que poderiam surgir entre a proposta GloBE e os acordos. À lista, contudo, é importante adicionar mais alguns.

Com relação à *undertaxed payments rule*, importa pontuar que a negação de dedução pode gerar conflito com os artigos 9(1) e 24(4) da Convenção Modelo da OCDE⁴⁹. Segundo o artigo 9(1), caso transações entre partes relacionadas desviem de condições *arm's length* e, por isso, reduzam o lucro que seria obtido por uma dessas empresas, então esse lucro pode ser incluído na base de cálculo que fora indevidamente reduzida. Para alguns, portanto, o escopo do artigo se limitaria a incrementos da base tributária, nos casos em que houve indevida redução por meio de transações intragrupo⁵⁰. Para outros, contudo, o artigo 9(1) representa o princípio *arm's length* de maneira mais ampla, prevenindo também que se negue a dedutibilidade de pagamentos feitos em condições *arm's length*⁵¹. Segundo essa visão, portanto, haveria um conflito entre o artigo 9(1) e a regra de não dedutibilidade da *undertaxed payments rule*.

Adicionalmente, o artigo 24(4) determina que pagamentos feitos a não residentes sejam dedutíveis nas mesmas condições em que o seriam se houvessem sido pagos a residentes. Isto é, o pagamento não pode receber tratamento menos favorável em decorrência unicamente da residência do beneficiário. Por isso, caso a *undertaxed payments rule* seja desenhada como uma restrição à dedutibilidade de certos pagamentos, haverá necessidade de alterar o artigo 24(4) dos acordos.

Com relação à *income inclusion rule*, uma questão tão controversa quanto fundamental é a compatibilidade com o artigo 7 da Convenção Modelo da OCDE. Esse artigo determina que os lucros de uma empresa só são tributáveis no estado de residência. Por extensão, o estado de residência da controladora não poderia tributar os lucros da subsidiária, que seriam tributáveis apenas em seu estado de residência. Segundo essa interpretação, a *income inclusion rule* seria incompatível com o artigo 7 dos acordos, na medida em que permitiria tributação, pelo estado de residência da controladora, de lucro obtido pela controlada.

Esse mesmo argumento foi levantado com relação às regras CFC. Contudo, desde 2003 os Comentários ao artigo 7(1) da Convenção Modelo da OCDE adotam a posição de que regras CFC incidem sobre o lucro da controladora, não da controlada⁵². Nessa medida, a Organização sustenta que não haveria qualquer

⁴⁹ ENGLISCH, Joachim; and BECKER, Johannes. Effective Minimum Taxation – The GLOBE Proposal. *World Tax Journal* v. 11, n. 4, 2019, p. 519-524.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 519-520.

⁵¹ *Vide* RUST, Alexander. Article 24: non-discrimination. In: REIMER, Ekkehart; and RUST, Alexander (ed.). *Klaus Vogel on double tax conventions*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015, parág. 93; PILTZ, Detlev. General Report. In: _____. *International aspects of thin capitalization*, [s.l.: s.n.], 1996, seção VI.1.1.2.; ARNOLD, Brian. Restrictions on interest deductions and tax treaties. *Bulletin for International Taxation* v. 73, n. 4, 2019, seção 4.2.2.2.

⁵² Commentary on article 7 of the OECD Model Tax Convention, parág. 14.

conflito entre as regras CFC e o artigo 7(1), já que este não previne que um estado tribute seus próprios residentes.

Em certa medida, Cortes domésticas ao redor do mundo acenaram no sentido da compatibilidade entre regras CFC e o artigo 7(1) dos acordos⁵³. Contudo, os argumentos usados foram os mais diversos. Em um caso sueco, por exemplo, a Corte deu preferência à aplicação da regra posterior, no caso a regra CFC, portanto, evitando a questão da compatibilidade com o acordo⁵⁴. Em um caso japonês, o caráter antiabuso da regra CFC foi importante para superar a limitação do acordo⁵⁵.

Por tudo isso, não está claro que a *income inclusion rule* seria compatível com o artigo 7(1) dos acordos de bitributação, considerando especialmente a ausência de caráter antiabuso da regra.

Em primeiro lugar, vale ressaltar que o artigo 7 não tem escopo subjetivo, mas objetivo. Isto é, o artigo não determina que *residentes* de um Estado Contratante só sejam tributados nesse Estado, mas que os *lucros de uma empresa* de um Estado Contratante só sejam tributados nesse Estado. Nesse sentido, a ginástica pretendida pelos Comentários da OCDE, de reconhecer que os lucros são, também, da controladora, não evita o conflito com o artigo 7, já que são os lucros em si que estão protegidos contra a dupla tributação⁵⁶.

Além disso, o argumento trazido nos Comentários da OCDE parte da ideia de que a controladora é o contribuinte dos lucros auferidos pela controlada. Ou seja, o argumento acata a definição de lucro do país de residência da controladora, que necessariamente desconsidera a individualidade da controlada (*separate entity approach*), ao atribuir o lucro diretamente à controladora (*unitary approach*). Contudo, conforme o artigo 3(2), tal recurso à legislação doméstica para a definição de lucro apenas seria possível se o contexto do acordo não exigisse interpretação diversa – como de fato ocorre. Afinal, como já mencionado, os acordos adotam o *separate entity approach*, respeitando a individualidade de cada pessoa jurídica independentemente de seu controle comum. Por isso, não se pode aceitar que o lucro tributado pela controladora em virtude das regras CFC ou *income inclusion* seja considerado auferido por ela própria para fins do acordo.

Para evitar essa controvérsia, a atual redação da Convenção Modelo da OCDE inclui o artigo 1(3), segundo o qual o acordo não afetará a tributação, por um Estado Contratante, de seus próprios residentes. Para os acordos que conte-

⁵³ Uma notável exceção é o caso *Schneider Electric*, Conseil d'Etat, Caso 232 276, de 28 de junho de 2002. Para outras referências, vide DAHLBERG, Mattias; and WIMAN, Bertil. General Report. In: _____. *The taxation of foreign passive income for groups of companies*, [s.l.: s.n.], 2013, p. 42-43.

⁵⁴ Caso RÅ 2008 ref 24 (2697-05), Suprema Corte Administrativa da Suécia, de 5 de abril de 2008.

⁵⁵ Caso 2008 (Gyo-hi) No. 91, Suprema Corte do Japão, de 29 de outubro de 2009.

⁵⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. The objective scope of Article 7 and the treaty protection to deemed distributed dividends. *Kluwer International Tax Blog*, 27 Apr. 2015.

nham essa cláusula, o efeito será, efetivamente, de retirar a tributação da controladora via CFC ou *income inclusion* da proteção do artigo 7⁵⁷. Assim, a implementação da *income inclusion rule* deve também considerar a necessidade de inclusão do artigo 1(3) nos acordos que ainda não o contenham.

5. Conclusão

Não é nenhuma novidade que as propostas dos Pilares 1 e 2 são tão abrangentes que necessariamente incluirão modificações nos acordos de bitributação. O que se procurou discutir, neste artigo, foi justamente a magnitude dessas modificações, para explorar sua própria viabilidade.

Com relação ao Pilar 1, ficou claro que as modificações propostas com o *Amount A* tocam nas fundações do sistema tributário internacional. Ao tributar o lucro residual, calculado a partir do resultado consolidado do grupo econômico, a proposta é incompatível com os acordos de bitributação hoje vigentes, que tomam lastro no *separate entity approach*.

A proposta da OCDE para lidar com a questão está centrada em uma nova convenção multilateral, que lidaria apenas com a alocação do lucro residual de multinacionais da economia digital. Por mais inovadora e louvável que a iniciativa seja, ela inevitavelmente gera dúvidas com relação à sua viabilidade: desde a necessidade de estabelecer base para tributação consolidada no nível doméstico, até a viabilidade política de acordo em escala global. Nesse sentido, é interessante notar a proposta recentemente lançada pela ONU, que aborda essas questões de maneira pragmática. Primeiro, que a proposta seria passível de implementação bilateral, sendo possível mesmo na ausência de consenso multilateral. Além disso, pequenas modificações na proposta poderiam evitar a necessidade de implantação, na lei doméstica, de tributação do grupo econômico (segundo o *unitary approach*). Para isso, bastaria que a fórmula do artigo 12-B(3) fosse desenhada como limitação à tributação na fonte, não como opção independente.

Com relação ao Pilar 2, a principal preocupação ficou por conta da possível incompatibilidade da *income inclusion rule* com o artigo 7 dos acordos. Apesar da falta de consenso, há importantes argumentos para concluir que o *separate entity approach* dos acordos de bitributação previne que os lucros da controlada sejam, ao mesmo tempo, considerados lucros da controladora. É justamente esse o mecanismo utilizado pela *income inclusion rule*, que, portanto, seria incompatível com o artigo 7. Para suprir a questão, bastaria a inclusão do artigo 1(3) da Convenção Modelo nos acordos. Vale pontuar, contudo, que o expediente enfraqueceria a fundamental observância do *separate entity approach* pelos acordos de bitributação.

⁵⁷ Commentary on article 1 of the OECD Model Tax Convention, parág. 81. Veja também: Commentary on article 7 of the OECD Model Tax Convention, parág. 14.

Como se vê, as propostas presentemente consideradas para tratar dos desafios da economia digital são, de fato, inovadoras e disruptivas. Tão disruptivas, na verdade, que sua compatibilidade com os acordos de bitributação depende de profundas e fundamentais modificações. Na presente contribuição, verificou-se que tanto o Pilar 1 quanto o Pilar 2 colocam desafios para a manutenção do *separate entity approach* como norma geral, que passa a ter sua importância erodida no cenário internacional.

Ainda que, juridicamente, tenha-se verificado a possibilidade de contornar os desafios identificados, resta aberta a questão política. No que se refere ao Pilar 1, a recente proposta da ONU parece amenizar a necessidade de consenso global – mas o grau de alteração à rede de acordos de bitributação é profunda o suficiente para pôr em dúvida sua viabilidade. No que se refere ao Pilar 2, a definição de uma tributação mínima exigirá alto grau de coordenação internacional, mais uma vez levantando preocupações de cunho político.

Tributação em Tempos de Covid-19. Fixação de Residência Fiscal. Dedutibilidade de Doações

Taxation in Time of Covid-19. Definition of Fiscal Residency. Deductibility of Donations

Ricardo Mariz de Oliveira

Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT.

Resumo

Pretendo dedicar-me a tratar de dois temas que não foram abordados no meu artigo “Pandemia e Indagações Tributárias”, publicado na *Revista Direito Tributário Atual*¹, permitindo, assim, explorar novas questões e aproveitar melhor o espaço e o tempo agora disponíveis. Vou abordar a definição de residência no Brasil ou no exterior, segundo a lei brasileira, e a dedução das doações feitas por pessoas jurídicas ao ser calculado o lucro tributável pelo imposto de renda e pela contribuição social sobre o lucro. Nos dois temas, a dificuldade reside na existência de rígidas normas legais e na sua interpretação e aplicação nestes tempos excepcionais de pandemia.

Palavras-chave: escravo da lei, residência fiscal, doação, pandemia, despesas dedutíveis.

Abstract

I intend to address two issues which were not discussed in my article “Coronavirus Pandemics and Tax Considerations” published in *Revista de Direito Tributário Atual*¹, thus allowing me to explore new issues and to best utilize the space and time now available. I am going to analyze the rules pertaining to residency in Brazil or abroad according to the Brazilian law, and the rules pertaining to donations made by companies and their deduction for income tax purposes. For both subjects the difficulty arises from the existence of rigid legal rules and their interpretation and enforcement during the present and exceptional time of pandemic.

Keywords: slave of law, fiscal residency, donation, pandemic, deductible expenses.

I. Considerações preliminares

O Brasil tem um rígido Sistema Tributário Nacional estatuído na Constituição Federal de 1988 (CF/1988) e no seu Código Tributário Nacional (CTN), o qual será observado no trato dos dois assuntos escolhidos.

¹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Pandemia e indagações tributárias. *RDTA* n. 44, p. 493-505, São Paulo, IBDT, jan./abr. 2020.

Dentro desse Sistema, são devidos pelas pessoas jurídicas sediadas no Brasil o imposto de renda das pessoas jurídicas (IRPJ) e a contribuição social sobre o lucro (CSL). Esses dois tributos estão disciplinados por um regime que adota o lucro contábil como base para a determinação do lucro tributável (quando for o chamado “lucro real”), e no qual leis específicas contêm normas de ajuste do lucro contábil, umas prevendo a não tributação de receitas contábeis ou o diferimento da sua tributação, e outras prevendo a não dedução de custos e despesas contábeis; ou a sua dedução sujeita a condições formais ou substanciais; ou a sua dedução sujeita a limites de valor; ou a sua dedução diferida; ou algum outro tratamento especificado nessas normas. A apuração do lucro tributável é feita por trimestres-calendário, havendo a opção de ser feita anualmente, neste caso com pagamentos de antecipações mensais dos tributos apurados ao final do ano.

Dentro do mesmo Sistema constitucional, o imposto de renda das pessoas físicas (IRPF) submete-se a um regime em que todos os rendimentos e ganhos são tributáveis, salvo os expressamente isentos, e somente são dedutíveis as despesas expressamente autorizadas, apurando-se a base de cálculo anualmente em 31 de dezembro, sobre a qual são aplicáveis alíquotas progressivas até o máximo de 27,5%. Tal regime é direcionado às pessoas físicas residentes no País, pois as não residentes são sujeitas à retenção exclusivamente na fonte, geralmente sem deduções e por alíquotas próprias conforme cada espécie de rendimento, em geral inferiores ao topo da tabela de alíquotas progressivas.

Para este efeito, a lei brasileira contém regras definindo quais pessoas naturais são consideradas residentes no Brasil, regras essas que, em sua essência, aproximam-se das existentes em outros países e também das convenções do Brasil com mais de trinta nações, destinadas a evitar a dupla tributação.

Neste trabalho, serão consideradas apenas as normas internas, que podem sofrer variações para serem substituídas por normas de tratados, mas as considerações a serem feitas para aquelas podem eventualmente ser aplicáveis a estas, quando couber.

Por fim, nestas considerações preliminares e gerais, cabe destacar que as leis brasileiras aplicáveis aos dois temas – definição de residência de pessoas físicas e dedução de doações feitas por pessoas jurídicas – foram concebidas para situações normais, de contribuintes em continuidade nas suas atividades econômicas e na sua vida pessoal, cujas circunstâncias passaram a ser bem diversas a partir do afastamento social necessário neste período de pandemia.

II. Definição de residência fiscal e impossibilidade de voltar a ela

O problema que se apresenta é relativo a uma pessoa que se encontre fora do seu país de residência e se veja impedida de retornar a ele por qualquer motivo.

Isso pode acontecer se a pessoa residente no Brasil estiver em outro país e não conseguir transporte com destino ao Brasil porque os voos e outros meios de

transporte foram suspensos, ou se houver algum impedimento imposto pelas autoridades sanitárias, e o mesmo pode acontecer se a pessoa não residente no Brasil estiver aqui e for impedida de retornar ao seu país de origem.

Segundo a lei brasileira, a residência fiscal é estabelecida por dois critérios, que assim se descrevem em suas linhas gerais²:

- (i) um critério subjetivo, baseado na intenção: por este critério, o indivíduo que sair do País com o intuito de fixar residência no exterior deve declarar este fato à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), e no respectivo cadastro fiscal (CPF) deve baixar sua condição de contribuinte aqui residente para efeitos do IRPF, passando a ser tributado exclusivamente na fonte; ao contrário, quando um residente no exterior vem para fixar residência no Brasil, o que se caracteriza pelo tipo do seu visto de entrada, ou vem para trabalhar com vínculo empregatício, desde o momento da entrada é considerado residente no País para efeitos do IRPF³;
- (ii) um critério objetivo, baseado no tempo de permanência no exterior por doze meses, caso não tenha havido declaração da intenção de mudança quando da saída o Brasil, ou, contrariamente, quando o não residente ingressar no Brasil sem visto definitivo e não tendo vindo para trabalhar com vínculo empregatício, aqui permanecer por cento e oitenta e três dias contados num período de doze meses a partir da primeira entrada.

Esses critérios aplicam-se também quando o residente no Brasil adquirir a condição de não residente, caso retorne ao País.

Assim sendo, pode-se dar de alguém estar no Brasil involuntariamente por mais do que cento e oitenta e três dias, de modo que, pela aplicação do critério objetivo, a partir do primeiro dia seguinte ao preenchimento desse prazo, passa a ser considerado residente no País, com todas as consequências dessa nova condição, tais como cadastramento obrigatório do CPF como residente, sujeição ao IRPF pela tabela de até 27,5% sobre sua renda mundial e declaração anual de imposto de renda. Outrossim, ao conseguir voltar ao seu país, terá que proceder como residente, ou seja, baixar seu cadastro fiscal e declarar seus rendimentos até esse momento, pois, se assim não fizer, continuará a ser tratado como contribuinte residente até se esgotarem doze meses contados da sua saída⁴.

² RIR/2018, arts. 14 a 20.

³ O referenciamento no contrato de trabalho tem um viés objetivo, mas pode ser classificado como critério subjetivo porque tal contratação depende da intenção do sujeito.

⁴ Posso ficar somente com esta situação para ilustrar como a lei deve ser aplicada, inclusive porque outras possibilidades existem em tese, mas com menores probabilidades fáticas de ocorrerem. Já a permanência por mais de 183 dias pode ocorrer com mais facilidade, eis que a contagem é feita dentro de um período de doze meses para abranger uma ou mais vindas ao Brasil.

Esse seria o tratamento derivado da aplicação mecânica da lei nacional, mas não se pode excluir a possibilidade de ser outra a consequência da ocorrência da sua permanência forçada no território nacional.

Com razão, neste caso o elemento volitivo afeta necessariamente a aplicação da lei, a começar porque é a intenção de fixar residência ou de mudá-la que se aplica por primeiro, dispensando o critério objetivo do tempo. Isso significa que a intenção tem preponderância na aplicação dessas regras legais.

Isso é assim mesmo que a obrigação tributária seja *ex lege* e não *ex voluntate*, o que deriva da sua própria natureza, distinta das obrigações convencionais. Neste sentido, e pela mesma razão, ao tratar de infrações, o art. 136 do CTN prescreve que, salvo disposição em contrário, a responsabilidade por infrações à legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável.

Não obstante, a vontade da pessoa que ainda não seja contribuinte porque ainda não praticou um determinado fato gerador (somente a partir deste ela se tornará contribuinte do respectivo tributo) é elemento inseparável das obrigações tributárias, pois não há o dever de se adentrar nas situações que as leis tributárias definem como hipóteses de incidências fiscais. Realmente, se houvesse uma obrigação legal de incorrer no fato gerador tributário, essencialmente estaria descaracterizada a obrigação tributária constitucionalmente válida, e caracterizado verdadeiro confisco constitucionalmente vedado.

Sendo assim, e para bem se compreender o fenômeno tributário, pode-se dizer sem errar que não é preciso haver vontade de pagar tributos, ou seja, que a obrigação tributária se instala mesmo contra a vontade do indivíduo de pagar ou não pagar o tributo que seja o seu objeto, mas é preciso haver vontade de praticar os atos da vida patrimonial individual que configurem fatos geradores tributários. Isto é assim, também, porque todos os atos com conteúdo patrimonial são atos da vida civil da pessoa, cuja existência e validade dependem da sua vontade livre e consciente⁵.

Este é um aspecto geral que já recomenda afastar o rigor da literalidade das disposições legais sobre o tempo de permanência dentro ou fora do Brasil.

Mas há outro aspecto que é específico às normas refletidas nas disposições da lei sobre a residência fiscal das pessoas físicas: trata-se do papel que a intenção das pessoas desempenha nessas normas, de se movimentarem de um país para outro, quer no sentido de sair do Brasil, quer no de vir para o Brasil.

Como visto, a intenção de sair definitivamente do território brasileiro, ou de nele ingressar definitivamente, é o critério que se apresenta em primeiro lugar, dado que, quando essa vontade é manifestada perante o fisco, produz efeito desde logo e não depende do decurso de qualquer tempo. Este é o critério subjetivo aludido acima.

⁵ Esta é a regra, com pouquíssimas variações em situações excepcionais e admitidas pela CF/1988.

Isto significa que o critério objetivo do curso de um certo tempo de ausência ou de permanência dá o lugar de predominância para o subjetivo, no sentido de que o objetivo somente vem a ser adotado quando antes não tiver sido aplicado o subjetivo.

Consequentemente, se o não residente tiver vindo para o Brasil sem intenção de aqui fixar residência, há a pressuposição de que sua intenção é de se retirar do território brasileiro em até cento e oitenta e três dias, e não pode ser forçado a mudar a sua condição fiscal perante a autoridade brasileira por razão alheia à sua vontade, que o impede de fazer o que faria se não houvesse o súbito obstáculo à concretização do seu desiderato.

III. Doações de caráter social e emergencial

Em decorrência da pandemia, muitas pessoas jurídicas brasileiras estão fazendo doações de dinheiro ou bens para socorrer pessoas vulneráveis ou instituições dedicadas ao tratamento ou ao combate à Covid-19. Algumas dessas doações são vultosas, mesmo considerado o tamanho da empresa.

A questão tributária que se apresenta é a dedutibilidade dessas doações no cálculo do lucro tributável pelo IRPJ e pela CSL, eis que existem restrições quantitativas e qualitativas previstas em lei, além de que, juntamente com elas, há requisitos formais para a dedução fiscal ser aceita.

Em síntese, o art. 13, inciso VI, da Lei n. 9.249 proíbe a dedução de doações em geral, mas seu § 2º ressalva aquelas que preencham as seguintes condições⁶:

- (i) sejam efetuadas a organizações da sociedade civil sem fins lucrativos, legalmente constituídas no Brasil, que prestem serviços gratuitos em benefício de empregados da pessoa jurídica doadora e respectivos dependentes, ou em benefício da comunidade onde atuem;
- (ii) sejam observados determinados requisitos formais;
- (iii) seja observado, como limite dedutível, o valor equivalente a até dois por cento do lucro operacional antes de computada a dedução das doações.

Portanto, é possível haver excesso a esse limite porcentual, ou podem acontecer doações individuais a pessoas carentes ou a pessoas jurídicas de natureza diversa das previstas na norma de exceção, inclusive doações de equipamentos de proteção individual, outros equipamentos, álcool gel ou medicamentos, a hospitais (públicos ou privados) que não se enquadrem na norma legal.

Para se compreender a questão da dedutibilidade, é preciso levar em conta que a dedução de despesas é cabível e mandatária quando elas sejam necessárias para a obtenção dos resultados da empresa, ou para a manutenção da sua fonte de produção.

⁶ No RIR/2018, veja-se o art. 260, parágrafo único, inciso VI, e os artigos neste citados.

É necessária uma percepção ampla e objetiva das despesas necessárias para esses fins, isto é, elas devem contribuir direta ou indiretamente para as atividades da empresa ou a manutenção da sua fonte produtiva, sempre guardando alguma relação com elas. Podemos dizer que são despesas “intrinsecamente relacionadas à empresa”, expressão que é suficientemente ampla para se ter uma noção objetiva, e não pessoal e subjetiva, das despesas que podem ser deduzidas do lucro sujeito à incidência tributária.

Desse modo, gastos estranhos à empresa, que não guardem relação com suas atividades ou sua fonte produtora, não são dedutíveis, e, fora do direito tributário, podem chegar a caracterizar emprego indevido dos recursos da empresa, passível de responsabilidade pessoal dos seus gestores. Neste caso, são gastos derivados de atos anormais de gestão, como dizem alguns, mas que no Brasil ficam melhor denominados “gastos de gestão ilegal”.

Face a isto, os dispêndios estranhos à empresa, por não serem relativos às suas atividades ou às suas respectivas fontes de produção, somente podem ser deduzidos do lucro tributável se houver uma norma de permissão.

Tendo na mente a explicação inicial sobre o regime de apuração do lucro tributável, note-se que, como se parte do lucro contábil, as despesas são automaticamente dedutíveis sem necessidade de norma que expressamente autorize a dedução de cada espécie delas, pois a lei somente contém as regras de exceção, que determinam a indedutibilidade, ou a dedutibilidade limitada ou condicionada, ou outro tratamento. Ao lado das exceções, há regra legal relativa a despesas necessárias para a empresa, cuja regra tem a feição de norma geral explicitadora das despesas a serem obrigatoriamente deduzidas do lucro para efeito de tributação.

Nesta perspectiva, as doações a rigor não são necessárias às atividades geradoras de resultados, nem para a manutenção da fonte que os produz. Na verdade, no plano lógico, são dispêndios que sucedem à apuração do lucro, para o qual não contribuíram, valendo lembrar que, quanto à indedutibilidade da CSL no cálculo do lucro tributável pelo IRPJ, o Plenário do Supremo Tribunal Federal seguiu nesta linha de pensamento para considerar constitucional a norma excludente da dedução, lastreando-se primordialmente⁷ na noção de que o respectivo encargo vem após a apuração do lucro e não concorre para a sua obtenção (Recurso Extraordinário n. 582.525-SP, j. 9.5.2013, Ministro Joaquim Barbosa).

O mesmo ocorre com certos desembolsos que não são necessários à geração do lucro, os quais se identificam como gastos do lucro obtido – no sentido que Luís Eduardo Schoueri denomina, despesas de “consumo do lucro”⁸ –, e que também podem ser identificadas como “gastos de destinação do lucro”, porém não como despesas necessárias para o lucro existir. Em outras palavras, mesmo que

⁷ Como sói acontecer, houve outros argumentos, mas na quase totalidade dos votos proferidos foi repetida a ideia de que o lucro vem antes da obrigação relativa à CSL, então em discussão.

⁸ Alternativamente, Schoueri também as chama de “despesas de bem-estar dos sócios”.

ocorram durante o período de tempo em que o lucro é formado, logicamente tais gastos se localizam no pós-lucro, quando o lucro recebe destinação.

Levando em consideração essas diferenças, podemos mesmo dizer que tais gastos estranhos, ainda que contabilizados em conta de resultado como despesas, e assim sejam chamados correntemente, a todo rigor não se confundem nem com despesas nem com custos, ficando melhor denominados como “gastos”, “dispêndios”, “desembolsos” ou, ainda, como meros “desencaixes financeiros”.

Por esta razão, a dedução fiscal desses gastos depende de uma norma de autorização. Entretanto, os desembolsos com doações têm a seguinte peculiaridade não encontrada nos dispêndios estranhos à empresa propriamente dita, isto é, que não são decorrentes de atos intrinsecamente estranhos às suas atividades e à sua fonte de produção, e que podem até chegar a ser atos de gestão ilegal. Com efeito, no plano do direito das sociedades, as doações são admitidas porque a lei brasileira reconhece um papel ou uma função social para a empresa, além do seu objetivo precípuo de gerar lucros para partilha entre seus sócios.

A função social da empresa, que numa visão extrajurídica muitos dizem corresponder à “responsabilidade social corporativa”, no âmbito jurídico precisa ser entendida e comparada com outras hipóteses semelhantes. Ela difere da função social dos atos jurídicos e do exercício dos direitos em geral, que visa a integridade do ordenamento jurídico, mas refere-se aos direitos apenas das suas partes que se relacionam⁹. Mas tem um ponto em comum com a função social da propriedade, que visa o bem de terceiros, cuja função deve ser observada pelo proprietário em favor do meio social e do meio ambiente, isto desde que a Constituição lhe garanta esse direito fundamental (art. 5º, inciso XXIII). E o mandamento constitucional é concretizado por inúmeras normas da própria CF/1988¹⁰ e por outras da lei civil¹¹.

⁹ Neste sentido, os arts. 187 e 421 do Código Civil.

¹⁰ Entre elas, o § 4º, inciso I, do art. 153, que permite a progressividade do ITR como meio de desestimular a manutenção de propriedades improdutivas; o § 2º do art. 182, que declara textualmente que “a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor”; o § 4º do mesmo art. 182, que facultava ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, fixando as consequências do descumprimento desse dever, dentre os quais a possibilidade de o respectivo IPTU ser progressivo; o art. 184, que autoriza a União a desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social; o art. 186, que diz expressamente que “a função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I – aproveitamento racional e adequado; II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores”.

¹¹ No Código Civil são muitas, como as que tratam das servidões e impõem obrigação do prédio serviente em favor do dominante. Uma das mais expressivas é a do art. 1.228, que trata dos atri-

A função social da empresa também extravasa o seu âmbito interno e se projeta para o mundo externo, isto é, para a sociedade em que ela atua. De fato, a empresa tem uma função social abrangente, que encontra fulcro no art. 170 da Constituição Federal, o qual lança os alicerces da ordem econômica baseada na liberdade de iniciativa privada e determina que seja exercida, entre outros, pelo ditame da justiça social, o que está concretizado no parágrafo único do art. 116 da Lei n. 6.404, dirigido ao controlador da companhia¹², e no art. 154, para o administrador¹³.

Em suma, no plano do direito societário, doações não são ilegais porque são expressões do papel ou função social das empresas e das sociedades em geral. A despeito disso, no plano tributário, e observado o regime de tributação das pessoas jurídicas baseado no lucro real, as doações dependem, para serem dedutíveis do lucro tributável, de uma norma de permissão.

Durante muitas décadas, vivemos sem norma expressa no sentido da indedutibilidade das doações, havendo uma disposição permissiva em algumas hipóteses previstas no art. 55 da Lei n. 4.506, de 1964. Por isso, a dedutibilidade de outras doações não abrangidas pelo art. 55 era reconhecida pela jurisprudência administrativa em virtude da função social da empresa, mas desde que seu montante fosse considerado razoável.

Tratava-se de uma situação desconfortável e insegura, pois a dedução em cada caso dependia do critério de razoabilidade adotado pelo respectivo órgão julgador sem qualquer parâmetro legal.

Essa situação de incerteza permaneceu até 1995, quando a Lei n. 9.249 fez constar do seu art. 13 a norma expressa que foi apresentada acima em seus contornos gerais.

butos da propriedade e reza: “Art. 1.228 – O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. § 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas. § 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem. § 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente”.

¹² Esta norma demonstra claramente que a função social da empresa extravasa seu ambiente interno, pois seus acionistas estão protegidos por ela em separado e pela própria alusão ao objetivo de lucro, que é deles: “Parágrafo único – O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”.

¹³ O *caput* do art. 154 determina que o administrador observe a função social da companhia, e seu § 4º é explícito ao dizer que os órgãos administrativos da companhia “podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais”.

É importante notar nessa norma as seguintes características, que surgem cristalinamente se a decomposermos:

- (i) no inciso VI, ela declara a indedutibilidade das doações como regra geral, o que se ajusta ao regime legal segundo o qual em princípio não são dedutíveis em virtude de não serem despesas incorridas para, direta ou indiretamente, gerar as receitas que compõem o lucro tributável; portanto, é uma norma explicitadora, do tipo que a doutrina denomina “didática”;
- (ii) mas, no § 2º, ela contém uma norma de permissão da dedução.

Destarte, embora geralmente se pense que o art. 13 seja uma norma proibitiva da dedução das doações, ao ser bem dissecado esse dispositivo legal, seu inciso VI não passa de explicitação da indedutibilidade geral dos gastos que não sejam necessários para o lucro existir, e seu § 2º é norma permissiva da dedutibilidade, desde que observados os seus termos. É até possível, na interpretação, engergar duas normas distintas, uma no inciso VI e outra no § 2º desse artigo.

Neste sentido, o § 2º do art. 13 pode ser encarado como o critério legal e objetivo da razoabilidade da doação com vistas à sua aceitação no lucro tributável, superando a instabilidade que havia até então por falta de um parâmetro legal, cuja falta relegava todos os casos à insegurança dos julgamentos variáveis de um para outro.

Em meu livro, *Fundamentos do Imposto de Renda – 2020*, ao tratar da dedutibilidade de custos e despesas, expus este pensamento nos seguintes termos¹⁴:

“Ora, se o imposto incide sobre o acréscimo patrimonial obtido, os débitos não ligados à aquisição e à produção dos lucros (do acréscimo patrimonial), mas relativos ao seu consumo ou destinação, devem ser encarados diferentemente dos débitos essencialmente vinculados à aquisição e produção desses lucros.

Assim, para os débitos relativos ao consumo ou à destinação dos lucros, ao contrário do que deve ocorrer com os débitos essenciais à sua obtenção, a dedutibilidade pressupõe a existência de uma norma legal de permissão.

Um exemplo é o das doações, que, via de regra, têm natureza social ou de benemerência, sendo aceitável a sua dedutibilidade em virtude do papel social que a empresa desempenha, o que significa dizer não representarem atos de liberalidade¹⁵ dos dirigentes empresariais. Mas também seria aceitável uma regra legal que limitasse a sua dedutibilidade à certa porcentagem do lucro operacional, como é

¹⁴ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda – 2020*. São Paulo: IBDT, 2020. Capítulo VI, Seção VI.4.

¹⁵ “As doações têm como característica essencial a liberalidade. Aqui, estamos tratando de atos que são gratuitos como todas as doações e atos de benemerência, mas não são atos de liberalidade jurídica relativamente à administração empresarial, isto é, dentro de limites razoáveis não são atos praticados além dos objetivos sociais e dos poderes dos órgãos gestores da empresa.” (Esta nota consta do original.)

aceitável a restrição da sua dedutibilidade apenas para algumas poucas destinações, ou, ainda, seria aceitável uma disposição excludente de qualquer dedução fiscal”.

Se esta é a visão correta da lei, e não há justificativa para não ser, como ficam as doações que excepcionalmente estão ocorrendo neste período de pandemia, quando não se enquadram nas condições e nos requisitos da norma de permissão da dedução?

A resposta, segundo letra da lei, é a indedutibilidade dos dispêndios com essas doações, por mais justas que elas possam ser do ponto de vista humanitário e social. Mesmo uma interpretação não literal, que recorra a outros métodos de hermenêutica jurídica, encontrará muitas dificuldades em concluir pela dedutibilidade.

À guisa de raciocínio, pode-se tentar uma interpretação teleológica redutiva do alcance da regra legal, ou se argumentar com a *occasio legis*, neste ponto invocando que a realidade social vigente no momento em que a norma foi posta no ordenamento jurídico é distinta da realidade dos tempos de pandemia.

Ou, como já foi cogitado, defender a ideia de que a situação atual não corresponde à situação descrita no antecedente da norma do art. 13 da Lei n. 9.249 como sua hipótese de incidência. Neste sentido, para as doações não abrangidas pelo § 2º do art. 13, seriam adotadas as mesmas permissões e condições para a dedução fiscal, aplicando-se a analogia admitida pelo art. 108 do CTN.

Todavia, embora uma interpretação escorreita possa explicar uma norma proibitiva da dedução de modo diverso do que ela aparentaria ser pelo respectivo dispositivo legal, a do inciso VI do art. 13, que no fundo é meramente explicitadora da regra geral e do próprio regime, não tem como ser submetida a testes de redução teleológica ou de *ratio legis* explicada pelo momento da sua promulgação, mesmo porque a *occasio* contribui para se compreender o sentido da norma, mas esta não se altera com as mudanças que posteriormente venham a ocorrer no meio social¹⁶. Além disso, por ser decorrente do regime, não há como encontrar uma hipótese de incidência que não abranja as doações de caráter humanitário e social que estão sendo feitas, quer dizer, a hipótese de incidência do inciso VI é suficiente para atingir toda e qualquer doação.

Neste último aspecto, não se pode perder de vista que todas as doações têm finalidades sociais ou humanitárias, até mesmo porque, por definição legal, um negócio jurídico é tipificado como doação exatamente por ser ato de liberalidade, em que alguém dá sem receber contraprestação, mesmo que se trate de doação modal ou com encargo (como pode estar ocorrendo com algumas doações), pois o encargo não visa favorecer o doador.

¹⁶ Qualquer alteração somente pode ser implementada por nova lei.

Portanto, a dedução fiscal depende da interpretação da norma, mas não na sua parte em que declara a indedutibilidade como regra geral, e sim na parte em que institui a exceção à regra geral para fixar as condições e os requisitos que, quando atendidos, acarretam a possibilidade de deduzir a doação do lucro tributável. Isto é, a dedução depende de ser interpretado o alcance do § 2º do art. 13.

Rememorando, a dedução é permitida se as doações:

- (i) forem efetuadas a organizações da sociedade civil sem fins lucrativos, legalmente constituídas no Brasil, que prestem serviços gratuitos em benefício de empregados da pessoa jurídica doadora, e respectivos dependentes, ou em benefício da comunidade onde atuem¹⁷;
- (ii) forem observados determinados requisitos formais;
- (iii) for observado, como limite dedutível, o valor equivalente a até dois por cento do lucro operacional antes de computada a dedução das doações.

Por conseguinte, em princípio, e literalmente, não estão alcançadas pela exceção as seguintes situações:

- (i) doações não feitas às organizações da sociedade civil referidas no § 2º do art. 13;
- (ii) doações feitas às organizações da sociedade civil referidas no § 2º do art. 13, mas cujos requisitos formais não sejam atendidos;
- (iii) doações feitas às organizações da sociedade civil referidas no § 2º do art. 13, e cujos requisitos formais sejam atendidos, mas cujo total exceda dois por cento do lucro operacional da doadora antes da dedução, lembrando que o limite atinge todas as doações que forem dedutíveis, e não cada uma de per si, e que, se houver excesso, a indedutibilidade é somente do valor excedente.

A mera literalidade de um dispositivo legal não explica necessariamente o sentido e o alcance da norma por ele expressa, servindo como ponto de partida para se entender essa norma, cujo entendimento vai promanar do emprego de outros métodos de interpretação além do gramatical, os quais, por evidente, não podem se afastar da regra legal tal como legislada.

Entretanto, quanto à norma legal de que vimos nos ocupando, mesmo a aplicação de quaisquer outras diretrizes de hermenêutica jurídica não conduz a um resultado conclusivo distinto do que se obtém pela letra da lei.

De fato, sistematicamente já constatamos que o art. 13 integra-se perfeitamente no regime de apuração do lucro real, adotado há décadas em nosso país. Ademais, chegamos a isto abordando as doações não apenas pelo prisma tributário, mas também pelo da legislação societária.

¹⁷ Existem outras hipóteses de exceção, mas não dizem respeito ao presente tema.

Teleologicamente, não se encontra uma *ratio* para interpretar o art. 13 de modo diverso, pois parece evidente que o legislador quis dispor como o fez no dispositivo que foi promulgado, isto é, a *intentio legislatoris* corresponde à *mens legis*. E se alguém não concordar com esta evidência, precisa apresentar uma justificação para o seu pensamento, o que é praticamente impossível.

Também pela interpretação histórica não se vai conseguir resultado diferente, de modo que racionalmente a norma se impõe tal como está escrita, ao que se acrescenta, retornando ao argumento da hipótese de incidência, que a do § 2º é enumerativa, sem possibilidade de uma interpretação extensiva.

Enfim, as restrições do art. 13, seja no inciso VI, seja no § 2º, somente poderão ser suplantadas se forem portadoras de algum vício constitucional.

Ao se perquirir sobre a validade constitucional do art. 13, inciso VI, da Lei n. 9.249, ou das restrições contidas no seu § 2º, deve-se atentar para que há vários outros dispositivos de leis ordinárias autorizando deduções de doações e contribuições de diversas espécies e para várias finalidades, como as em benefício de organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP), ou as em benefício de projetos relacionados a crianças e adolescentes, a idosos, à cultura, ao esporte, ou à saúde. Algumas dessas normas são dirigidas apenas ao imposto das pessoas jurídicas, e outras ao das pessoas físicas, e para todas as hipóteses há rígida regulação, com requisitos substanciais e formais, e algumas delas podem ser deduzidas diretamente do imposto apurado, e não do lucro operacional, como é permitido para outras.

Neste cenário, as indagações de ordem constitucional não podem se restringir à Lei n. 9.249, pois devem se estender a todas essas outras regras legais, pois todas deverão ser submetidas a igual escrutínio, sendo possível que se chegue à conclusão de que todas são inconstitucionais, ou que todas simplesmente representam o conjunto normativo autorizador de deduções excepcionais de gastos que são correspondentes à destinação do lucro, nenhuma delas tratando de disciplinar as despesas intrinsecamente ligadas à sua obtenção.

Todavia, esta exposição não tem por escopo adentrar na discussão de natureza constitucional, nem emitir conclusão a este respeito, pelo simples fato de que, para tanto, seria necessário um espaço e um tempo muito mais amplos do que os disponíveis e justificáveis dentro de um congresso internacional de direito tributário. Realmente, seriam precisas muito mais considerações do que as que foram suficientes relativamente ao tema da residência.

A despeito disso, alguns aspectos podem ser levantados para estudo mais aprofundado em outra oportunidade.

O primeiro deles diz respeito à própria validade do regime, dentro do qual, como foi dito, o lucro contábil recebe ajustes para mais ou para menos, e, entre estes últimos, há decretações de indedutibilidade de certas despesas, ou de limite quantitativo de dedutibilidade de outras, ou de dedutibilidade sob condições, sempre em relação a despesas intrinsecamente relacionadas com a empresa.

A melhor doutrina atual rebate a validade constitucional dessas regras, embora varie em seus fundamentos e, em parte, admita a validade das restrições que tiverem finalidade antiabuso.

Só isto já exigiria longas explicações e longos debates, mas, de minha parte, que participo das críticas às regras restritivas da dedutibilidade, não vislumbro que elas possam ser estendidas ao inciso VI do art. 13 e ao seu § 2º, porque entendo válidas essas críticas apenas quando sejam referentes a despesas e custos que direta ou indiretamente contribuam para a obtenção de lucros, não abarcando os gastos de destinação do lucro.

Um segundo aspecto é o princípio da capacidade contributiva, que inegavelmente tem estatura constitucional.

Este é um ponto sério, no qual se deverá decidir se o impedimento à dedução de uma doação não abrangida por uma das normas de permissão invade a capacidade da pessoa jurídica doadora para contribuir para a arrecadação tributária.

É evidente que, se a capacidade contributiva for relacionada apenas à renda auferida, a doação, como gasto de destinação do lucro já obtido, não interfere nessa capacidade, do mesmo modo que não há interferência quando a pessoa jurídica destina o seu lucro à distribuição de dividendos aos sócios.

Por outro lado, se outro significado for atribuído à capacidade contributiva, é possível que se diga que o destino da renda durante o período de apuração reduza a capacidade contributiva ao final desse tempo, ou que o destino dado a recursos do patrimônio, endereçando-os a doações, reduza a capacidade contributiva da empresa doadora.

Só para se medir a extensão e a complexidade apenas deste aspecto, veja-se que cabe perfeitamente a argumentação de que, se o contribuinte teve capacidade econômica e financeira para fazer doações, e algumas delas vultosas, no mínimo é estranho alegar que esse seu ato reduza sua capacidade contributiva tributária.

Outro aspecto que pode ser considerado do ponto de vista constitucional é a razoabilidade da norma, cujo requisito é necessário para que, entre outros, a norma tenha sido promulgada com observância do *substantive due process of law*.

Neste aspecto, as indagações devem se suceder, tais como, a título meramente exemplificativo:

- (i) É razoável a indedutibilidade de doações, até mesmo ao Poder Público, inclusive o federal, se elas não se enquadrarem nas hipóteses em que há expressa permissão de dedução?
- (ii) É razoável haver um pequeno número de hipóteses em que, excepcionalmente, a dedução é admitida, ou seja, é razoável que o legislador infraconstitucional escolha essas hipóteses sem motivação advinda da Constituição, e as distinga de outras, ou seja, lhes dê tratamento diverso do que atribui a outras?
- (iii) É razoável, destarte, abandonar o preceito *ubi eadem ratio ibi eadem jus*?

- (iv) Ou é razoável que o legislador faça essas distinções com intuito de poder ter melhor controle sobre os dispêndios a serem deduzidos?
- (v) Ou é razoável haver tais distinções por haver nas normas permissivas um caráter indutivo das doações a serem admitidas pela lei fiscal?
- (vi) Ou é razoável distinguir por se tratar de um meio indireto de o Governo Federal selecionar doações, do mesmo modo que ele seleciona as subvenções sociais que faz diretamente, aplicando (ou devendo aplicar) sobre elas cautelas impostas pela legislação orçamentária e de responsabilidade fiscal? Neste particular, pode-se dizer que não representa renúncia fiscal a permissão de dedução de gastos inconfundíveis com despesas necessárias à obtenção do lucro?
- (vii) É razoável o conjunto de normas permissivas de doações, por indicarem que a lei federal adota critérios destinados a evitar exageros ou excessiva liberdade na dação de benefícios pelas pessoas jurídicas?

Além destes exemplos, outras indagações têm que ser respondidas no plano constitucional, bem como é necessário observar cada uma delas por si só e todas em seu conjunto.

Por fim, vale pontuar que a questão constitucional se coloca em caráter geral, mas comporta uma derradeira indagação: em relação às doações emergenciais feitas durante o período da pandemia, há alguma imposição constitucional no sentido de um abrandamento nas normas destinadas à vigência permanente, caso para estas as restrições sejam razoáveis e válidas sob todos os aspectos?

The EU Recovery Fund and Its Tax Implications

Carlo Garbarino

Professor of Tax Law at Bocconi University, Milan, Italy.

Abstract

This paper deals with the recovery instrument introduced by EU Commission and EU Council to restore economies of EU Member States hit by the COVID-19 outbreak. The paper focuses particularly on the novelty represented by the possibility for EU Commission to issue bonds to borrow funds on the capital market and by the increase in the own resources of the EU established to repay these bonds, a financial development that can lead to a first form of European fiscal sovereignty.

Keywords: Next Generation EU, recovery instrument, EU own resources.

1. Introduction

As COVID-19 hit European Countries, EU economies collapsed because of the measures undertaken to slow the spread of the virus (the so called “lock-down”): the European Commission expects EU GDP to decline by 8.3% in 2020, with significant differences between countries (from -11.2% in Italy to -4.6% in Poland)¹.

In order to restore growth, in May, the European Commission presented a plan designed to stimulate recovery and transformation of the European economy. The Commission proposed the creation of a completely new instrument called “Next Generation EU”, embedded within a revamped long-term EU budget.

The Commission’s proposal was then discussed in the European Council (the organ that gathers heads of state or government of the EU member states) in July. The European Council partially modified the original Commission proposal: the actual version of the European plan for recovery from COVID-19 crisis is described in the European Council conclusions of 21 July².

2. The recovery instrument: Next Generation EU

The European Council recognized the need for exceptional measures and especially massive public and private investment at European level. Such investments should be focused on the digital and green transition that are considered essential for European countries. The main European instrument for recovery is

¹ EUROPEAN COMMISSION. *European Economic Forecast*. July 2020. Available at: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/economy-finance/ip132_en.pdf. Accessed: 12 August 2020.

² EUROPEAN COUNCIL. *European Council conclusions 17-21 July 2020*. July 2020. Available at: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/07/21/european-council-conclusions-17-21-july-2020/>. Accessed: 12 August 2020.

the Multiannual Financial Framework (MFF, the main EU budget tool) reinforced by the new instrument proposed by the Commission, Next Generation EU (“NGEU”).

A crucial feature of this new tool is that its resources are collected by the Commission through the issue of bonds: indeed, the Commission will be authorized to borrow funds on behalf of European Union on the capital markets. Even if the possibility for the EU to borrow funds on the financial markets is not a complete innovation, the amount of bonds that the EU Commission is going to issue in the context of NGEU is completely different from the past: as of today, the EU has outstanding bonds of around €50 billion³, in the next five years the EU Commission shall borrow 750 billion (i.e. the total amount of NGEU’s resources).

The funds that will be borrowed have been organized within seven different programmes, as described in the following table:

<i>Programme’s Name</i>	<i>Amount of Resources (€)</i>
Recovery and Resilience Facility	672.5 billion
ReactEU	47.5 billion
Horizon Europe	5 billion
InvestEU	5.6 billion
Rural Development	7.5 billion
Just Transition Fund (JTF)	10 billion
RescEU	1.9 billion
Total	750 billion

2.1. Recovery and resilience facility

As can be noticed, almost 90% of the funds are devoted to the Recovery and Resilience Facility programme (“RRF”): these resources are divided in grants (312.5 billion) and loans (360 billion).

An amount equal to 70% of the grants provided by the RRF shall be committed in the years 2021 and 2022, while the remaining 30% shall be fully committed by the end of 2023: such a subdivision has been introduced to allocate funds on the basis of two different criteria respectively for years 2021-2022 and 2023.

The allocation key for the years 2021-2022 shall be based on a more general consideration of the economic situation of the country (so, not strictly linked with COVID-19 crisis): the higher was the average unemployment rate in the Member State in the period 2015-2019 and the lower was the GDP per capita, the larger is

³ KRAEMER, Moritz. How to make EU bonds a safe(r) European asset. *CEPS-Policy Insights* n. 16-2020, July 2020, p. 3.

the contribution. The allocation key for 2023 shall be based directly on the impact of the COVID-19 outbreak: indeed, this last part of resources shall be allocated on the base of the loss in real GDP observed in 2020 and 2021.

In order to access these funds, Member States have to prepare national recovery and resilience plans to describe the kind of investments and reforms they plan to introduce and implement using the resources of RRF. Such plans shall be assessed by the Commission within two months of the submission by each member state. Specifically, the Commission has to assess whether the plan is consistent with the country-specific recommendations⁴ and is coherent with the purpose of strengthening the growth potential, job creation and economic and social resilience of the Member State. Furthermore, effective contributions to the green and digital transition shall also be considered. The assessment of the recovery and resilience plans shall be approved by the Council, by qualified majority on a Commission proposal.

After this “first” judgement, in order to obtain a positive assessment of payment requests, Member States shall be subject to an evaluation regarding the fulfilment of milestones and targets established by the Commission (on the base of the national recovery and resilience plans).

2.2. Climate target

Other programs (different from RRF) are relatively small with respect to the total amount of resources of NGEU. One of the most important programs is the “Just Transition Fund”, proposed by the Commission to assist member states in the transition towards climate neutrality, with particular reference to the need for support to re-skill workers and to help businesses create new economic opportunities. In general, the climate change is one of the fundamental challenges on which EU decided to focus in the next years, within the broader context of investments to recover from COVID-19. Therefore 30% of the total amount of expenditure from the MFF and NGEU shall be devoted to the climate target. Overall, Member States shall comply with the objective of EU climate neutrality by 2050 and contribute to achieve the Union’s new 2030 climate targets (which will be updated by the end of 2020).

2.3. EU own resources

As explained, the funds of NGEU will be borrowed by EU Commission through the issue of bonds on the capital market: borrowing activity will stop at the latest at the end of 2026. Clearly, this implies that EU Commission has also to repay these debts: the EU Council established that such repayment shall be sched-

⁴ Each year the Commission presents each country with a set of country-specific recommendations, which provide policy guidance on how to boost jobs and growth.

uled to ensure the steady and predictable reduction in liabilities by 31 December 2058.

In order to assure the repayment of the issued bonds, the amount of the own resources ceilings⁵ shall be temporarily increased by 0.6 percentage points for the sole purpose of covering liabilities deriving from the borrowing activity described above. Such a modification of EU's rules need to be ratified by all member states. If this modification is approved, the Commission will receive from Member States up to 2% of their Gross National Income (in place of 1.4% that is the current maximum amount).

This increase in the own resources ceilings of the EU is not the only method adopted to collect the resources to repay issued bonds because, in addition, the introduction of new EU own resources has been proposed through three avenues. First, a new EU own resource based on non-recycled plastic waste will be introduced in 2021 (so called "Plastic Tax"). Second, the Commission will elaborate in the first semester of 2021 proposals on a carbon border adjustment mechanism and on a digital levy and implementation is expected at the latest in 2023. Third, the Commission will design proposals on a reform of the EU Emission Trading System (ETS)⁶ and, in the course of the next MFF, will work towards the introduction of other new own resources (a Financial Transaction Tax is considered one of the possibilities).

To summarize, in the next years the EU will most likely establish for the first time the basic elements of a new common EU fiscal sovereignty. It is in fact estimated that such new own resources are capable of leading to common EU revenues of about €30 billion per year⁷. As seen in the previous paragraphs, even in the context of new own resources, particular attention is and will be placed on environmental issues (plastic tax, ETS reform ad carbon border adjustment) and on digital transformation (digital levy).

3. Conclusion: what's next?

After the approval by the European Council of the Conclusions of 21 July, the approval by the European Parliament is needed. On 23 July, the Parliament has adopted a resolution on the conclusions of the extraordinary European Council meeting⁸. Even if MEPs recognized that NGEU is an "historic move for the EU",

⁵ The Own Resources ceiling determines the maximum amount of resources in any given year that can be called from Member States to finance EU expenditure.

⁶ EU ETS is a system in which companies can buy and sell emission allowances.

⁷ EU COMMISSION. *Financing the Recovery Plan for Europe*. May 2020. Available at: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/factsheet_3_04.06.pdf. Accessed: 14 August 2020.

⁸ EUROPEAN PARLIAMENT. *Conclusions of the extraordinary European Council meeting of 17-21 July 2020*. July 2020. Available at: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0206_EN.pdf. Accessed: 14 August 2020.

the Parliament has critically identified several issues of the agreement of the Council which are mainly related to cuts made to European programs with respect to the Commission initial proposal. Finally, the Parliament has stressed its intention not to approve an agreement that it does not consider satisfactory and to conduct negotiations with the Council. Even after a possible approval by the European Parliament, one should bear in mind that all Member States have to approve the recovery instrument in their parliaments. At the same time, Member States have to present their recovery plan to the Commission which has to assess them.

To conclude, in spite of the remarkable results achieved so far, the final paer of 2020 and probably the beginning of 2021 will be decisive.

The Challenges Facing the Concept of Beneficial Ownership

Natalia Quiñones

International Tax Partner at Quiñones Cruz in Bogota, Colombia.

The concept of beneficial ownership is not new in international taxation. It has been used to prevent tax treaty avoidance for decades¹, and has now become the newest weapon in the arsenal of the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes (the “Global Forum”) led by its Brazilian head, Zayda Manatta. The new ambitious standard now aims at the possibility of collecting and exchanging information on the natural person behind a legal entity or arrangement², so that financial and corporate assets are fully identified at a global level.

The concept of beneficial ownership has thus come much further than initially foreseen in the tax treaty arena, where relatively recent developments³ have clarified that conduit and intermediary companies cannot be considered beneficial owners if it is verified that no relevant economic activity is happening at the level of the recipient of an interest or dividend payment⁴. It now has a much more stringent face linked to the world of anti-money laundering, mainly triggered as a response to leak scandals such as the Panama and Paradise Papers. The ultimate aim, as voiced by civil society organizations such as Open Government Partnerships and Global Witness is to have a public global, centralized, and standardized registry of all beneficial owners of entities and legal arrangements operating in the world.

The Global Forum has been less ambitious, as it currently only requires member States to obtain beneficial ownership information and to provide access to said information to the relevant tax authorities. At this point, most of the 161 members of the Global Forum have committed to complying with this standard by the year 2024, including relevant advances in the EU (public community-wide registries by 2020⁵). It is difficult to say at this point if the centralized public reg-

¹ See HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, P. A. *Beneficial ownership in tax law and tax treaties*. Oxford: Hart Publishing, 2020, for the history of the beneficial ownership concept.

² IDB and OECD. A Beneficial Ownership Implementation Toolkit. 2019. Available at: <https://www.oecd.org/tax/transparency/beneficial-ownership-toolkit.pdf>.

³ Cases C-115/16, C-118/16, C-119/16 and C-299/16, N Luxembourg 1 et al., on the Interest and Royalties Directive and Cases C-116/16 and C-117/17, T Danmark et al., on the Parent-Subsidiary Directive, all dated February 26, 2019.

⁴ See DE BROE, L.; and GOMMERS, S. Danish dynamite: the 26 February 2019 CJEU judgments in the Danish beneficial ownership cases. *EC tax review* v. 28, n. 6, p. 270-299, Alphen aan den Rijn, 2019, which forms an interesting analysis of the Danish beneficial ownership cases.

⁵ 5th AML Directive (AMLD5). In force since July 9th, 2018, granted an extension until January

istry will ever be a reality, but in the meantime, there are several sensitive issues and difficulties in the practical implementation of the standard, which I intend to discuss briefly in the following pages.

1. A blurry standard

One of the main challenges of the new face of the beneficial ownership concept consists of the wide variety of definitions that exist internationally and even within a single domestic framework. Because the concept of “beneficial ownership” has been used in treaty contexts, where it is intended to prevent treaty shopping while protecting active legal entities or arrangements with sufficient substance, and because anti-money laundering legislation also uses the same concept with the purpose of identifying individuals or natural persons, there is always an inevitable multiplicity of definitions, tests, and criteria for establishing the beneficial owner of a particular entity or legal arrangement. Given the fact that many countries in the region (including Brazil) will have to implement the Global Forum standard in order to pass the second round of ratings for the exchange of information, I will focus on the difficulties that each country may encounter in the implementation of the standard.

Several aspects of the Global Forum definition lack the sufficient precision, which makes it hard to develop a global standardized definition. In the first place, the threshold for a beneficial interest in the entity or arrangement is not defined. Although the Global Forum Toolkit contains a reference to the 25% threshold provided in the Financial Action Task Force (FATF) guidance⁶, each country can adopt independent thresholds to determine the existence of a controlling interest. In the case of Colombia, a 5% threshold was adopted⁷, in order to align the tax beneficial ownership threshold with the Financial Superintendency threshold. However, many other countries like Brazil have accepted the 25% threshold⁸, while some civil society organizations such as Tax Justice Network⁹ claim that the ownership of a single share should be enough to be registered as a beneficial owner of a particular entity or legal arrangement. The graph below shows the diversity in country thresholds for a beneficial ownership interest:

20th, 2020, to implement public, centralized registries in the 27 member States (including the UK, who was a member at the time of the adoption of AMLD5.

⁶ IDB and OECD. A beneficial ownership implementation toolkit. 2019. p. 14. Available at: <https://www.oecd.org/tax/transparency/beneficial-ownership-toolkit.pdf>.

⁷ Colombian Tax Code, article 23-1. Introduced in article 68 of Law 2010 of 2019.

⁸ Instrução Normativa RFB n. 1.863, article 8.

⁹ TAX JUSTICE NETWORK. Financial Secrecy Index 2020 reports progress on global transparency – but backsliding from US, Cayman and UK prompts call for sanctions. 18 Feb. 2020. Available at: <https://www.taxjustice.net/2020/02/18/financial-secrecy-index-2020-reports-progress-on-global-transparency-but-backsliding-from-us-cayman-and-uk-prompts-call-for-sanctions/>.

Figure 3.3: Beneficial Ownership Registration Overview

DO	BG	GH	JE	PY	AG	BB	CA	CW	ES	HU	KR	LU	MS	NZ	RU	TH	VC	ZA
CR	BE	GG	IT	NR	TT	AW	BZ	CO	EG	HR	KN	LR	MO	NL	QA	TC	US	WS
PE	AE	GB	IS	NO	SM	AU	BS	CN	DZ	HK	KE	LK	MK	NG	PT	SV	UA	VU
IN	AD	FR	IM	MT	SK	AT	BR	CM	DM	GT	JP	LI	MH	MY	PR	SG	TZ	VN
BH	UY	EE	IE	MC	SI	AR	BO	CL	DE	GM	JO	LC	ME	MX	PL	SC	TW	VI
EC	PH	DK	GR	LT	SE	AO	BN	CK	CZ	GD	IL	KZ	MA	MV	PK	SA	TR	VG
BW	LB	BM	GI	KY	RO	AI	BD	CH	CY	FI	ID	KW	LV	MU	PA	RW	TN	VE

	2% (2 countries):	Complete BO (1 share)
	2% (3 countries):	Complete BO (> 0-10%)
	4% (5 countries):	Complete BO (> 10-25%)
	23% (31 countries):	Complete BO (> 25%)
	69% (92 countries):	Incomplete BO

Source: Tax Justice Network, Financial Secrecy Index, 2020. KFSI3, p. 10.

The establishment of any threshold clearly defines the scope of the beneficial ownership rules, and differences between jurisdictions may thus be exploited by taxpayers wishing to avoid registration as beneficial owners. In some cases, the existence of domestic anti-money laundering (AML) rules requiring a higher threshold also undermines the ability of a country to successfully implement a centralized registry, as taxpayers may seek to apply the most generous thresholds in order to reduce reporting obligations.

Of course, the effectiveness of the threshold largely depends on the availability of constructive ownership rules, where interests held by related persons (e.g. family members) are added to calculate the total ownership interest held by any particular individual. Nonetheless, creating new standards for constructive ownership only in the context of the beneficial ownership definition might be problematic. This was the case for Colombia, as the definition of related persons contained in the transfer pricing regulations (applicable for all other tax purposes) only include family members up to the second degree (grandparents, parents, sons and daughters, siblings, or siblings of the spouse). In contrast, the beneficial ownership rules expand the definition of related person up to the fourth degree, which includes the cousins and cousins of the spouse. The multiplicity of standards with a similar or equal name creates unnecessary complexity and erodes tax certainty, which is why existing domestic requirements must be harmonized at the introduction of new beneficial ownership rules.

The complicated symbiosis between the AML and tax definitions of beneficial owner also has an incidence on the level of confusion present in the determination of beneficial owners in practice. Another important instance of disparity that amount to controlling the strategic decision of the entity or its board, between the rules is given by the possibility to identify a senior manager as the

beneficial owner of an entity or legal arrangement. In this case, if no individual has a controlling interest over the established threshold, and no decision-making powers –which is frequently the case in a world of institutional investors and funds–, the taxpayer is allowed to identify a senior manager instead. This could lead to excessive irrelevant information, and more importantly, to misleading information if the registry does not allow proper distinctions between a “real” beneficial owner and a senior manager who should not be accountable for reporting the income generated by the entity or legal arrangement, especially where the senior manager is a mere employee.

Despite this difficulty, Tax Justice network identified that 74% of countries allow for the reporting of a senior manager¹⁰, which is probably due to the Global Forum guidance on the identification of beneficial owners. It is still unclear if the domestic forms allow for a proper distinction that would allow the tax administration to perform successful matching exercises.

The difficulties in the determination of beneficial ownership become more evident in the case of legal arrangements, including trusts, collective investment vehicles, pension funds, and other domestic figures such as civil law trusts that can be classified both as entities or legal arrangements depending on the trust agreement and the type of fiduciary duty performed by the fiduciary institution. In many of these structures it is impossible to identify a controlling interest, and the presence of conditions, discretionary clauses, and other legal variations make it hard to report a person that can presently enjoy the income generated by the legal arrangement. In other cases, such as pension funds, the variable regulations across the world make it difficult to obtain accurate information on real beneficiaries at any given point in time, especially in jurisdictions where pension funds can be set up for a specific family or group of friends.

Finally, the carveouts or exceptions for the identification of beneficial owners differ from country to country. Brazil, for example, has an extensive list in Normative 1.863, article 8, §3. Meanwhile, Colombia had an exception for companies listed in a recognized stock exchange, but has opted to eliminate it in new proposed rules that are yet to be made public. These disparities, again, may influence the choice of jurisdiction for the incorporation of the structure, favoring the secrecy over the identity of potential tax evaders or money launderers.

2. “Patchy” and delayed implementation

Another relevant obstacle towards the creation of a global beneficial ownership registry relates to the various level of commitment across the world. Histori-

¹⁰ TAX JUSTICE NETWORK. Op. cit.

cally, the political commitment started with the G8¹¹ and G20¹², in 2013 and 2014. Later on, the EU gave an important step forward with the 4th AML Directive in 2015 and the 5th AML Directive in 2018, which in turn became an important push for the Global Forum standard. A few other countries joined the initiative in the Anti-Corruption Summit in 2016¹³. Nowadays, most of the 161 members of the Global Forum have expressed a commitment given the inclusion of the beneficial owner factor in the second round of peer reviews on the exchange of information on request (EOIR).

Despite the long list of commitments, the practical implementation of the registries has been delayed in many parts of the world, including very relevant regions considering the volume of transactions. In a recent report, Global Witness reveals a substantive delay in the European Union, where the 5th AML Directive specified that member States had to implement centralized public beneficial ownership registries by January 20th, 2020. According to the report published in March, 2020, 63% of EU countries did not have a centralized public registry in place, demonstrating a wide variety of scenarios where country practices diverge such as notifying beneficial owners when their name is searched or found, limiting access to the information or charging fees for obtaining the beneficial ownership information for each entity or legal arrangement¹⁴. These difficulties are joined by the doubts raised by taxpayers on the impossibility of giving beneficial ownership information in the light of the European data protection rules, which could prevent the use of beneficial ownership information if the beneficial owner did not explicitly consent for the use of tax authorities and the exchange of information.

Furthermore, the lack of commitment by the United States has proven to be a significant barrier given the ease of incorporating LLCs and holding assets through an LLC without the need to reveal any beneficial ownership information to the US or foreign authorities. While it is true that bank accounts held by LLCs

¹¹ PRIME MINISTER'S OFFICE (UK). Policy paper: G8 action plan principles to prevent the misuse of companies and legal arrangements. 18 Jun. 2013. Available at: <https://www.gov.uk/government/publications/g8-action-plan-principles-to-prevent-the-misuse-of-companies-and-legal-arrangements/g8-action-plan-principles-to-prevent-the-misuse-of-companies-and-legal-arrangements>.

¹² WORLD BANK GROUP. G20 high-level principles on beneficial ownership transparency. 2014. Available at: https://star.worldbank.org/sites/star/files/g20_high-level_principles_beneficial_ownership_transparency.pdf.

¹³ CABINET OFFICE AND PRIME MINISTER'S OFFICE (UK). Policy Paper: Anti-Corruption Summit: country statements. 12 May 2016. Available at: <https://www.gov.uk/government/publications/anti-corruption-summit-country-statements>. Commitments included the UK, France, the Netherlands, Afghanistan, Kenya, and Nigeria.

¹⁴ GLOBAL WITNESS. Patchy progress in setting up beneficial ownership registers in the EU. 20 Mar. 2020. Available at: <https://www.globalwitness.org/en/campaigns/corruption-and-money-laundering/anonymous-company-owners/5aml-d-patchy-progress/>.

will have beneficial ownership information collected through the bank's due diligence procedures, it is uncertain that this information will be effectively exchanged through FATCA to the relevant jurisdictions.

On the other hand, developing countries are investing significant resources in complying with the Global Forum standard and developing solid registries, as is the case in Nigeria or Kazakhstan. The question is whether developing country tax evaders will continue to escape tax authorities by profiting from the patchy and delayed implementation of the beneficial ownership measures in the United States and Europe.

3. Final reflections

The obstacles identified above are only referring to an initial stage of implementation or creation of beneficial ownership registries. Of course, the verification of the information collected in beneficial ownership registries will be an even more important phase in achieving the transparency objectives behind the beneficial ownership standards. It is indeed likely that the definition of beneficial ownership will be adjusted, standardized and adapted to ease compliance burdens on regulated institutional investors that represent a large portion of transactions in the current economy. It is also likely that the legislation will be harmonized with competing AML and data protection standards, but this requires extensive domestic and international efforts.

It is further necessary to consider the consequences of granting public access to the information, especially in developing countries where security concerns still exist for the wealthy, but where corruption requires more rigorous vigilance from the public. A possible option to explore could require public access to beneficial ownership information for any entity or legal arrangement engaging in public procurement processes, while maintaining restricted access to persons with a legitimate interest for all other entities and legal arrangements.

In any case, the developments in the area of beneficial ownership are certain to take central stage in the post-BEPS world and the crusade for global tax transparency.

Normas Gerais Antielisivas: Um Elemento-Chave de uma Era Pós-BEPS em Risco no Brasil com o Julgamento da ADI n. 2.446/DF pelo STF

GAARS: a Key Element of a post-BEPS Era at Risk in Brazil with the Judgement of ADI No. 2.446/DF by the Supreme Court

Paulo Rosenblatt

Doutor em Direito Tributário pelo Institute of Advanced Legal Studies, Universidade de Londres. Graduado e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Recife (FDR/UFPE). Professor de Direito Financeiro e Tributário da Universidade Católica de Pernambuco (Unicap). Procurador do Estado de Pernambuco. Correlator geral do tema 1 sobre normas gerais antielisivas do Congresso da IFA Seul 2018. Membro associado do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. Advogado.

Abstract

The Brazilian international fiscal policy is ambiguous. Although this country has taken part on the BEPS project, there has not been enough efforts towards the implementation of the minimum standards up to the current moment. Action Plan 6 relates to the necessary measures to address the double tax treaty abuse, particularly the adoption of general anti-avoidance rules (GAARs), in the domestic law, but also in the multilateral instrument (MLI) or in bilateral treaties. It recommends an express declaration of double non-taxation and also a Limitation of Benefits (LoB clause) or a principle purpose test clause (PPT). Brazil did not sign the MLI and has decided to amend its DTCs. In the Argentina-Brazil DTC, a new protocol introduced the PPT. However, there are many hindrances regarding a GAAR in Brazil. The sole paragraph of article 116 of the National Tax Code, enacted by Complementary Law No. 104/2001, was poorly drafted. In the Federal Administrative Court's case law, there are different approaches to its interpretation and application. The Brazilian National Congress has rejected two proposals by the Federal Government to provide for a statutory regulatory framework for such GAAR. In the Federal Supreme Court, the hearing on a direct action of unconstitutionality, almost twenty years after it was filed, was suspended after the rapporteur delivered her opinion that the rule is constitutional, although she considered that it is an anti-evasion rule rather than a proper GAAR. Therefore, this paper argues that Brazil needs to put its domestic GAAR scenario quickly in order before it moves forward with Action 6 minimum standards.

Keywords: BEPS, GAARs, PPT, Brazil.

Introdução

O Brasil “nada contra a maré” no que tange a sua política tributária internacional dúbia de alinhamento à agenda da OCDE – Organização para a Coopera-

ção e Desenvolvimento Econômico, especialmente no que tange ao projeto *Base Erosion and Profits Shifting* – BEPS (Erosão de Base Tributária e Desvio de Lucros) e ao G20¹. Embora tenha participado do projeto, ao lado de 130 outras nações, o Brasil parece escapar exaustivamente da adoção dos seus compromissos mínimos (*minimum standards*), e simplesmente não consegue sair do lugar.

O risco é o de, ao buscar proteger interesses nem sempre claros², pode perder forças e se deixar levar pelas ondas do mar, que seriam os grandes planejamentos tributários abusivos ou agressivos internacionais, ou de ficar fora do conjunto de esforços liderados pelos países mais ricos.

É importante esclarecer que esse comportamento aparentemente desidioso nem sempre ocorre por resistência ou falta de iniciativa do Poder Executivo (leia-se, da Receita Federal do Brasil), mas pela dificuldade, por um lado, de clareza de qual a política tributária internacional defendida (se é que existente e uniforme) e, por outro lado, de problemas reais de interlocução desses propósitos com o Congresso Nacional e com o Supremo Tribunal Federal (STF), nos quais tais iniciativas têm encontrado obstáculos muitas vezes intransponíveis, consoante será debatido neste artigo.

Os 15 (quinze) planos de ações do BEPS têm por objetivo a preservação da soberania dos Estados Democráticos de Direito, suportados pela tributação, por meio do combate aos já mencionados planejamentos tributários agressivos ou abusivos, que decorrem, em geral, do abuso de acordos ou tratados para evitar a dupla tributação da renda, e da ausência de transparência fiscal. São medidas moldadas a enfrentar esquemas engendrados por empresas multinacionais, nos quais se arquitetam, de modo sistemático, a forma ou a estrutura de suas operações e negócios jurídicos intragrupos econômicos para atrair a consequência mais favorável ou até impedir uma desfavorável. Por meio dessas práticas, tais companhias globais tomam proveito de ambiguidades, de omissões ou de discontinuidades estruturais ou assimetrias de tratamentos fiscais, sejam os existentes em dois ou mais sistemas diferentes (heterogeneidade do tratamento fiscal), ou mesmo aqueles decorrentes do uso ilegítimo dos tratados para evitar a dupla tributa-

¹ A política tributária internacional brasileira é pouco baseada em regras harmonizadas internacionalmente – o que comprova a reduzida rede de tratados para evitar a dupla tributação – e mais centrada em conjuntos normativos próprios e domésticos, como normas CFC, limitação de dedutibilidade de despesas, legislação *sui generis* de preços de transferência. Cf. ROCHA, Sérgio André. *Brazil's International Tax Policy*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 19-26. *Vide* também: DUARTE FILHO, Paulo César. *Double Tax Treaties Policies of Brazil: the Brazilian Model Tax Convention*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 38-46.

Com o pedido de ingresso como Estado-membro na OCDE, em 29 de maio de 2017, ainda em tramitação, e a atual agenda neoliberal do Ministério da Economia, há um prognóstico de maior alinhamento do país aos planos da OCDE.

² TAVARES, Romero J. S. Política Tributária Internacional – OCDE, BEPS e G20: como defender os interesses do Brasil? *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, n. 127, abr.-maio-jun./2016, p. 26-27.

ção (especialmente por meio de *treaty shopping*), com o fim exatamente oposto da não tributação³.

Normalmente, essas empresas transferem lucros para paraísos fiscais ou países com tributação favorecida, onde a empresa não realiza efetiva atividade econômica ou não existe criação de valor, há reduzida ou nenhuma tributação da renda, e não tem mecanismo de transparência fiscal. Há hoje a clara percepção de que algumas jurisdições estimulam ou colaboram para uma competição tributária prejudicial (*harmful tax competition*)⁴, com expressiva e generalizada perda de arrecadação e de confiança nos sistemas tributários. Inicialmente, as reações foram descoordenadas entre os países, o que gerou muito mais conflito e reduzida efetividade.

É esse o contexto que o BEPS, o do multilateralismo para o combate internacional coordenado aos planejamentos fiscais agressivos por empresas multinacionais⁵. “A tributação deve produzir o montante certo de impostos no momento certo, evitando-se, ao mesmo tempo, a dupla tributação e a não tributação não intencional”⁶. Não significa, absolutamente, que se logrou alcançar um consenso para demarcar os limites do planejamento tributário internacional⁷, se é que isso seja possível. Para Vanistendael, com o BEPS, estaríamos na iminência de um “tsunami tributário”, o que demonstra um evidente ceticismo em relação aos planos em curso⁸.

De todo modo, o fato é que muitos países vêm incorporando essa pauta fiscal, e vários deles já estão em um estágio muito mais avançado do que o Brasil na

³ BRAITHWAITE, John. A good century for tax? Globalisation, redistribution and tax avoidance. *Public Policy Research*, 2005, p. 85. PIANNAVIGNA, Paolo. Tax Abuse and Agressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD Are Establishing a Unifying Conceptual Framework in International Tax Law, despite Linguistic Discrepancies. *World Tax Journal*, 2017, p. 63-66. Vide também: KREVER, Richard. General Report: GAARs. In: LANG, Michael (org.). *GAARs – a key element of tax systems in the post-BEPS world*. Amsterdã: IBFD, 2016. p. 5. ROCHA, Sérgio André. *Treaty Shopping e a cláusula de beneficiário efetivo nas convenções sobre a tributação da renda e do capital celebradas pelo Brasil*. In: VASCONCELLOS, Roberto (coord.). *Estudos avançados de direito tributário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 220. BAISTROCCHI, Eduardo; HEARSON, Martin. Tax Treaty Disputes: A Global Quantitative Analysis. In: BAISTROCCHI, Eduardo (org.). *A Global Analysis of Tax Treaty Disputes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 1513.

⁴ CHRISTIANS, Allison; SHAY, Stephen. Assessing BEPS: Origins, Standards and Responses. *Cahiers de Droit Fiscal International*, 2017, p. 30.

⁵ ROCHA, Sérgio André. Op. cit., 2017. p. 1.

⁶ “Taxation should produce the right amount of tax at the right time, while avoiding both double taxation and unintentional non-taxation”. OCDE. *BEPS – Final Report, Action 1*. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps-2015-final-reports.htm>. Acesso em: 31 jul. 2018. Tradução do autor.

⁷ BAKER, Philip. Is There a Cure for BEPS? Editorial. *British Tax Review*, n. 5, 2013, p. 605-606. MICHEL, Bob. Anti-Avoidance and Tax Treaty Override: Pacta Sunt Servanta? *European Taxation*, edição especial, IBFD, set./2013, p. 414-419.

⁸ VANISTENDAEL, Frans. Is Tax Avoidance the Same Thing under the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan, National Tax Law and EU Law? *Bulletin for International Taxation*, IBFD, mar./2016, p. 163.

implementação dos *minimum standards*, isto é, dos padrões mínimos que cada país membro, observador e participante se comprometeram a introduzir em suas legislações domésticas, nos tratados internacionais bilaterais (que atualmente superam a marca de três mil) ou em uma convenção ou instrumento multilateral (*Multilateral Instrument – MLI*, na sigla inglesa)⁹. É que o BEPS foi estruturado como um plano de ações flexíveis, por meio desses padrões mínimos, para ser adaptado aos diferentes ordenamentos jurídicos, de acordo com suas peculiaridades, evitando-se erros passados de um padrão ou modelo único (*one-size-fits-all approach*, conforme referido em inglês) dissociado das realidades ímpares das nações envolvidas.

Dentre essas medidas aprovadas, como um padrão mínimo, destacam-se, no Relatório Final da Ação 6 do Projeto BEPS da OECD, as normas gerais antielisivas. Há um comprometimento geral dos proponentes de adoção dessa espécie normativa tanto no âmbito doméstico quanto a inclusão de uma cláusula antiabuso nos tratados internacionais bilaterais¹⁰.

Destarte, o título e escopo deste artigo têm por contexto esse cenário e por inspiração o seguinte trecho abaixo transcrito de Michael Lange¹¹:

“As normas antielisivas são o elemento-chave em um mundo tributário pós-BEPS. A diminuição da receita estatal, os altos níveis de dívida pública e o aumento do interesse público em questões relacionadas à elisão fiscal contribuiram para a vontade dos governos de apertar ou adotar normas gerais antielisivas”. (grifou-se)

É dizer, na era pós-BEPS – antes uma reação à crise econômica de 2008-2009 e agora certamente agravada pela pandemia do coronavírus (Sars-covid-19) –, a implementação de *minimum standards* para o combate a elisão fiscal é um elemento-chave em um mundo tributário, especialmente posta na cláusula do *principle purpose test – PPT* (aqui traduzido como teste ou requisito do propósito principal). O PPT foi estabelecido no art. 7(1) do MLI ou no art. 29(9) da Convenção Modelo da OCDE de 2017¹², cujo objetivo é considerar agressivo ou abusivo o ato ou negócio que tenha por um dos principais propósitos a obtenção de um benefício fiscal.

⁹ PALMITESSA, Elio Andrea. Interplay Between the Principal Purpose Test in the Multilateral BEPS Convention and the Beneficial Ownership Clause as Treaty Anti-Avoidance Tool Targeting Holding Structures. *Intertax*, 2018, p. 58-59.

¹⁰ ROLIM, João Dácio. The General Anti-Avoidance Rule: Its Expanding Role in International Taxation. *Intertax*, 2016, p. 818.

¹¹ “Tax avoidance rules are the key element in a post-BEPS tax world. Declining state revenue, high levels of public debt and the rising of public interest in issues related to tax avoidance have contributed to the willingness of governments to tighten or adopt general anti-avoidance rules (GAARs)”. LANG, Michael (org.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*. Prefácio. Amsterdã: IBFD, 2016. p. xxxiii (Tradução do autor).

¹² SCHWARZ, Jonathan. The eye of the needle: Is one of your purposes tax avoidance? *Kluser International Tax Blog*. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2020/05/26/the-eye-of-the-needle-is-one-of-your-purposes-tax-avoidance/>. Acesso em: 26 maio 2020.

O Brasil decidiu não ser signatário do MLI e adotar a estratégia alternativa de modificar os seus tratados bilaterais, para neles incluir a cláusula do PPT¹³.

Porém, a internalização do BEPS vem enfrentando reveses no plano interno pelo problemático parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional (introduzido pela Lei Complementar n. 104/2001).

Esse dispositivo foi muito mal recebido pela doutrina brasileira, seja pela postura conservadora legalista, que sequer admite a existência de uma norma de tal espécie no ordenamento jurídico brasileiro por um apego a supostas legalidade absoluta e tipicidade fechada; seja por reduzir equivocadamente a uma repetitiva norma antievasão (já existente no art. 149 do CTN); seja por defender não ser autoaplicável por ausência de regulamentação procedimental exigida pela parte final¹⁴; seja, ainda, por ter sido editada com defeito ou redação simplória¹⁵ ou baixa densidade normativa¹⁶ e, assim, dissociar-se das melhores práticas e modelos experimentados internacionalmente¹⁷.

O Congresso Nacional rejeitou, por duas oportunidades, trechos de medidas provisórias que buscavam regulamentar a parte final desse dispositivo em tela, sem qualquer debate público adequado¹⁸. Tampouco se conhece qualquer movimentação legislativa relevante cujo propósito seja o de apresentar projeto de lei complementar para alterar o parágrafo único do art. 116 do CTN, ou mesmo para dar efetiva regulamentação a sua parte final que exige lei ordinária.

¹³ O grande desafio é decidir, em cada caso, qual o principal propósito para fins de aplicação do PPT, o que já foi objeto de outros estudos anteriores. *Vide*: ROSENBLATT, Paulo. Normas gerais antielisivas como princípio de direito internacional: os desafios do Brasil em se compatibilizar ao BEPS. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, 2017; ROSENBLATT, Paulo. Norma Geral Antielisiva e o *Principle Purpose Test* (Ação 6 do BEPS) na Política Internacional Tributária do Brasil. In: TEIXEIRA, Alexandre Alkmim (org.). *Plano BEPS*. Belo Horizonte: Forum, 2019. v. 1. p. 397.

¹⁴ Em sentido contrário: ROSENBLATT, Paulo. A possibilidade de aplicação imediata pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal da Norma Geral Antielisiva (Art. 116, Parágrafo único, do Código Tributário Nacional). *Revista do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco*, v. 7, 2012, p. 55-96.

¹⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. Chapter 6 Brazil. In: LANG, Michael (org.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*. Amsterdã: IBFD, 2016. p. 113.

¹⁶ DIAS DE SOUZA, Hamilton; FUNARO, Hugo. A insuficiência de densidade normativa da “norma antielisão” (art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional). *RDDT*, n. 146, 2009, p. 67-69.

¹⁷ ROSENBLATT, Paulo; TRON, Manuel E. General report. Subject 1: Anti-avoidance measures of general nature and scope – GAAR and other rules. *Cahiers de droit fiscal international*, v. 103 A, International Fiscal Association, 2018, p. 15. ROSENBLATT, Paulo. *General antiavoidance rules for emerging developing countries: a comparative taxation approach*. Roterdã: Kluwer Law International, 2015.

¹⁸ A Medida Provisória n. 66/2001 foi a primeira tentativa de regulamentação do parágrafo único ao art. 116 do CTN; anos mais tarde, já com a exigência do BEPS, o mesmo fim teve a Medida Provisória n. 685/2015.

No Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, tal dispositivo tem encontrado uma aplicação tímida, difusa e ambígua, como já amplamente discutido em textos anteriores¹⁹.

Acima de tudo, o plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) iniciou o julgamento da ADI n. 2.446/DF, mais de dezenove anos da sua propositura – pasme, esse importante processo foi distribuído, em 18.04.2001, à então ministra Ellen Gracie. A depender do voto da ministra relatora, Cármen Lúcia, e dos ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, nas sessões virtuais de 12 e 19.06.2020 – o julgamento foi suspenso por pedido de vistas do ministro Ricardo Lewandowsky –, pode, ainda, tornar a norma inaplicável e criar um real obstáculo à implementação do Plano de Ação 6 aqui no Brasil, problema este que será aqui enfrentado.

Este artigo irá, portanto, tratar de (1) como a norma antielisiva é um elemento-chave dos sistemas tributários pós-BEPS e é compatível com o ordenamento jurídico pátrio, e (2) a tendência de o Congresso Nacional, o CARF e o STF inviabilizarem a implementação do Plano de Ação 6 do BEPS no Brasil, ao destruírem o escopo dessa norma geral antielisiva.

1. O *principle purpose test* e o parágrafo único do art. 116 do CTN: “compatibilidade conflituosa”

De acordo com o Plano de Ação 6 do BEPS, como dito, os países participantes desse projeto deverão adotar uma norma geral antielisiva, baseada no teste de propósito principal (*principal purpose test* – PPT). O seu elemento central é o propósito negocial, descrito na expressão “[...] obtaining that benefit was one of the principal purposes” (obter um benefício era o seu propósito principal).

Trata-se de um desdobramento da teoria do abuso de direito, hoje uma espécie de princípio do direito comunitário europeu. Em breve síntese, este permite desconsiderar o negócio jurídico que, embora tenha preenchido formalmente os requisitos previstos na legislação (doméstica ou do bloco econômico), resulta em um benefício contrário ao propósito da norma; e que, com base em fatores objetivos (especialmente na artificialidade da operação), verifica-se que a finalidade principal da transação é obter tal vantagem fiscal indevida²⁰.

¹⁹ A esse respeito, tratamos no artigo: ROSENBLATT, Paulo; MOREIRA, Gabriel Eugênio Barreto. Nem tanto ao Céu, nem tanto à Terra: repensando a aplicação do propósito negocial a partir de uma análise da recente jurisprudência do CARF. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 43, ano 37, p. 501-526. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2019.

²⁰ O’SHEA, Tom. *EU tax law and double tax conventions*. Londres: Avoir Fiscal, 2008. p. 119. BOWLER, Tracey. *Countering tax avoidance in the UK: Which way forward?* Londres: Tax Law Review Committee, 2009. p. 39-40.

Trata-se de um critério polêmico, em virtude da sua difícil definição e aplicação, haja vista que não há negócio algum em que o contribuinte não considere o aspecto tributário (custo) na sua atividade decisória²¹.

O parágrafo único do art. 116 do CTN diz que a autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a *finalidade* de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária (grifou-se). Pelo termo “finalidade”, tem-se um teste de propósito, com redação similar à norma geral antielisiva francesa²². Pela falta de clareza, pode ser interpretada tanto como o único propósito, como um dos propósitos. Não se trata de um elemento subjetivo a respeito da intenção do contribuinte, mas é aparentemente um teste objetivo quanto ao efeito ou causa do ato ou negócio elisivo²³.

Em princípio, não haveria incompatibilidade, portanto, entre o PPT e a cláusula geral antielisiva do parágrafo único do art. 116. Ademais, o projeto BEPS não condiciona o compromisso de que haja uma coincidência da norma geral antielisiva doméstica e a contida nos tratados, mas apenas recomenda que se adotem ambas, sendo a última do tipo PPT ou LoB. Vários países possuem algum tipo de norma geral antielisiva (ou antiabuso) no plano interno há bastante tempo e não é razoável se exigir que a substituam por um padrão único. Ao contrário, o BEPS foi moldado de forma flexível, exatamente para atender às circunstâncias de cada ordenamento jurídico em particular.

Ademais, tanto as dúvidas acerca da (in)compatibilidade das normas gerais antielisivas nacionais e as dos tratados, como a possibilidade de efetivo conflito real, não são algo recente, mas até anterior ao programa BEPS. Em geral, não há sequer uma previsão que trate da prevalência de um sobre o outro²⁴, isto é, se há sobreposição do tratado sobre a cláusula doméstica (*treaty override approach*) ou uma interpretação da regra interna de acordo com o objeto e propósito do tratado (*treaty override approach*), em conformidade com o princípio do *pacta sunt servanda* (Convenção de Viena)²⁵, ou simplesmente a aplicação da regra interna em

²¹ DERZI, Misabel Abreu Machado. O princípio da preservação das empresas e o direito à economia de imposto. *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*, v. 10, São Paulo: Dialética, 2006, p. 355.

²² ROLIM, João Dácio; ROSENBLATT, Paulo. Dez Anos da Norma Geral Antielisiva no Brasil. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 197, 2012, p. 86-89.

²³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento tributário e o “propósito negocial” – mapeamento de decisões do Conselho de Contribuintes de 2002 a 2008*. SCHOUERI, L. E.; FREITAS, R. (ed.). São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 17-18.

²⁴ MORENO, Andrés Báez. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? *Intertax*, 2017, p. 433. KREVER, Richard. Op. cit., p. 15.

²⁵ MICHEL, Bob. *Anti-Avoidance and Tax Treaty Override: Pacta Sunt Servanta? European Taxation*, 2013, p. 414-418.

detrimento da prevista no tratado. Qualquer que seja a solução dada, não estará ela livre de discussão, sobretudo aqui, diante da eterna polêmica a respeito do art. 98 do CTN²⁶.

O Brasil não aderiu ao MLI, de modo que precisará renegociar e modificar individualmente cada um dos seus tratados, para neles incluir uma cláusula de propósito principal, embora possa haver alguma resistência no Congresso Nacional à ratificação dessas cláusulas ou mesmo conflitos administrativos e/ou judiciais subsequentes a respeito da sua compatibilidade com o nosso sistema constitucional tributário²⁷.

Entretanto, o país tem sido demasiadamente lento no processo de negociação bilateral da modificação dos seus tratados para fins de adoção dos *minimum standards*. Nos Acordos para Evitar a Dupla Tributação do Brasil com Israel, México, Peru, África do Sul, Trindade e Tobago, Turquia, e Venezuela, já constavam cláusulas antielisivas anteriores ao BEPS.

Apenas em 24.07.2017 é que foi assinado o primeiro protocolo de emenda a um acordo bilateral, no tratado existente com a Argentina, de 18.05.1980. Nele, foi incluída a declaração expressa de que o propósito principal é evitar a dupla tributação e a dupla não tributação, nas situações de elisão e evasão fiscais, incluindo-se o abuso de tratados por meio de *treaty shopping*. Além disso, dentre outros elementos, a mais importante modificação se deu com a inclusão de uma cláusula PPT²⁸. Os demais tratados aguardam sem definição a negociação do protocolo ou mesmo ratificação pelo Legislativo.

Em todo caso, a inclusão em tratados de uma cláusula dessa espécie pode ser questionada, como já considerado em outras oportunidades, sob vários argumentos: seria uma norma geral de direito tributário a exigir lei complementar, na forma do art. 146, inciso III, da Constituição Federal? Haveria uma violação da isonomia tributária, na medida em que o PPT alcançaria apenas atos e negócios jurídicos celebrados com o propósito principal de obter um benefício, e não se houver um propósito secundário, ou mesmo ausência de qualquer propósito e um resultado acidental? Será que tal norma violaria o princípio da legalidade tributária (art. 150, inciso I, da Constituição Federal, e art. 97 do CTN) e a vedação de tributação por analogia (art. 108, § 1º, do CTN)?²⁹. Enfim, são questões que estão sendo postas em relação ao parágrafo único do art. 116 do CTN e que serão também postas nesses casos, conforme se examinará no próximo tópico.

²⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. Op. cit., p. 141.

²⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Interpretative and Policy Challenges Following the OECD Multilateral Instrument (2016) from a Brazilian Perspective. *Bulletin For International Taxation*, v. 71, 2017, p. 347.

²⁸ UTUMI, Ana Cláudia. *Planejamento tributário*: quais são os limites? Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abdf/planejamento-tributario-quais-sao-os-limites-25112019>. Acesso em: 25 nov. 2019.

²⁹ ROSENBLATT, Paulo. Op. cit., 2017, p. 219-220.

2. Pedras no caminho da norma geral antielisiva: o Congresso Nacional, o CARF e o STF

A Receita Federal do Brasil (RFB) tem utilizado o parágrafo único do art. 116, implícita ou explicitamente, ou mesmo substituindo-o por alguma doutrina antielisiva qualquer, do tipo substância sobre a forma, ausência de propósito negocial, negócio indireto etc.³⁰. E isso tem levado a crescente litúgio administrativo e, em menor grau, também judicial (mitigado por sucessivos programas de recuperação fiscal do tipo Refis).

Esse dispositivo, desde o seu nascedouro, tem encontrado inúmeras “pedras no caminho”³¹, para parafrasear Carlos Drummond de Andrade.

Primeiro porque as duas tentativas de regulamentar a parte final do parágrafo único do art. 116 do CTN foram sem sucesso; a primeira Medida Provisória n. 66/2001, editada logo depois da Lei Complementar n. 104/2001, teve o trecho relacionado ao assunto rejeitado expressamente, quando da sua conversão na Lei n. 10.637/2002. E a segunda, a Medida Provisória n. 685/2015, já com o intuito de cumprir o compromisso assumido com o projeto BEPS, conforme declarado na sua exposição de motivos, também sofreu rejeição expressa pelo Congresso Nacional, com a supressão dos dispositivos correlacionados na conversão da medida na Lei n. 13.202/2015³².

Esse fato revela, a uma, a íntima e indissociável relação entre a norma geral antielisiva doméstica e a internacional (leia-se, aquela constante de tratados bilaterais ou em instrumentos multilaterais), inclusive com a discussão da possibilidade de aplicação de uma norma doméstica em um contexto de aplicação de um tratado para evitar a dupla tributação. E, a duas, porque a reação de cada um dos poderes a uma norma geral antielisiva doméstica terá impactos sobre um tratado em que se pretende incluir uma cláusula do tipo PPT.

Em segundo lugar, no CARF, não há consenso quanto à aplicabilidade ou não do parágrafo único do art. 116 do CTN. Há até uma decisão da Primeira Turma rejeitando expressamente a sua aplicação, sob os argumentos de que (1) esse dispositivo não seria propriamente uma norma geral antielisiva, mas antidis-

³⁰ Uma das conclusões do Relatório Geral do Congresso da IFA de Oslo de 2002 (tema “forma e substância no direito tributário”) foi de que, na ausência de norma geral antielisiva positivada, os fiscos recorrem a conceitos civilistas (abuso e fraude à lei, principalmente) ou construções jurisprudenciais (ausência de propósito negocial, substância sobre a forma, realidade econômica etc.). ZIMMER, Frederik. IFA General Report: Form and Substance in Tax Law’ in Cahiers de Droit Fiscal International. IFA, 2002, v. 87A, p. 30-31.

³¹ O poema “No meio do caminho” foi publicado em julho de 1928 no número 3 da *Revista de Antropofagia*, dirigida por Oswald de Andrade. Foi republicado em 1930: *Alguma Poesia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

³² ROSENBLATT, Paulo; COSTA, Gustavo Cavalcanti. *MP 685 criminaliza qualquer forma de planejamento tributário lícito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-02/mp-685-criminaliza-qualquer-forma-planejamento-tributario-licito>. Acesso em: 12 out. 2017.

simulação, embora não se tenha feito uma adequada e precisa diferenciação entre esses institutos, se é a dissimulação, não é hipótese de abuso e, portanto, um ato elisivo (provavelmente, confundiu-se simulação e dissimulação); e (2) um ato de infração não poderia se fundamentar apenas em tal regra para desconsiderar ato ou negócio jurídico³³. Porém, há inúmeros julgados em sentido oposto, aplicando explícita ou implicitamente tal dispositivo, ou algum conceito civilista ou doutrina antielisiva, sem qualquer critério de uniformidade, o que já foi tratado em artigos anteriores³⁴.

E a tríade se completa, em terceiro lugar, com a incerteza do recém-iniciado julgamento, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, da ADI n. 2.446/DF, no qual se questiona a constitucionalidade do parágrafo único do art. 116 do CTN.

A ministra relatora, Cármen Lúcia, em voto sucinto, votou pela constitucionalidade do dispositivo. Por meio de uma interpretação sistemática do CTN, concluiu pela ausência de ofensa ao princípio da legalidade e da tipicidade tributárias, ou da vedação de tributação por analogia. Afirmou que restaram incólumes o art. 108, § 2º, o art. 110 e o art. 114 do CTN, não alterados, portanto, pela Lei Complementar n. 104/2001, de modo que rejeitou a possibilidade de tributação por analogia ou a utilização da técnica da interpretação econômica do fato gerador.

Por um lado, confirmou corretamente o direito do contribuinte à liberdade negocial, isto é, o direito constitucional de se auto-organizar ou de se planejar legitimamente para evitar a ocorrência do fato gerador ou para se beneficiar de alternativas mais vantajosas claramente previstas na legislação e por ela autorizadas. Segue trecho destacado:

“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, e, assim, deixando de pagar tributos quando não configurado fato gerador cuja ocorrência tenha sido lícitamente evitada”.

Contudo, por outro lado, o voto da ministra Cármen Lúcia fulmina o dispositivo em questão, negando a sua caracterização como uma norma geral antielisiva, a despeito da sua exposição de motivos assim o afirmar inequivocamente, reduzindo-o a uma mera norma antievasiva e nada mencionando que essa regra já era existente na redação original do art. 149 do CTN. A manter esse tipo de entendimento, o dispositivo se torna redundante e desprovido de função. Veja-se:

³³ CARF. Recurso de ofício n. 11065.724114/201503. Relator: Conselheiro Ogassawara de Araújo Branco, j. 27.08.2018.

³⁴ A esse respeito, *vide*: ROSENBLATT, Paulo; MOREIRA, Gabriel Eugênio Barreto. Op. cit., p. 501-526. ROSENBLATT, Paulo; SANTOS, Pedro Henrique Ramos Coutinho. O alcance da Ação 6 do BEPS nos Tratados para Evitar a Bitributação do Brasil: um cenário incerto. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, n. 4, 2018, p. 244-261.

“Em razão dessa exposição de motivos, a norma em questão veio a ser apelidada, por muitos doutrinadores, de ‘norma geral antielisão’.

[...]

A despeito dos alegados motivos que resultaram na inclusão do parágrafo único ao art. 116 do CTN, a denominação ‘norma antielisão’ é de ser tida como inapropriada, cuidando o dispositivo de questão de norma de combate à evasão fiscal”.

Essa decisão mantém a dúvida quanto à compatibilidade de uma norma geral antielisiva com o sistema constitucional tributário brasileiro, já que simplesmente tergiversou e negou o caráter antielisivo ao parágrafo único do art. 116 do CTN.

A esse respeito, cumpre transcrever e subscrever integralmente os seguintes comentários recentes de Hamilton Dias de Souza e Hugo Funaro³⁵:

“Todavia, a conclusão de que a norma do parágrafo único do artigo 116 do CTN seria válida porque se limitaria ao combate de práticas ilícitas verificadas após a ocorrência do fato gerador (evasão fiscal) contraria não só o espírito [1] como a letra do referido dispositivo, que indicam claramente ter sido permitido ao Fisco desconsiderar os efeitos jurídicos de atos e negócios jurídicos praticados antes do fato gerador (elisão fiscal), a fim de submetê-los a regime tributário diverso do que lhes seria normalmente aplicável.

Afinal, se de evasão se tratasse, não haveria necessidade de qualquer outro procedimento além daqueles já previstos na legislação tributária, para que o lançamento fosse efetuado ou revisto pela autoridade fiscal, em vista da realidade dos fatos, como se verifica nos casos de dolo, fraude ou simulação, que são figuras amplamente conhecidas e tipificadas há décadas, tanto pelo CTN (artigos 149, VII, 150, § 4º, 154, parágrafo único, 155, I e 180, I), quanto pela legislação penal (Lei n. 8.137/1990, artigos 1º e 2º). Nesses casos, a autoridade administrativa deverá, sob pena de responsabilidade funcional (CTN, artigo 142), rever o lançamento sempre que constate que o ato ou negócio jurídico declarado pelo contribuinte não se verificou de fato, como se dá na simulação relativa (CTN, artigo 149, VII). Já nos casos do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, admite-se que o ato ou negócio jurídico seja exatamente aquele declarado pelo contribuinte, autorizando-se, todavia, a desconsideração de seus efeitos, se e quando as circunstâncias revelarem alguma ‘anormalidade’ na sua prática.

Vale dizer, enquanto o artigo 149 do Código Tributário Nacional determina a correta qualificação do fato ocorrido no mundo fenomênico, falseada mediante dolo, fraude ou simulação, o parágrafo único do artigo 116 autoriza a alteração dos efeitos do fato corretamente qualificado, quando atos ou negócios jurídicos sejam utilizados como meio para elidir o tributo que o Fisco considere devido, em razão de normas aplicáveis a situações equivalentes, o que supõe aplicar ao fato A normas previstas para o fato B, em função de critérios preestabelecidos que permitam aproximar as situações. Assim, não há de cogitar-se de ‘evasão’ nos casos

³⁵ DIAS DE SOUZA, Hamilton; FUNARO, Hugo. Op. cit., 2020.

de ‘desconsideração’, senão quando adotado ardid para não pagar tributo decorrente da requalificação da operação.

É por essa razão que foi outorgada competência à lei ordinária (emanada por cada um dos entes tributantes interessados) para estabelecer os ‘procedimentos’ necessários para que a autoridade fiscal possa ‘desconsiderar’ (desprezar) os regulares efeitos dos atos e negócios praticados pelos contribuintes, exclusivamente para fins tributários. Além de assegurar o devido processo legal formal, a função da lei ordinária seria indicar os critérios (jurídicos/econômicos) a serem observados pela autoridade administrativa para identificar ‘planejamentos fiscais abusivos’ e, assim, desconsiderar seus efeitos tributários, para aplicar aos fatos outro regime tributário, obviamente, mais gravoso.

Essa conclusão se impõe, pois a aceitação da tese de que a Lei Complementar n. 104/2001 tenha objetivado combater a evasão fiscal implicaria admitir a tese (absurda) de que o Fisco estivesse impedido de lavar autos de infração fundados na prática de atos fraudulentos ou simulados, já que, como bem observado no voto da ministra Cármen Lúcia, ‘a plena eficácia da norma depende de lei ordinária para estabelecer procedimentos a serem seguidos’, porém, ela ‘pende, ainda hoje, de regulamentação’.

Aliás, as tentativas frustradas da União de ‘regulamentar’ o parágrafo único do artigo 116 do CTN evidenciam que o dispositivo sempre foi tido e havido como uma ‘norma geral antielisão’, destinada a desconsiderar os efeitos tributários de planejamentos fiscais tidos por ‘abusivos’, conforme critérios definidos pelo próprio ente tributante e que variaram no tempo, como se verifica das Medidas Provisórias n. 66/2002 e 685/2015.

[...]

Como se constata, portanto, o voto proferido pela ministra relatora da ADI 2.446 não resolve as perplexidades geradas pelo parágrafo único do artigo 116 do CTN, sendo de todo conveniente que o Supremo Tribunal Federal aprofunde a análise do dispositivo para esclarecer, de uma vez por todas, qual o limite da competência por ele atribuída à autoridade administrativa e também à lei ordinária, em face dos princípios constitucionais da legalidade/tipicidade e da função uniformizadora da lei complementar tributária. As dúvidas que persistem em torno do tema justificam, inclusive, a utilização da técnica da ‘interpretação conforme à Constituição’, de sorte a prevenir qualquer nova tentativa de ‘regulamentar’ a matéria em contrariedade aos princípios e regras nela contidos e pacificar, enfim, a controvérsia existente”.

Note-se que, seguindo-se o julgamento em questão, votaram no mesmo sentido outros quatro ministros – Marco Aurélio, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes –, tendo sido o julgamento suspenso por pedido de vistas do ministro Ricardo Lewandowsky. Note-se que já se tem um número elevado de votos para, ao tempo que mantém por constitucional o parágrafo único do art. 116 do CTN, o descaracteriza e o inutiliza por redundância. Em virtude da pandemia do coronavírus (SARS-Covid-19), as sessões têm sido virtuais, o que tem diminuído os debates, em evidente prejuízo ao contraditório. O momento não poderia ser mais inoportuno parar o julgamento em referência.

Além de impactar em um dos principais instrumentos dos últimos quase 20 (vinte) anos de combate aos planejamentos tributários agressivos ou abusivos, é muito provável que esse julgamento terá consequências concretas quanto à compatibilidade da cláusula de teste do propósito principal (PPT), em resposta ao *minimum standard* do BEPS, que está sendo vagarosamente incluída, via protocolos específicos, nos tratados para evitar a dupla tributação dos quais o Brasil é signatário.

Conclusão

Ao se falar em mundo pós-BEPS, quer-se significar, por um lado, o estado de coisas posterior à implementação, por todos os países optantes, dos *minimum standards* (parâmetros mínimos) dos 15 (quinze) planos de ações desse projeto da OCDE; e, por outro lado, que o multilateralismo é um caminho sem retorno para atingir essas metas de ações coordenadas para evitar a erosão das bases tributárias e da fuga de capitais para paraísos fiscais ou nações de tributação favorecida, resultando na dupla não tributação da renda de conglomerados de empresas multinacionais.

Isso não significa, porém, que todos os países estarão no mesmo patamar instrumental para responderem aos planejamentos tributários agressivos ou abusivos, já que a implementação desses planos de ações não está se dando no mesmo ritmo, nem de maneira uniforme. Além disso, os países são muito diversos, há interesses conflitantes entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, entre produtores e consumidores, sobretudo de tecnologia, marcas, patentes e direitos autorais.

Dentre as várias e complexas ações do BEPS, este artigo se centrou na que trata das normas gerais antielisivas – mais precisamente na contida no Plano de Ação 6 –, tanto a que imputa aos países a introdução de uma regra positivada dessa natureza no plano doméstico, como a inclusão de uma cláusula antiabuso do tipo limitação de benefícios (LoB) ou *principle purpose test* – PPT, seja por meio de um instrumento multilateral (MLI) ou seja pela alteração, através de protocolos negociados, de cada uma das centenas de tratados bilaterais para evitar a dupla tributação, para prever mecanismos voltados a evitar a dupla não tributação da renda.

O Brasil já experimentou a experiência com a inclusão no CTN de uma norma geral antielisiva, o parágrafo único do art. 116, pela Lei Complementar n. 104/2001. Em princípio, a norma trata de “finalidade”, que é um termo ambíguo, mas que não tende a conflitar com a previsão de propósito principal do PPT do BEPS. Nesse sentido, é possível compatibilizar os institutos, ainda que isso não seja um imperativo dos *minimum standard*, mas que, certamente, poderia reduzir conflitos pela similitude de abordagens no âmbito doméstico e internacional.

Contudo, a redação do parágrafo único do art. 116 do CTN é extremamente equivocada, por tratar de matéria complexa e contenciosa com reduzida densidade normativa, utilizando-se das apropriadas palavras de Hamilton Dias de Souza

e Hugo Funaro, já referidas acima. Por conta disso (mas não só por essa razão), não são poucas as críticas doutrinárias. A ausência de regulamentação, resultado de forte resistência legislativa, e a aplicação do instituto de maneira desnorteada pelo CARF criaram a falsa percepção de não se tratar propriamente uma norma geral antielisiva. Aliás, nesse caminho se iniciou o julgamento da ADI n. 2.446/DF, pelo plenário do STF: cuida-se da maior pedra nesse caminho tortuoso, voltando à paráfrase drummondiana já utilizada acima. A depender do resultado desse julgamento que se avizinha – suspenso por um pedido de vista –, pode esvaziar por completo o instituto.

Ademais, o futuro acórdão do STF tende a não ter implicações simplesmente domésticas, limitadas aos planejamentos tributários nacionais, mas impactar nos compromissos assumidos pelo Brasil quando da participação no projeto BEPS, como parceiro da OCDE. Isso porque pode minar todos os esforços para o cumprimento dos *minimum standards* do Plano de Ação 6, caso a mesma linha seja adotada, de reduzir uma norma antielisiva a uma ociosa regra antievasiva.

Assim, permanece a incerteza quanto ao alcance das normas antielisivas do tipo PPT nos tratados celebrados pelo Brasil, que decidiu não assinar o MLI, mas emendar a sua reduzida rede de tratados. O tratado Brasil-Argentina foi o primeiro a ter um protocolo para adequação ao BEPS. No entanto, seria importante ter uma definição do STF pela compatibilidade de uma norma desse gênero à Constituição Federal antes que os protocolos sejam realizados.

O governo brasileiro, por uma política fiscal internacional ambígua, não tem dado o devido encaminhamento à questão, com um criterioso debate direcionado à aprovação de uma clara e inequívoca norma geral antielisiva, utilizando-se de extenso material comparado produzido por inúmeros países, e de vasta experiência de muitas dessas jurisdições em litígios envolvendo esse tipo de normas, que resultaram na substituição ou modificação de redações problemáticas anteriores para adaptá-las às decisões judiciais, ou até para superar a jurisprudência considerada desfavorável.

Este artigo se iniciou com a metáfora de que o Brasil navega contrário à correnteza, no que se refere à internalização de normas antielisivas ou antiabuso. Para terminar, aproveitando-se o mesmo mote, cabe uma referência à música “Nem Luxo, Nem Lixo”, de Rita Lee e Roberto Carvalho, cujo refrão diz “Nessa canoa furada / Remando contra a maré / Não acredito em nada / Até duvido da fé”. Restam muitas dúvidas e pouca fé suficiente de que o país terá uma norma antielisiva de qualidade no plano doméstico, e compatível com a sua rede de tratados, para enfrentar os planejamentos tributários agressivos ou abusivos, garantindo-se, ao mesmo tempo, segurança jurídica e liberdade negocial.

Referências bibliográficas

ANDRADE, Carlos Drummond. *Alguma Poesia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

- BAISTROCCHI, Eduardo; HEARSON, Martin. Tax Treaty Disputes: A Global Quantitative Analysis. In: BAISTROCCHI, Eduardo (org.). *A Global Analysis of Tax Treaty Disputes*. Cambridge University Press, 2017.
- BAKER, Philip. Is There a Cure for BEPS? Editorial. *British Tax Review*, n. 5, 2013.
- BOWLER, Tracey. *Countering tax avoidance in the UK: Which way forward?* Londres: Tax Law Review Committee, 2009.
- BRAITHWAITE, John. A good century for tax? Globalisation, redistribution and tax avoidance. *Public Policy Research*, 2005.
- CARF. Recurso de ofício n. 11065.724114/201503. Relator: Conselheiro Ogassawara de Araújo Branco, j. 27.08.2018.
- CHRISTIANS, Allison; SHAY, Stephen. Assessing BEPS: Origins, Standards and Responses. *Cahiers de Droit Fiscal International*, 2017.
- DERZI, Misabel Abreu Machado. O princípio da preservação das empresas e o direito à economia de imposto. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2006. v. 10.
- DIAS DE SOUZA, Hamilton; FUNARO, Hugo. ADI 2.446: artigo 116, parágrafo único, do CTN é inconstitucional. *CONJUR*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-18/souza-funaro-consideracoes-adi-2446>. Acesso em: 18 jun. 2020.
- _____. A insuficiência de densidade normativa da “norma antielisão” (art. 116, parágrafo único do Código Tributário Nacional). *RDDT*, n. 146, 2009, p. 67-69.
- DUARTE FILHO, Paulo César. *Double Tax Treaties Policies of Brazil: the Brazilian Model Tax Convention*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- KREVER, Richard. General Report: GAARs. In: LANG, Michael (org.). *GAARs – a key element of tax systems in the post-BEPS world*. Amsterdam: IBFD, 2016.
- LANG, Michael (org.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*. Amsterdam, IBFD, 2016.
- MICHEL, Bob. Anti-Avoidance and Tax Treaty Override: Pacta Sunt Servanta? *European Taxation*, IBFD, set./2013.
- MORENO, Andrés Báez. GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? *Intertax*, 2017.
- OCDE. *BEPS – Final Report, Action 1*. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps-2015-final-reports.htm>. Acesso em: 31 jul. 2018.
- O’SHEA, Tom. *EU tax law and double tax conventions*. Londres: Avoir Fiscal, 2008.
- PALMITESSA, Elio Andrea. Interplay Between the Principal Purpose Test in the Multilateral BEPS Convention and the Beneficial Ownership Clause as Treaty Anti-Avoidance Tool Targeting Holding Structures. *Intertax*, 2018.
- PIANTAVIGNA, Paolo. Tax Abuse and Aggressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD Are Establishing a Unifying Conceptual Frame-

- work in International Tax Law, despite Linguistic Discrepancies. *World Tax Journal*, 2017.
- ROCHA, Sérgio André. *Brazil's Internacional Tax Policy*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- _____. Treaty Shopping e a cláusula de beneficiário efetivo nas convenções sobre a tributação da renda e do capital celebradas pelo Brasil. In: VASCONCELOS, Roberto (coord.). *Estudos avançados de direito tributário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- ROLIM, João Dácio. The General Anti-Avoidance Rule: Its Expanding Role in International Taxation. *Intertax*, 2016.
- _____; ROSENBLATT, Paulo. Dez Anos da Norma Geral Antielisiva no Brasil. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 197, 2012, p. 86-89.
- ROSENBLATT, Paulo. *General antiavoidance rules for emerging developing countries: a comparative taxation approach*. Roterdã: Kluwer Law International, 2015.
- _____. A possibilidade de aplicação imediata pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal da Norma Geral Antielisiva (Artigo 116, Parágrafo único, do Código Tributário Nacional). *Revista do Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco*, v. 7, 2012, p. 55-96.
- _____. Normas gerais antielisivas como princípio de direito internacional: os desafios do Brasil em se compatibilizar ao BEPS. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, 2017.
- _____. Norma Geral Antielisiva e o *Principle Purpose Test* (Ação 6 do BEPS) na Política Internacional Tributária do Brasil. In: TEIXEIRA, Alexandre Alk mim (org.). *Plano BEPS*. Belo Horizonte: Forum, 2019. v. 1.
- _____; COSTA, Gustavo Cavalcanti. *MP 685 criminaliza qualquer forma de planejamento tributário lícito*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-02/mp-685-criminaliza-qualquer-forma-planejamento-tributario-licito>. Acesso em: 12 out. 2017.
- _____; MOREIRA, Gabriel Eugênio Barreto. Nem tanto ao Céu, nem tanto à Terra: repensando a aplicação do propósito negocial a partir de uma análise da recente jurisprudência do CARF. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 43, ano 37, p. 501-526. São Paulo: IBDT, 2º semestre 2019.
- _____; SANTOS, Pedro Henrique Ramos Coutinho. O alcance da Ação 6 do BEPS nos Tratados para Evitar a Bitributação do Brasil: um cenário incerto. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, n. 4, 2018.
- _____; TRON, Manuel E. General report. Subject 1: Anti-avoidance measures of general nature and scope – GAAR and other rules. *Cahiers de droit fiscal international*, v. 103 A, International Fiscal Association, 2018.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento tributário e o “propósito negocial” – mapeamento de decisões do Conselho de Contribuintes de 2002 a 2008*. SCHOUERI, L. E.; FREITAS, R. (ed.). São Paulo: Quartier Latin, 2010.

- _____; BARBOSA, Mateus Calicchio. Chapter 6 Brazil. In: LANG, Michael (org.). *GAARs – A Key Element of Tax Systems in the Post-BEPS World*. Amsterdã: IBFD, 2016.
- _____; GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Interpretative and Policy Challenges Following the OECD Multilateral Instrument (2016) from a Brazilian Perspective. *Bulletin For International Taxation*, v. 71, 2017.
- SCHWARZ, Jonathan. The eye of the needle: Is one of your purposes tax avoidance? *Kluwer International Tax Blog*. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2020/05/26/the-eye-of-the-needle-is-one-of-your-purposes-tax-avoidance/>. Acesso em: 26 maio 2020.
- TAVARES, Romero J. S. Política Tributária Internacional – OCDE, BEPS e G20: como defender os interesses do Brasil? *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, n. 127, abr.-maio-jun./2016.
- UTUMI, Ana Cláudia. *Planejamento tributário: quais são os limites?* Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abdf/planejamento-tributario-quais-sao-os-limites-25112019>. Acesso em: 25 nov. 2019.
- VANISTENDAEL, Frans. Is Tax Avoidance the Same Thing under the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan, National Tax Law and EU Law? *Bulletin for International Taxation*, IBFD, mar./2016.
- ZIMMER, Frederik. *IFA General Report: Form and Substance in Tax Law*. *Cahiers de Droit Fiscal International*, v. 87A, IFA, 2002.

Post-BEPS: the Status Quo Regarding the Implementation of the Minimum Standards and Other Related Issues

Craig West

Associate Professor (University of Cape Town). Managing Editor of IBFD's World Tax Journal and IBFD's Doctoral Series. PhD, CA (SA), CA (ANZ), Master Tax Practitioner (SA).

Abstract

This brief paper concerns mainly the South African response to the BEPS minimum standards and related issues such as the MLI. While the South African position is the main focus of this paper, the influence of the OECD actions and MLI on the ATAF tax treaty model will also be covered as a possible future influencing factor on tax treaty policy in the African region. It will further be observed that much of South Africa's actions have been on a unilateral basis in the domestic law. The treaty changes have been limited as the MLI is not yet ratified in South Africa, but problems may be on the horizon.

Keywords: BEPS, minimum standards, South Africa, domestic tax law, Multilateral Instrument (MLI), ATAF.

1. Introduction

This paper has focussed on the actions taken by South Africa in response to the BEPS minimum standards mainly. While actions have been taken with respect to other BEPS Actions as well, these are not included in the scope of this paper. As a result, the attention is on the following minimum BEPS standards:

- (1) Action 5 – Harmful Tax Practices;
- (2) Action 6 – Countering Tax Treaty Abuse;
- (3) Action 13 – Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting;
- (4) Action 14 – Improving Dispute Resolution Procedures.

Many of the actions undertaken by South Africa, have been implemented through the domestic tax law. The extent to which South Africa has implemented the minimum standards has also been the subject of OECD Peer Review Reports¹.

¹ OECD. Making dispute resolution more effective – MAP peer review report, South Africa (Stage 1): Inclusive Framework on BEPS: Action 14. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2019. Available at: <https://doi.org/10.1787/3f820b8e-en>; OECD. Harmful tax practices – 2018 Peer review reports on the exchange of information on tax rulings: Inclusive Framework on BEPS. Action 5, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2019. Available at: <https://doi.org/10.1787/7cc5b1a2-en>; OECD. Country-by-country reporting – Compilation of peer review reports (phase 1): Inclusive Framework on BEPS: Action 13. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2018. Available

South Africa is also a signatory to the Multilateral Instrument², but is yet to ratify the instrument and deposit/ confirm its final reservations and notifications³. The MLI process is paused in South Africa. The reasons may be many, but certainly before signature, the Standing Committee on Finance had called a deeper investigation into the economic implications that the MLI would have on South Africa. Such investigation was to be undertaken by National Treasury together with the Parliamentary Budget Office, but as yet nothing in the public domain indicates that such analysis has been undertaken or reported⁴. The actions taken by South Africa in a treaty context are therefore limited to its actual tax treaty practice.

Perhaps more profound has been South Africa's engagement in the OECD Global Forum work, and in terms of which it has been subject to a number of the peer reviews⁵. This has facilitated South Africa's active participation in the Automatic Exchange of Information (AEOI) and Country-by-Country (CbC) initiatives. Much of the action taken by South Africa has therefore been on the compliance aspects.

Around the same time as the BEPS project was being undertaken and the reports published by the OECD, National Treasury in South Africa constituted the "Davis Tax Committee" to "inquire into the role of the tax system in the pro-

at: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264300057-en>; and OECD. Country-by-country reporting – Compilation of peer review reports (phase 2): Inclusive Framework on BEPS: Action 13. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2019. Available at: <https://doi.org/10.1787/f9bf1157-en>.

² OECD. Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting. *Treaties & Models IBFD*, 7 June 2017 [hereinafter null Multilateral Convention (MLI)].

³ The Reservations and Notifications submitted at the time signature on 7 June 2017 have not been updated and are available at: <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-ml-position-south-africa.pdf>.

⁴ See HATTINGH, Johann; and WEST, Craig. South Africa. In: DUFF, D.; and GUTTMANN, D. (ed.). Reconstructing the treaty network. *Cahiers de Droit Fiscal International* v. 105a, The Hague, IFA, 2020, and also WEST, Craig; and HATTINGH, Johann. Implementing the Multilateral Instrument in South Africa. In: LANG, M. et al. *Mission completed?: the implementation and lasting effects of the Multilateral Instrument*, IBFD (forthcoming), 2020.

⁵ OECD. Making dispute resolution more effective – MAP peer review report, South Africa (Stage 1): Inclusive Framework on BEPS: Action 14. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2019. Available at: <https://doi.org/10.1787/3f820b8e-en>; OECD. Harmful tax practices – 2018 Peer review reports on the exchange of information on tax rulings: Inclusive Framework on BEPS. Action 5, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2019. Available at: <https://doi.org/10.1787/7cc5b1a2-en>; OECD. Country-by-country reporting – Compilation of peer review reports (phase 1): Inclusive Framework on BEPS: Action 13. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2018. Available at: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264300057-en>; and OECD. Country-by-country reporting – Compilation of peer review reports (phase 2): Inclusive Framework on BEPS: Action 13. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2019. Available at: <https://doi.org/10.1787/f9bf1157-en>.

motion of inclusive economic growth, employment creation, development and fiscal sustainability. The committee will take into account recent domestic and international developments and, particularly, the long term objectives of the National Development Plan”⁶. This committee also undertook a review of the BEPS Actions and made specific recommendations with respect to South Africa. These recommendations are discussed where appropriate (as some have been since superseded by actions undertaken).

Based on the level of action undertaken by South Africa, this paper has been structured to first consider Action 13, then Action 14 before considering Actions 6 and 5.

2. Action 13 with respect to transfer pricing documentation and country-by-country reporting

2.1. Transfer pricing actions at the domestic level

Following the Action 13 BEPS report⁷, the transfer pricing legislation and guidance has undergone some revisions. The initial guidance on the application of the transfer pricing provision was issued as a practice note on 6 August 1999⁸. Despite various amendments made to the transfer pricing legislation, the practice note was not updated⁹. An addendum was issued on 29 September 2005¹⁰ confirming that taxpayers were under no obligation to prepare or submit a transfer pricing policy document.

In 2012, the Tax Administration Act 28 of 2011 came into force, consolidating the tax administrative provisions of various fiscal Acts. It was in terms of this Act, and despite the fact that the Addendum to PN 7/1999 was not withdrawn, that the new documentation requirements were issued for years of assessment

⁶ See DAVIS TAX COMMITTEE. Terms of Reference. Available at: <https://www.taxcom.org.za/docs/Davis%20Tax%20Committee%20Terms%20of%20Reference.pdf>.

⁷ OECD. Transfer pricing documentation and country-by-country reporting, Action 13 – 2015 Final Report. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015. Available at: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241480-en>.

⁸ REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. SARS. *Section 31 of the Income Tax Act, 1962 (the Act): determination of the taxable income of certain persons from international transactions: transfer pricing*. 6 August 1999. Available at: <https://www.sars.gov.za/AllDocs/LegalDoclib/Notes/LAPD-IntR-PrN-2012-11%20-%20Income%20Tax%20Practice%20Note%207%20of%201999.pdf>.

⁹ The Davis Tax Committee recommended that this Practice Note be urgently updated, but this has not, to date, been issued. See DAVIS TAX COMMITTEE. Second and final report on Base Erosion and Profit Shifting: for the Minister of Finance, 2016. p. 71, 73. Available at: https://www.taxcom.org.za/docs/New_Folder3/10%20BEPS%20Final%20Report%20-%20Actions%208,%209,%2010%20and%2013.pdf.

¹⁰ REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. SARS. *Section 31 of the Income Tax Act, 1962 (the Act): transfer pricing: addendum to SARS Practice Note 7 dated 6 August 1999: submission of transfer pricing policy document*. 29 September 2005. Available at: <https://www.sars.gov.za/AllDocs/LegalDoclib/Notes/LAPD-IntR-PrN-2012-12%20-%20Addendum%20to%20Income%20Tax%20Practice%20Note%207%20of%201999.pdf>.

ending on or after 1 October 2016¹¹. The date of these documentation requirements is telling, being shortly after the BEPS Action reports. It has a direct link to the BEPS Action report.

Perhaps in keeping with the principle in the addendum to PN 7/1999 that: “it is not expected of taxpayers to go to such lengths that the compliance costs related to the preparation of documentation are disproportionate to the nature, scope and complexity of the international agreements entered into between the taxpayers and connected persons”, the reporting requirements were only applicable to persons that had:

- (a) entered into a potentially affected transaction; and
- (b) where the absolute potentially affected transactions for the year of assessment exceeded or was reasonably expected to exceed R100 million (just more than USD 5,6 million at the time of writing).

Detailed records were also required where any affected transaction would exceed R 5 million (at the time of writing approximately USD 284,000).

While this set the domestic transfer pricing documentation standard, changes were also made between 2014 to 2016 to the Tax Administration Act, to facilitate automatic exchange of information and the CbC reporting¹².

All of the above requirements were considered to be in addition¹³ to any CbC reporting requirements (which were issued only later¹⁴). Despite the low local reporting thresholds, the CbC thresholds were retained at the proposed OECD levels of 750 million EUR.

Recognising the difficulties in applying transfer pricing from a developing country perspective, SARS currently have just closed a tender process for the de-

¹¹ REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. SARS. Duty to keep the records, books of account or documents in terms of Section 29 of the Tax Administration Act, 2011 (Act. No. 28 of 2011). *Government Gazette* v. 616, n. 40375 (28 Oct. 2016) (the Notice). Available at: <https://www.sars.gov.za/All-Docs/LegalDoclib/SecLegis/LAPD-LSec-TAdm-PN-2016-05%20-%20Notice%201334%20GG%2040375%2028%20October%202016.pdf>.

¹² See in particular the amendments to section 1 (“international tax agreement” and “international tax standard”); section 3(3)(2)(j) and section 3(3)(a) and (b) of the Tax Administration Act 28 of 2011.

¹³ For more on the detail of these changes, see MÖLLER, Louise. Recent developments in transfer pricing documentation requirements. *International Transfer Pricing Journal* v. 24, n. 2, Journals IBFD, 2017, in which she states: “although there is significant overlap between the BEPS Action 13 master and local file recommendations and the document retention requirements set out in the Notice, the requirements included in the Notice are in addition to any filing obligation and, in certain respects, do exceed the recommendations put forward by the OECD. Depending on the nature of the transactions undertaken by the taxpayer, the Notice could represent a significant increase in transfer pricing compliance obligations (and associated cost of compliance) of a South African multinational”.

¹⁴ REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. SARS. Regulations specifying the country-by-country reporting standard for multinational enterprises. *Government Gazette* n. 40516, 23 December 2016.

velopment of a comparability tool, the stated objective in the tender presentation being for the bidder to deliver:

- “A complete end-to-end solution which can provide reliable comparable data for all different types of affected transactions applying all the OECD recognized methods;
- Software used locally and internationally by tax administrations, multilateral organisations such as the OECD and multinational companies;
- Produce benchmark studies that can be defended in court or during litigation and audits;
- A database that encompasses all industry types on a global basis;
- Public and private company data, which include updated financial information;
- Industry wide searches;
- Comprehensive corporate structures which will assist in determining independence of the companies;
- Comprehensive and reliable data for pricing intra group licensing agreements (royalties), through application of the CUP;
- Comprehensive and reliable data for pricing all major commodities, through application of the CUP;
- Comprehensive and reliable data for pricing intra group financial assistance, which should include credit ratings, financing terms, currencies, interest rates, collateral and repayment terms, through application of the CUP; and
- Comprehensive and reliable data for determining independent arm’s length profit margins, through application of the RPM, CPM and TNMM for benchmarking intra group services and the manufacturing and distribution of goods”¹⁵.

2.2. CbC reporting in South Africa

South Africa had already signed and ratified the “Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, as Amended by the Provisions of the Protocol Amending the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, which entered into force on 1st June 2011”¹⁶. This agreement entered into force in South Africa on 1 March 2014.

¹⁵ The tender presentation may be found at: <http://www.sars.gov.za/AllDocs/Embargo/Tenders/SARS-Tend-RFP31-2019-01%20-%20NON-COMPULSORY%20BRIEFING%20SESSION%20PROVISION%20OF%20THE%20TRANSFER%20PRICING%20BENCHMARKING%20TOOL%20-%202011%20August.pptx>.

¹⁶ South Africa’s version (including its notifications under the agreement) may be found at: <https://www.sars.gov.za/AllDocs/LegalDoclib/Agreements/Multilateral%20Convention%20of%20MAA%20in%20Tax%20Matters.pdf>.

Following the Action 13 report, South Africa signed the Multilateral Competent Authority Agreement on the Exchange of Country-by-Country Reports on the 27 January 2016 and, by 26 May 2016¹⁷, had signed a Bilateral Competent Authority Agreement with the United States of America (USA)¹⁸ respectively for the automatic exchange of CbC Reports between South Africa and the other signatories under these treaties. Prior to these dates, South Africa had already been engaging in the automatic exchange of information with the USA in terms of the IGA facilitating the FATCA legislation. The only other bilateral Competent Authority Agreements concluded are those with Hong Kong (one in October 2017 and another in November 2018)¹⁹.

South Africa has been responding the continuously expanding list of countries to receive reports from South Africa and from which reports are to be received. The expansion is telling when the draft lists, published by SARS for comment with reference to Article 2(2)(ii)(b) of the CbC Regulations are examined. The jurisdictions having both an international agreement with South Africa (be that a Tax Information Exchange Agreement or a Convention for the Avoidance of Double Taxation on Income) as well as a Qualifying Competent Authority Agreement at 31 August 2017 numbered on 28 countries. By 21 May 2020, the list stood at 71 (of which some States deliver CbC reports to South Africa on a non-reciprocal basis).

South Africa is highly engaged in the CbC process.

Like many other emerging economies, South Africa had suggested that it would seek disclosure of additional information beyond that required in relation to related party transactions (especially concerning royalties, interest and service fees)²⁰, but this was ultimately not done in the context of the CbC reports, but rather in terms of domestic requirements²¹.

¹⁷ Reference to the date of signing this agreement can be found in the “External business requirements specification: country- by- country and financial data reporting” at page 14 (available at: <https://www.sars.gov.za/AllDocs/LegalDoclib/Agreements/LAPD-IntA-EIA-CBC-2017-03%20-%20Final%20BRS%20on%20the%20OECD%20CbC%20Reporting.pdf>) and confirmed in the “Summary of all Country by Country Reports (CbC) Bilateral Competent Authority Agreements” (available at: <https://www.sars.gov.za/AllDocs/LegalDoclib/Agreements/LAPD-IntA-EIA-CBC-2017-01%20-%20Status%20Summary%20of%20all%20CBC.pdf>).

¹⁸ This agreement may be found at: <https://www.sars.gov.za/AllDocs/LegalDoclib/Agreements/LAPD-IntA-EIA-CBC-2017-02%20-%20USA%20and%20SA%20CAA.pdf>.

¹⁹ See in “Summary of all Country by Country Reports (CbC) Bilateral Competent Authority Agreements” (available at: <https://www.sars.gov.za/AllDocs/LegalDoclib/Agreements/LAPD-IntA-EIA-CBC-2017-01%20-%20Status%20Summary%20of%20all%20CBC.pdf>).

²⁰ See DE BRUYN, Chris; and MÖLLER, Louise. South Africa. In: ROCHA, S. André (ed.). The future of transfer pricing. *Cahiers de Droit Fiscal International* v. 102b, The Hague, IFA, 2020, p. 705, and also DAVIS TAX COMMITTEE. Second and final report on Base Erosion and Profit Shifting: for the Minister of Finance, 2016, p. 71. Available at: https://www.taxcom.org.za/docs/New_Folder3/10%20BEPS%20Final%20Report%20-%20Actions%208,%209,%2010%20and%2013.pdf.

²¹ See DE BRUYN; MÖLLER. Op. cit. for more.

3. Action 14 with respect to improving dispute resolution procedures

South Africa has been engaging in activities associated with Action 14. It has further been the subject of the Stage 1 MAP Peer Review Report in terms of this process²². In the report (approved by the Inclusive Framework on 8 May 2019), it notes: “South Africa has an established MAP programme and has modest experience with resolving MAP cases”.

In a response to Action 14 (and possibly the pended peer review or during the peer review), SARS issued, on 25 July 2018, the first “Guide on Mutual Agreement Procedures”²³ as a step towards meeting the BEPS minimum standard²⁴. Later, SARS also issued the Minimum Information Requirements for MAP Requests. This later document seems to be in response to the number of MAP requests for which the Competent Authority denied access to MAP (which was a much higher proportion than in other countries at 37% in 2017)²⁵. This should also be taken in the context that the MAP caseload in South Africa is small relative to other countries and so small changes move the percentages significantly. In the official OECD MAP statistics for 2018, a dramatic improvement in some areas of MAP performance by South Africa could be observed, especially in the case acceptance rate²⁶. These improvements were not tied to whether a tax treaty is a MLI covered agreement or not but applied across the spectrum. It was an example of how a reservation on the MLI correlated to a corresponding impact on the administration of all South Africa’s tax treaties²⁷.

Like many countries, South Africa did not opt for the MLI’s optional clauses on Mandatory Binding MAP²⁸. Arbitration following failed MAP proceedings may only be found in three²⁹ of South Africa’s tax treaties. On an international

²² OECD. Making dispute resolution more effective – MAP peer review report, South Africa (stage 1): Inclusive Framework on BEPS: Action 14. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2019. Available at: <https://doi.org/10.1787/3f820b8e-en>.

²³ The current version of the guide may be found at: <https://www.sars.gov.za/AllDocs/OpsDocs/Guides/LAPD-IT-G24%20-%20Guide%20on%20Mutual%20Agreement%20Procedures.pdf>.

²⁴ See at: <https://www.sars.gov.za/AllDocs/LegalDoclib/Agreements/LAPD-IntA-DTA-2015-03%20-%20Minimum%20Information%20Requirements%20for%20MAPs.pdf>.

²⁵ In 2017, South African competent authorities denied access to MAP in 37% of cases compared to the global average of 6% (see OECD. South Africa – 2017 MAP Statistics. Available at: <http://www.oecd.org/tax/dispute/2017-MAP-Statistics-South-Africa.pdf>).

²⁶ In 2018, South African competent authorities, for example, denied 0% of cases for MAP access (see OECD. MAP Statistics 2018 South Africa. Available at: <http://www.oecd.org/tax/dispute/2018-map-statistics-south-africa.pdf>), compared to 37% of cases in 2017 (above at n. 62).

²⁷ HATTINGH, Johann; and WEST, Craig. South Africa. In: DUFF, D.; and GUTTMANN, D (ed.). Reconstructing the treaty network. *Cahiers de Droit Fiscal International* v. 105a, The Hague, IFA, 2020, p. 757.

²⁸ HATTINGH, Johann; and WEST, Craig. South Africa. In: DUFF, D.; and GUTTMANN, D (ed.). Reconstructing the treaty network. *Cahiers de Droit Fiscal International* v. 105a, The Hague, IFA, 2020, p. 757.

²⁹ Convention between Canada and the Republic of South Africa for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income, art. 24. *Treaties & Models*

stage, South Africa has reflected its non-members country position against the 2017 OECD Model to not include mandatory arbitration. However, at the regional model, South Africa has not replicated this position in both the ATAF 2019³⁰ Model as well as the SADC 2013³¹ Model. This may indicate that South Africa is willing to test the waters of mandatory arbitration at a regional level (where it is a stronger player) than to risk it all on a global stage. The reservation against mandatory tax treaty arbitration under the MLI should be understood against a general reluctance in recent years by the South African government to agree to international arbitration as a mandatory means to settle cross-border economic disputes.

It is perhaps appropriate to indicate that South Africa includes mutual agreement procedures in almost all its treaties. Some particularly old treaties do not have such a provision. South Africa has further not received any MAP applications as regards treaty abuse, at least as far as is known thus far³².

Within an African context, the success of cross border dispute resolution mechanisms may be questioned. Issues arose where African countries were levying withholdings taxes contrary to the provisions of the tax treaty and enterprises struggled to get relief in those countries. For a time, South Africa introduced a unilateral credit for such taxes, but this was unsustainable as it represented a State-authorized erosion of the South African tax base. The section was later repealed³³.

MAP proceedings in South Africa are split between Transfer Pricing matters and Other matters, indicative of the respective even case load.

MAP cases have seen an exponential increase (from 4 new cases in 2008 to 39 cases in 2015 and an overall inventory of cases rising from 2 cases in 2008 to 125 cases in 2015)³⁴. But this OECD data stands in contrast to information later

IBFD, 27 November 1995 [hereinafter Can.-S. Afr. Income Tax Treaty]; Convention between the Republic of South Africa and the Kingdom of the Netherlands for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income and on capital, art. 26. *Treaties & Models IBFD*, 10 October 2005 [hereinafter Neth.-S. Afr. Income and Capital Tax Treaty]; and Convention between the Republic of South Africa and the Swiss Confederation for the avoidance of double taxation with respect to taxes on income, art. 24. *Treaties & Models IBFD*, 8 May 2007 [hereinafter S. Afr.-Switz. Income Tax Treaty].

³⁰ ATAF Income Model Convention and Commentary (February 2019).

³¹ SADC Model Tax Agreement on Income (24 July 2013).

³² OECD. Making dispute resolution more effective – MAP peer review report, South Africa (stage 1): Inclusive Framework on BEPS: Action 14. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2019. Available at: <https://doi-org.ezproxy.uct.ac.za/10.1787/3f820b8e-en>.

³³ See more at DAVIS TAX COMMITTEE. Second and final report on Base Erosion and Profit Shifting: for the Minister of Finance, 2016, p. 71, 91-92. Available at: https://www.taxcom.org.za/docs/New_Folder3/10%20BEPS%20Final%20Report%20-%20Actions%208,%209,%2010%20and%2013.pdf.

³⁴ See the OECD MAP statistics 2006-2015 available at: <https://www.oecd.org/ctp/dispute/map-statistics-2006-2015.htm#southafrica>.

reported in the OECD peer review report for the period 2016-2017 in which the opening inventory for all MAP cases was reflected as being only 19 and the MAP Statistics reported by South Africa for the 2015 year (which reflected a closing inventory of 18³⁵ cases. It is unclear how and whether the other 106 cases were resolved or existed. Irrespective of this data, the reported ended inventory of cases for 2017 was 12 transfer pricing cases (of which 10 were pre-2016 cases and 2 post-2016 cases) and 16 other cases (of which 5 were pre-2016 cases and 11 were post-2016 cases). The other cases may rise as South Africa has the dual residence tie-breaker for non-natural persons based on mutual agreement in approximately 20 tax treaties, however, there is no indication in the public domain of resolution of dual residence through the MAP process. 90% of post 2015 MAP cases (at the time of the OECD Peer Review Report arose from only nine (mostly developed) countries.

Based on the Davis Tax Committee recommendations with respect to Action 13³⁶, some remain to be implemented. Of specific interest are the following:

- (i) Inclusion of article 9(2) in all treaties – naturally this will still require some work going forward.
- (ii) Adopt appropriate measures to publish MAP agreements reached – it is anticipated that this would be in anonymised form, but nothing appears to have been published to date.
- (iii) Implement procedures that permit, after an initial tax assessment, taxpayer requests for the multiyear resolution through the MAP of recurring issues with respect to filed tax years, where the relevant facts and circumstances are the same.

While South Africa has an advance tax ruling process, it does not provide for advance pricing arrangements, nor are transfer pricing matters permitted in the advance tax ruling process. Furthermore, no matter that is considered to be more appropriate to be considered by the competent authorities in terms of a double tax agreement may be subject to an advance tax ruling.

The OECD Peer Review Report indicated that a number of South Africa's treaties remain deficient in respect of the minimum standards, but this would be rectified either by the MLI or bilateral negotiation. These actions are yet to provide an outcome, although the report indicated that new treaties had been negotiated and signed with a number of States. South Africa further has not evidence

³⁵ See at: <https://www.oecd.org/ctp/dispute/MAP%20PROGRAM%20STATISTICS%20FOR%202015%20SOUTH%20AFRICA.pdf>.

³⁶ See more at DAVIS TAX COMMITTEE. Second and final report on Base Erosion and Profit Shifting: for the Minister of Finance, 2016, p. 71, 96-97. Available at: https://www.taxcom.org.za/docs/New_Folder3/10%20BEPS%20Final%20Report%20-%20Actions%208,%209,%2010%20and%2013.pdf.

of any MAP concerning anti-abuse provisions. Finally, South Africa does not (barring one treaty) (and will not accept under the MLI) submission of MAP requests to either Contracting State.

4. Action 5 with respect to countering harmful tax practices

The OECD's Final Report on Action 5³⁷ essentially provided:

- (a) that there should be a substantive activity requirement for IP and non-IP (preferential) regimes;
- (b) ability to provide an exchange of rulings (spontaneously) made with respect to any (potentially) harmful tax regime;
- (c) the regimes of the OECD and associate countries (of which, South Africa is classified as an associate country) should be reviewed.

To quickly dismiss (c) above, the OECD reviewed South Africa's only regime falling within the scope of the report, namely the headquarter company regime. Essentially it was found to be potentially harmful but not actually harmful³⁸. The (reciprocal) exemption of ships used in international shipping was also examined and found to not be harmful (i.e. aligned with article 8 of the OECD Model).

Despite the 2015 finding, a 2018 UN Economic Commission for Africa report stated:

“South Africa's headquarter company regime could be considered potentially harmful as controlled foreign company rules, transfer pricing rules and thin capitalization rules and some capital gains tax provisions are relaxed for headquarter companies. The Davis Tax Committee recommends that a balance be made to preserve the competitiveness of the economy and to guard against harmful tax practices (Davis Tax Committee 2014, Report on Action 5). Transparency and compulsory spontaneous exchange on special rulings regarding this regime will be required in terms of the OECD minimum standards in action 5”³⁹.

However, the OECD Peer Review Report⁴⁰ indicated that the South African regime was not a harmful tax practice. The peer review report further confirmed that South Africa's rulings and any exchange of such rulings as well as its ability

³⁷ OECD. Countering harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance. Action 5 – 2015 Final Report. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015. Available at: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241190-en>.

³⁸ OECD. Countering harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance. Action 5 – 2015 Final Report. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 64. Available at: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241190-en>.

³⁹ UN. Economic Commission for Africa. *Base Erosion and Profit Shifting in Africa: reforms to facilitate improved taxation of multinational enterprises*, 2018. p. 46.

⁴⁰ OECD. Harmful tax practices – 2018 peer review reports on the exchange of information on tax rulings: Inclusive Framework on BEPS: Action 5. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2019. p. 400. Available at: <https://doi.org/10.1787/7cc5b1a2-en>.

to facilitate spontaneous information exchange, met the minimum standard for this Action. No recommendations were made in the report.

It is perhaps unsurprising that the headquarter company regime was not found to be harmful. There has been little take up and numerous hurdles exist for such an entity (despite relation in areas such as controlled foreign companies and others). This regime was an attempt to compete against Mauritius as being the “gateway to Africa”.

Other regimes do exist, but these are noted by the Davis Tax Committee⁴¹ as being: “low risk ‘disadvantaged areas’⁴²” as discussed in the final OECD Report.

The mechanisms to facilitate the exchange of rulings are in place in South Africa, but as no potentially harmful regimes, other than the headquarter company regime, were identified, there is no real further action to be discussed in the context of this BEPS action.

5. Action 6 with respect to countering tax treaty abuse

There is much that could be said with respect to Action 6. However, the action taken by South Africa to date can essentially be summarised as follows:

- (1) Historically and currently, most of South Africa’s tax treaties already contain in the title (and in some cases the preamble) language the prevention of fiscal evasion⁴³. This is likely to continue going forward.
- (2) Despite the DTC recommending that South Africa consider the principle purpose test (PPT) plus the simplified limitation of benefits (SLOB) provisions, the MLI notifications and reservations indicate South Africa’s adoption of only the PPT.

With respect to the PPT⁴⁴ it is noted that: “The PPT under article 7(1) of the MLI will become part of South Africa’s covered tax agreements when the MLI

⁴¹ DAVIS TAX COMMITTEE. Second and final report on Base Erosion and Profit Shifting: for the Minister of Finance, 2016, p. 41, 71. Available at: https://www.taxcom.org.za/docs/New_Folder3/10%20BEPS%20Final%20Report%20-%20Actions%208,%209,%2010%20and%2013.pdf.

⁴² OECD. Countering harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance. Action 5 – 2015 Final Report. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015. Available at: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241190-en> at 65.

⁴³ See HATTINGH, Johann; and WEST, Craig. South Africa. In: DUFF, D.; and GUTTMANN, D. (ed.). Reconstructing the treaty network. *Cahiers de Droit Fiscal International* v. 105a, The Hague, IFA, 2020, p. 741, and also WEST, Craig; and HATTINGH, Johann. Implementing the Multilateral Instrument in South Africa. In: LANG, M. et al. *Mission completed?: the implementation and lasting effects of the Multilateral Instrument*, IBFD (forthcoming), 2020.

⁴⁴ This topic is covered comprehensively in HATTINGH, Johann; and WEST, Craig. South Africa. In: DUFF, D.; and GUTTMANN, D. (ed.). Reconstructing the treaty network. *Cahiers de Droit Fiscal International* v. 105a, The Hague, IFA, 2020, and also WEST, Craig; and HATTINGH, Johann. Implementing the Multilateral Instrument in South Africa. In: LANG, M. et al. *Mission completed?: the implementation and lasting effects of the Multilateral Instrument*, IBFD (forthcoming), 2020.

enters into effect. It is understood that it was agreed to because South Africa's domestic tax law contains a statutory general anti-avoidance rule, which is thought to apply to tax treaties⁴⁵ and which meant that agreeing to the PPT would not involve a change of tax policy. From a tax policy perspective, the PPT therefore seems to be more familiar than the inclusion of an additional limitation of benefits (LOB) provision⁴⁶. Further, South Africa has elected to replace the provisions of covered tax agreements that already containing a form of limitation of benefits with the PPT^{47,48}.

Of course, it is noted that South Africa has not yet ratified the MLI (and action seems to have stalled). It should further be noted that authors have pointed to numerous problems with its implementation and interpretation in South Africa.

Other aspects of treaty shopping remain. Historical low withholding rates, where protocols adjusting such rates have not been implemented by the other contracting state have led to a correct, but possible mis-use, of most-favoured nation clauses⁴⁹. Whether the outcome would have been different with a PPT provision in the treaties would remain to be seen.

6. Conclusion

Having established the status quo of the minimum standards in South Africa, one is left with many questions. Where to from here? Did any of it matter? Has it helped achieve greater tax collection? Has it prevented any tax treaty abuse? Does meeting the minimum standards achieve anything? These questions will begin to be answered as the implementation matures. It can certainly be observed that the Tax Administration matters have improved. Better information has led to better collections. Voluntary disclosure regimes set in place before automatic exchange was said to yield USD 296 million. Certainly as administrations are strengthened with compliance tools (both carrot and stick), the amounts to be validly collected may begin to match the collections. However, in other respects,

⁴⁵ For a detailed exposition of the reasons why the South African GAAR is seen to include application to an income tax treaty, see CILLIERS, C. Anti-avoidance. *Silke on International Tax*, 2018, LexisNexis On-line, at 46.31-46.42. Essentially, the GAAR as an administrative measure is not confined in its application and ranks equally with tax treaties under South Africa's constitutional arrangements.

⁴⁶ A general LOB provisions appear in very few of South Africa's tax treaties.

⁴⁷ REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. Status of list of reservations and notifications at the time of signature, 7 June 2017, p. 27. Available at: <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-ml-position-south-africa.pdf>.

⁴⁸ WEST, Craig; and HATTINGH, Johann. Implementing the Multilateral Instrument in South Africa. In: LANG, M. et al. *Mission completed?: the implementation and lasting effects of the Multilateral Instrument*, IBFD (forthcoming), 2020.

⁴⁹ See WEST, Craig. The dangers of MFN clauses. In: KEMMEREN et al. *Tax treaty case law around the globe*, IBFD (forthcoming), 2020, and HATTINGH, Johann. Commentary, *ABC Proprietary Limited v Commissioner for the South African Revenue Service*. *ITLR* v. 22, 155.

the tools provided may swing the pendulum too far, resulting in double (or more) taxation of enterprises to the detriment of economic activity. Much more needs to be done to evaluate the extent and impact of the implementation of the minimum BEPS standards, the other BEPS actions and ultimately also the MLI. It will also be a great test as to whether developed world designed solutions can be successfully applied in the developing world with equality in effectiveness. Finally, it remains to be seen as to the outcome of these measure being tested in the courts.

Ajustes Compensatórios e Secundários de Preços de Transferência e Sua Implementação Prática no Brasil

Compensating and Secondary Transfer Pricing Adjustments and its Practical Implementation in Brazil

Victor Borges Polizelli

Professor do Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Desenvolvimento do IBDT. Coordenador do Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Tributário Internacional do IBDT. Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da USP.

Resumo

Este artigo aborda as diferentes modalidades de ajustes de preços de transferência para destacar as características dos ajustes compensatórios/ajustes final de ano, bem como dos ajustes secundários, e discute as consequências e problemas fiscais normalmente decorrentes da sua adoção, incluindo impactos no valor aduaneiro e nos tributos indiretos. Depois de examinar as questões temporais dos ajustes de preços de transferência de acordo com a legislação brasileira, este artigo propõe maneiras possíveis para a implementação prática de tais ajustes no Brasil, enriquecido com exemplos de decisões recentes emitidas pelas autoridades fiscais e administrativas brasileiras tribunais.

Palavras-chave: preços de transferência, ajustes compensatórios/de final de ano, ajustes secundários, valoração aduaneira, IVA.

Abstract

This article addresses the different modalities of transfer pricing adjustments to single out the features of the compensating/year-end adjustments, as well as secondary adjustments, and discusses the tax consequences and problems normally arising from their adoption, including impacts on customs value and indirect taxes. After examining the timing issues of transfer pricing testing under Brazilian law, this article proposes possible ways for the practical implementation of such adjustments in Brazil, enriched with examples of recent decisions issued by Brazilian tax authorities and administrative courts.

Keywords: transfer pricing, compensating/year-end adjustments, secondary adjustments, customs valuation, VAT.

No Brasil, os ajustes de preços de transferência geralmente expressam correções a serem efetuadas apenas no âmbito da apuração do IRPJ e da CSLL, sem qualquer impacto na realidade comercial das transações correspondentes e sem, tampouco, afetar a apuração de PIS/COFINS e outros tributos incidentes na importação. A legislação brasileira atual não exige que os ajustes de preços de transferência ultrapassem o plano de apuração tributária para resultar na exigência de correções concretas de preço no âmbito das relações comerciais.

Ordinariamente, os ajustes de preços de transferência não causam impactos em outros tributos. Quando, num exemplo singular, o preço de R\$ 1.000 praticado numa importação de mercadoria por empresa brasileira for reputado excessivo em razão de o preço parâmetro ter sido calculado em R\$ 800, esse ajuste redutor de custo no valor de R\$ 200, decorrente da aplicação das regras de preços de transferência, não interfere na apuração de créditos de PIS/COFINS no regime não cumulativo ou de ICMS (pois tais créditos continuam a ser calculados com base no montante de R\$ 1.000), tampouco gera o direito de restituição do imposto de importação e do IPI pagos na importação porque, sobretudo, tal ajuste de preços de transferência opera apenas no plano tributário, não implicando a necessidade de repatriação do valor excessivo de R\$ 200 pago ao exterior.

Todavia, quando se implementa uma efetiva devolução desses R\$ 200 adicionais pagos ao exterior, o recebimento desse valor pela empresa brasileira pode gerar consequências tributárias. A depender do modo de implementação, essa devolução pode impactar não só a apuração de IRPJ e CSLL, mas também a apuração de tributos aduaneiros e indiretos.

Os tempos recentes têm revelado uma proliferação de normas em outros países com exigência ou permissão para que as empresas voluntariamente realizem ajustes concretos de preço ou adotem outras modalidades de transações comerciais em virtude da aplicação de normas de preços de transferência. Com efeito, normas desta natureza vêm sendo instituídas por um número crescente de jurisdições e provocam efeitos no Brasil ao gerarem direitos de recebimento de preço complementar ou obrigações de devolução de preço para as empresas brasileiras integrantes de grupos empresariais multinacionais, assim como outras variadas modalidades de transações adicionais entre as empresas, voltadas ao equilíbrio de preços e ao atendimento das regras de preços de transferência com reflexos nas transações comerciais.

É sobretudo no caso de ajustes compensatórios e secundários que se verifica essa potencial interferência das regras de preços de transferência no âmbito comercial das empresas envolvidas. A adoção de ajustes compensatórios por empresas situadas em países que os permitem justifica-se pela dificuldade de se atingir com precisão a margem de lucro (ou faixa de margem de lucro) objetivada para cada produto em cada ano. A despeito dos mecanismos que podem ser implementados para controle constante dos preços praticados, há circunstâncias que fogem ao controle das partes (p. ex., a variação cambial), de modo que o desatendimento da legislação de preços de transferência pode resultar de fatores aleatórios. Particularmente em anos de recessão, fatos completamente inesperados podem resultar em dificuldades para atingimento da margem de lucro esperada¹.

¹ VERLINDEN, Isabel; BOONE, Patrick; and DUNN, Christopher. Transfer pricing practice in an era of recession. *International Transfer Pricing Journal* v. 16, n. 5, Amsterdam: Journals IBFD, 2009, p. 328.

O ajuste compensatório se tornou bastante prestigiado por facilitar o atendimento das regras de preços de transferência. Para bem contextualizar, o ajuste compensatório é o mecanismo próprio do método da testagem de preços de transferência por meio dos resultados (*outcome-testing approach*). Os métodos de testagem *ex post* ou *ex ante* dos preços praticados são as duas modalidades admitidas pela OCDE para a análise dos preços de transferência². A incerteza que é característica do método da testagem na precificação (*price-setting approach*), que é realizada numa abordagem *ex ante*, pode ser facilmente removida no método da testagem dos resultados, porque a precisão dos resultados é garantida numa análise *ex post*, em que as informações de preços de mercado relativos ao ano já estão disponíveis³.

Esta técnica de realizar contraprestações *ex post* é realmente bastante prática e encontrou apelo e se difundiu muito rapidamente. Um ajuste compensatório, realizado quase antes do final do ano, permite que se mensure com precisão a divergência entre o lucro esperado e o realizado e se faça um pagamento adicional que ajusta os resultados das partes envolvidas. Embora bastante popular, a testagem dos resultados é criticável por se desviar do padrão *arm's length*, porque terceiros raramente entrariam num contrato que funcionasse como uma garantia do auferimento de lucro⁴.

Muitas questões surgem quando uma empresa brasileira se depara com a necessidade de receber um montante adicional de ou pagar um montante adicional a empresas relacionadas no exterior a título de ajuste compensatório de preços de transferência. O valor deve estar previsto em contrato? Quais são os requisitos formais para pagamento/ recebimento do câmbio? Que documento deve ser emitido para dar suporte ao recebimento/ pagamento (nota fiscal, *invoice*, nota de crédito, recibo)? Que descritivo deve ser colocado nesse documento? Essa alteração de preços deve impactar os documentos de importação/ exportação? O montante é tributável por ICMS, IPI, PIS, COFINS, ou gera necessidade de ajustes na

² No relatório da OCDE, as expressões são usadas para dizer respeito ao momento em que a análise de preços de transferência é realizada. Assim, uma abordagem que privilegia o momento da precificação é realizada antes dos fatos, ao passo que uma abordagem de teste dos resultados sempre acontece depois dos fatos. *Vide* itens 3.69 a 3.71 em: OECD. *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2017-en>.

³ SCHOENEBORN, Frank. Outcome testing: why year-end adjustments cannot be the first choice to bring intercompany margins to an arm's length level. *International Transfer Pricing Journal* v. 22, n. 3, Amsterdam: Journals IBFD, 2015, p. 153-155.

⁴ Programas de bonificações ou descontos subsequentes são utilizados entre terceiros para remunerar o atingimento de metas, mas é difícil imaginar um programa que premiasse uma parte pelo fato de as vendas ficarem abaixo do esperado. Terceiros agindo neste cenário já começariam a renegociar os preços ao longo do ano. SCHOENEBORN, Frank. Outcome testing: why year-end adjustments cannot be the first choice to bring intercompany margins to an arm's length level. *International Transfer Pricing Journal* v. 22, n. 3, Amsterdam: Journals IBFD, 2015, p. 154.

apuração desses e outros tributos passíveis de incidência na operação? Esse montante deve aparecer nas demonstrações financeiras? Vai impactar a avaliação empresarial de resultados e a distribuição de bônus⁵?

Essas mesmas questões se apresentam de modo similar no caso dos ajustes secundários, sobretudo quando estes demandam a implementação de uma retribuição financeira entre as partes.

Este artigo aborda as diferentes modalidades de ajustes de preços de transferência para, enfocando os ajustes compensatórios e secundários, discutir as consequências tributárias e alguns problemas normalmente decorrentes de sua adoção e apresentar possíveis caminhos para sua implementação prática no Brasil.

1. As diferentes modalidades de ajustes de preços de transferência

A terminologia dos ajustes de preços de transferência é variada e retrata diferentes etapas da correção de lucros de empresas integrantes de uma multinacional. Há quatro modalidades principais de ajustes de preços de transferência: (i) primários; (ii) compensatórios; (iii) correspondentes; e (iv) secundários. Embora o enfoque deste artigo recaia sobre os ajustes compensatórios e secundários, estes guardam estreitas relações – e podem até ser confundidos – com os ajustes primários e correspondentes. Dessa forma, justifica-se uma primeira abordagem sistemática do tema com a exposição precisa das quatro modalidades de ajustes, destacando-se também as relações entre eles.

1.1. Ajuste primário

O ajuste primário consiste no genuíno ajuste fiscal dos preços de transferência, que, atuando apenas no contexto da apuração do lucro tributável na declaração de imposto de renda, corrige os preços praticados entre empresas relacionadas para trazê-los ao patamar do padrão *arm's length*, seguindo-se os métodos válidos no país correspondente. Embora a OCDE defina o ajuste primário com referência ao padrão *arm's length*, o ajuste primário sempre opera no sentido de aumentar o lucro tributável no país correspondente.

Por definição, o ajuste primário é sempre feito pelo fisco. No Brasil, o ajuste ao lucro tributável em razão das regras de preços de transferência pode ser feito tanto pela autoridade tributária, que pode formular exigência de IRPJ/CSLL em razão da apuração de excesso de custo nas importações ou insuficiência de receitas nas exportações, quanto pelo contribuinte, que tem o direito de corrigir o lucro tributável para adequar os preços praticados aos preços parâmetros antes de

⁵ Essas e outras questões práticas interessantes são ilustradas e discutidas em: SCHOENEBOERN, Frank. Outcome testing: why year-end adjustments cannot be the first choice to bring intercompany margins to an arm's length level. *International Transfer Pricing Journal* v. 22, n. 3, Amsterdam: Journals IBFD, 2015, p. 153-155.

uma fiscalização. Quando esse ajuste é feito pelo contribuinte, ele recebe a denominação de ajuste compensatório.

No Brasil, o ajuste primário também só opera a favor do fisco, o que conduz a uma certa incoerência no discurso de adequação ao padrão *arm's length*⁶. No caso do Brasil, o ajuste primário se materializa na análise da ECF, em razão da qual o fisco pode formular o registro de uma adição na apuração do IRPJ e da CSLL, voltado a corrigir o lucro tributável mediante a eliminação de custos de importação excedentes aos preços parâmetros apurados segundo os métodos da legislação brasileira, ou ainda mediante o acréscimo às receitas de exportação, quando estas ficarem aquém do patamar mínimo demonstrado nos preços parâmetros de exportação. Outrossim, a legislação brasileira não prevê a possibilidade de se efetuarem exclusões a título de ajuste primário dos preços de transferência para reduzir as receitas de exportação ou aumentar os custos de importação⁷.

1.2. Ajuste compensatório

A expressão “ajuste compensatório” (*compensating adjustment/ year-end adjustment/ self-adjustment*) costuma ser empregada para refletir dois fenômenos próximos e, assim, carrega uma certa ambiguidade. Ela pode se referir a ajustes puramente fiscais ou a ajustes comerciais com impacto na apuração fiscal⁸. Na visão da OCDE, o ajuste compensatório consiste na possibilidade de o contribuinte reportar preços na declaração de imposto de renda que são condizentes com o padrão *arm's length*, mas que são distintos dos preços praticados na realidade. Uma tal situação evita a necessidade de ajuste primário aos preços praticados porque, justamente, tais ajustes já seriam embutidos no próprio preço dos itens transacionados⁹.

⁶ Vale ressaltar que a legislação brasileira não adota plenamente o padrão *arm's length*, mas, sim, o padrão *the house always wins*, segundo o qual se estipula um teto para as deduções na importação e um piso para a receita nas exportações. Assim, em vez de buscar encontrar o preço ou faixa de preços corretos para a transação e promover ajustes ao lucro tributável tanto para cima quanto para baixo, os ajustes de preços de transferência só operam para aumentar o lucro, e nunca para diminuí-lo.

⁷ Ao que tudo indica, esta perspectiva que apenas efetua correções fiscais aos preços quando estes aumentam a base tributável (ora apelidada de padrão *the house always wins*) é também adotada por muitos países. Vide COOPER, Joel et alii. *Transfer pricing and developing economies: a handbook for policy makers and practitioners*. Washington: The World Bank, 2016, p. 73. Esta lógica que sempre opera em favor do fisco de um dado país também se verifica na prática dos EUA. Vide artigo 1.482-1(a)(3) do CFR. Vide HILL, James. Dealing with the secondary U.S. tax consequences of transfer-pricing adjustments. *The Tax Adviser*, Jun. 2013, Durham: AICPA, 2013.

⁸ Vide COOPER, Joel et alii. *Transfer pricing and developing economies: a handbook for policy makers and practitioners*. Washington: The World Bank, 2016, p. 74. Vide também SANTORO, Emanuela. Transfer pricing and value added tax in the European Community: is there room for interaction and, if so, where? *International Transfer Pricing Journal* v. 14, n. 3, Amsterdam: Journals IBFD, 2007, p. 157-158.

⁹ Segundo reportado, a utilização deste ajuste é bastante restrita entre os países integrantes da OCDE. Vide itens 4.38 e 4.39 em: OECD. *OECD Transfer pricing guidelines for multinational enter-*

O relatório da OCDE não esclarece se os ajustes compensatórios deveriam ser refletidos na realidade comercial das transações, deixando inferir, portanto, que os ajustes compensatórios simplesmente refletem uma abordagem *ex post* dos preços de transferência. O ajuste compensatório seria, outrossim, uma consequência direta do método da testagem dos resultados (*outcome-testing approach*)¹⁰, e não haveria necessariamente um impacto na obrigação contratual subjacente estabelecida entre as partes¹¹.

Nesta perspectiva, o ajuste compensatório seria muito parecido com o ajuste primário, com as únicas diferenças de que o ajuste compensatório é realizado voluntariamente pelo contribuinte e sempre acontece numa base *ex post*.

No contexto brasileiro, o ajuste de preços de transferência pode ser feito pelo próprio contribuinte no preenchimento da ECF, e tal fato pode ser interpretado como caracterizador de um ajuste compensatório¹². No que respeita ao ajuste compensatório com retribuição financeira, não há previsão legal a esse respeito na legislação brasileira, mas tal lacuna não impede que tais compensações financeiras sejam implementadas na prática.

Nos países que permitem a adoção do método da testagem dos resultados, os contribuintes fazem o teste de preços de transferência após a ocorrência dos fatos (no final do mesmo ano ou no começo do próximo ano, mas sempre até a data de entrega da declaração) e avaliam, portanto, se os preços de transferência praticados naquele ano estão condizentes com o resultado calculado com base na amostra de preços parâmetros relativa àquele mesmo ano¹³.

Quando o ajuste compensatório extrapola o âmbito da apuração fiscal e se materializa na relação comercial das partes relacionadas, sua implementação envolverá a emissão de notas fiscais ou notas de crédito entre as empresas relacionadas e a consequente realocação de caixa entre elas. Nesse sentido, há três abordagens possíveis para a caracterização do ajuste compensatório, pois ele pode ser implementado como um verdadeiro ajuste dos preços das transações, como uma transa-

prises and tax administrations 2017. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2017-en>.

¹⁰ Vide itens 3.69 e 3.70 em: OECD. *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2017-en>.

¹¹ Vide item 1.2 em: OECD. *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2017-en>.

¹² No relatório feito pela Receita Federal brasileira à OCDE, consta que há ajustes compensatórios no Brasil e que não há obrigatoriedade de refletir tais ajustes nas demonstrações contábeis. Vide resposta à pergunta 26 em: *Brazil – Transfer pricing country profile*, out. 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-country-profile-brazil.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2020.

¹³ SILBERZTEIN, Caroline. Transfer pricing, OECD policy framework. In: BAKKER, Anuschka; and OBUOFORIBO, Belema (coord.). *Transfer pricing and customs valuation: two worlds to tax as one*. Amsterdam: IBFD, 2009. Chapter 2, item 1.6.1.

ção adicional separada (geralmente assumindo a forma de serviços de suporte de marketing), ou, ainda, ser considerado uma contribuição ou redução de capital¹⁴.

Conforme apontado na introdução, o ajuste compensatório, embora se revele um mecanismo de fácil implementação, apresenta desvios em relação ao padrão *arm's length*, de modo que o método de testagem dos resultados não deveria ser utilizado como opção de preferência na prática de empresas multinacionais. Nesse contexto de atendimento ao padrão *arm's length* segundo os parâmetros da OCDE, a despeito da praticidade do método de testagem de resultados, a primeira opção sempre deve ser por se implementar um método de testagem dos preços de transferência que preze pela estipulação adequada e prévia dos preços praticados entre unidades da multinacional¹⁵.

O tema dos ajustes compensatórios foi examinado pelo Fórum Conjunto da União Europeia sobre Preços de Transferência entre os anos de 2011 e 2014, o qual, reconhecendo potenciais problemas de dupla tributação decorrentes da adoção de abordagens distintas pelos países da União Europeia acerca do momento da condução da análise de preços de transferência (*ex ante vs. ex post*), ofereceu recomendações para a fixação de critérios rígidos e uniformes na adoção de ajustes compensatórios. A abordagem *ex ante* continua a ser a preferida, e o ajuste compensatório é visto como uma solução prática aceitável para correção *ex post* dos lucros. O contribuinte deve demonstrar que fez esforços razoáveis antes das transações para atingir um resultado *arm's length*; deve adotar o ajuste compensatório de modo simétrico nos dois países envolvidos; deve aplicar a mesma metodologia de modo consistente ao longo do tempo; e efetuar o ajuste compensatório antes da apresentação da declaração de imposto de renda. Por fim, o contribuinte deve ser capaz de explicar as razões pelas quais os resultados alcançados no ano não coincidiram com a previsão de resultados efetuada *ex ante*¹⁶. Na prática, o ajuste compensatório precisa ser justificado, mas esta não parece vir a ser uma barreira à sua adoção massiva pelas empresas¹⁷.

¹⁴ MAS, Mayra O. Lucas. Value added tax. In: BAKKER, Anuschka; and OBUOFORIBO, Belem (coord.). *Transfer pricing and customs valuation: two worlds to tax as one*. Amsterdam: IBFD, 2009. Chapter 7, item 3.2.

¹⁵ SCHOENEBOERN, Frank. Price setting: why proactive intercompany margin management is “behaving at arm’s length” and the preferred option for multinational enterprises. *International Transfer Pricing Journal* v. 22, n. 4, Amsterdam: Journals IBFD, 2015, p. 215.

¹⁶ EU Joint Transfer Pricing Forum Report on Compensating Adjustments. DOC: JTPF/009/FINAL/2013/EN. Bruxelas, Jan. 2014.

¹⁷ Conforme pontua Schoeneborn, encontrar uma resposta precisa para explicar por que os resultados previstos não se concretizaram pode ser uma tarefa difícil. Porém, na realidade, a justificativa para o desvio pode simplesmente ser a de que o plano de negócios estava tecnicamente errado e que ninguém se preocupou com isso ao longo do ano. SCHOENEBOERN, Frank. Price setting: why proactive intercompany margin management is “behaving at arm’s length” and the preferred option for multinational enterprises. *International Transfer Pricing Journal* v. 22, n. 4, Amsterdam: Journals IBFD, 2015, p. 215.

1.3. Ajuste correspondente

A seu turno, o ajuste correspondente¹⁸ consiste em mecanismo voltado ao alinhamento dos ajustes efetuados nos países dos dois contribuintes envolvidos a fim de tornar consistente a alocação de lucros nesses dois países e eliminar a dupla tributação.

O ajuste correspondente sempre decorre de um ajuste primário, e eles são realizados em países distintos buscando o alinhamento na alocação de lucros entre tais dois países e a eliminação de dupla tributação. Sendo o ajuste primário uma correção que sempre causa o aumento do lucro tributável num determinado país, o ajuste correspondente sempre corresponderá a uma diminuição do lucro tributável no outro país.

Retomando o exemplo simplista apresentado na introdução deste artigo, se uma empresa brasileira importa uma mercadoria por R\$ 1.000, a empresa relacionada exportadora terá reportado R\$ 1.000 como preço para essa transferência¹⁹. Se a autoridade fiscal do país da exportadora concluir que o preço de R\$ 1.000 não é condizente com o padrão *arm's length* e que o mais apropriado seria a cobrança de R\$ 1.100, essa diferença de R\$ 100 comporá o ajuste primário feito no país da exportadora, que aumentará o seu lucro tributável em R\$ 100.

Todavia, como o custo deduzido no Brasil continua sendo de R\$ 1.000, haverá dupla tributação, porque a empresa brasileira revendeu essa mercadoria com lucro (p. ex., com preço de R\$ 1.500), e dentro desse lucro há um valor de R\$ 100 que foi tributado no país da exportadora em razão do ajuste primário lá efetuado.

Se a exportadora estiver situada em país que tenha tratado de dupla tributação vigente com o Brasil, as autoridades fiscais dos dois países podem se comunicar e, por meio de um procedimento amigável, acordar que R\$ 1.100 é um preço *arm's length*. Nesta hipótese, caberia um ajuste correspondente ao lucro tributável no Brasil mediante o qual o custo da mercadoria importada seria registrado pelo valor de R\$ 1.100.

Naturalmente, as discussões entre os países podem resultar em um valor distinto de R\$ 1.100. Quando o exemplo acima foi apresentado na introdução, o uso de métodos brasileiros de preços de transferência tinha resultado num custo aceitável de R\$ 800 (com ajuste redutor de custo, portanto, de R\$ 200). Se as normas de um país conduzem a R\$ 1.100, e as de outro, ao montante de R\$ 800, as discussões entre os fiscos podem resultar num valor intermediário dentro dessa margem de variação.

¹⁸ O ajuste correspondente (*corresponding adjustment*) é denominado de ajuste apropriado (*appropriate adjustment*) nos comentários ao Modelo da ONU e também recebe outras denominações, como ajuste correlativo (*correlative adjustment*), ajuste colateral (*colateral adjustment*) e ajuste consequente (*consequential adjustment*).

¹⁹ Este exemplo é formulado de maneira intencionalmente simplificadora e não leva em conta divergências de moedas.

O Estado solicitado a promover o ajuste correspondente somente deve implementá-lo se, de fato, concordar com a metodologia e com o valor adotados pela empresa situada no outro país. Existe aqui um processo de convencimento entre a autoridade fiscal do país que faz o ajuste primário e aquela do país que for solicitado a conceder um ajuste correspondente²⁰.

O ajuste correspondente vem previsto no artigo 9(2) dos tratados de dupla tributação e, na prática, se implementa por meio de um procedimento amigável. Atualmente, em razão da ação 14 do projeto BEPS, a adoção de procedimentos amigáveis para fins de conceder ajustes correspondentes se tornou um padrão mínimo, de observância obrigatória por países integrantes do G20, de modo que sua adoção e implementação devem aumentar nos próximos anos²¹.

No cenário brasileiro, a implementação de ajustes correspondentes se tornou factível em função da aderência do Brasil ao projeto BEPS, cuja ação 14 conduziu à remoção das reservas brasileiras em relação ao procedimento amigável, passando-se a admitir a adoção desse instrumento para fins de concessão de ajustes correspondentes mesmo na ausência de artigo 9(2) nos tratados²². Essa possibilidade foi confirmada no manual do procedimento amigável emitido pela Receita Federal brasileira²³ e também, mais recentemente, no relatório de revisão por pares relativo ao Brasil²⁴, tornando anacrônica a reserva brasileira com relação ao artigo 9(2) nos tratados²⁵.

²⁰ Vide item 4.17 em: OECD. *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2017-en>.

²¹ A ação 14 determina aos países a adoção de procedimentos amigáveis, na forma como interpretados pelos Comentários à Convenção Modelo da OCDE, e tais comentários, desde há muito tempo, já determinaram que o procedimento amigável pode ser adotado para a concessão de ajustes correspondentes mesmo quando o respectivo tratado não contiver o art. 9(2). Vide item 1.1 em: OECD. *Making dispute resolution mechanisms more effective*. Action 14 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241633-en>. Vide também itens 11 e 12 dos comentários ao artigo 25 em: OECD. *Model tax convention on income and on capital: condensed version 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en.

²² O Brasil retirou suas posições anteriores sobre o artigo 25 (1), (2) e (3). Veja OCDE. Parágrafos 1, 2 e 3, Posições sobre o Artigo 25 (Procedimento Amigável) e seus Comentários (2014) em comparação com a OCDE. Parágrafos 1, 2 e 3, Posições sobre o Artigo 25 (Procedimento Amigável) e seus Comentários (2017). O TDT assinado com a Suíça é o primeiro que afirma expressamente essa possibilidade. Ver item 5 do Protocolo do Tratado Brasil-Suíça.

²³ Vide: http://receita.economia.gov.br/acesso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/map/manual-map_en.pdf.

²⁴ Vide OECD. *Making dispute resolution more effective – MAP peer review report, Brazil (Stage 1): Inclusive Framework on BEPS: Action 14, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD Publishing, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/12acb5ea-en>.

²⁵ Curiosamente, quando foram emitidos o Modelo do Tratado de Dupla Tributação e os Comentários da OCDE em 2017, o Brasil, ao mesmo tempo que retirou as reservas que anteriormente fazia contra a adoção de procedimento amigável em matéria de ajustes correspondentes, continuou, inexplicavelmente, a se opor à adoção do art. 9(2) nos tratados.

O modo de implementação do ajuste correspondente pode apresentar certa variação entre os países, destacando-se duas principais modalidades: uma, na qual se procede à reabertura da apuração fiscal do ano correspondente para ajustar a base tributável; e outra, na qual se concede uma desoneração com relação à parcela do lucro corretamente tributada no outro país²⁶. A primeira opção é mais comumente adotada²⁷.

1.4. Ajuste secundário

Por fim, o ajuste secundário (*secondary adjustment/ conforming adjustment*) busca retratar na prática comercial/ financeira os ajustes de preços de transferência, de modo que a empresa que tenha seus lucros revisados para baixo ou para cima receba da ou devolva à outra empresa do grupo o valor correspondente. Do ponto de vista das empresas relacionadas, as razões para a realização desse tipo de ajuste envolvem tanto a necessidade de obter coerência na apuração real dos preços praticados em determinado ano, quanto simplesmente a realocação de recursos financeiros entre tais empresas de modo coerente com a apuração de preços de transferência.

O racional para a realização do ajuste secundário é que, quando se tem um ajuste primário, a situação resultante não vai refletir o resultado que se obteria se os preços tivessem sido fixados com respeito ao padrão *arm's length*, mesmo que se faça um ajuste correspondente. Isso porque os ajustes primário e correspondente atuam apenas no plano da apuração fiscal e não afetam a alocação de dinheiros entre as empresas envolvidas. A realização de um ajuste secundário opera, portanto, no plano da apuração comercial.

Na perspectiva da legislação tributária, a presunção de ocorrência de uma transação secundária gera a oportunidade de exigir a tributação correspondente sobre tal transação. É bastante comum que os países imponham, por exemplo, a tributação de imposto de renda na fonte sobre os lucros presumidamente distribuídos ao exterior em razão do excesso de custo pago nas importações. Muitos países exigem a repatriação dos recursos como requisito para a não exigência de imposto sobre a transação secundária presumida de distribuição de dividendos. Atualmente, computa-se que 10 dos 19 países integrantes do G20 adotam ajustes secundários na sua legislação doméstica²⁸.

²⁶ Vide comentários ao art. 9(2), item 7, em: OECD. *Model tax convention on income and on capital: condensed version 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en.

²⁷ Vide item 4.34 em: OECD. *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2017-en>.

²⁸ São eles: África do Sul, Alemanha, Canadá, Coreia do Sul, EUA, França, Índia, Indonésia, Países Baixos e Turquia. Vide resposta à pergunta 27 em: *Transfer pricing country profiles*. Disponível em:

Há visões distintas sobre a forma como se deve operar essa devolução. Na prática, há situações em que as empresas efetuam o pagamento de uma quantia acumulada a título de complemento de preço (ou recebem uma quantia acumulada a título de devolução de preço), bem como situações em que este pagamento posterior pode ser implementado como um pagamento de dividendos ou *royalties* (quando a empresa que registrou lucros excessivos é filha da empresa contraparte nas transações), como um empréstimo (quando a empresa que registrou lucros excessivos é mãe ou irmã da empresa contraparte nas transações)²⁹, ou ainda como uma contribuição ao capital (quando a empresa que registrou lucros excessivos é mãe da empresa contraparte nas transações)³⁰.

Quando um ajuste é feito entre empresas irmãs, não seria absurdo conceber que teria havido hipoteticamente uma distribuição implícita de dividendos por uma das empresas ao longo da cadeia societária até encontrar um acionista comum, seguida de uma contribuição implícita ao capital social da outra empresa. Enfim, muitas transações hipotéticas podem ser concebidas, com o potencial de geração de impactos tributários em mais de uma jurisdição³¹.

1.5. Relações entre os ajustes de preços de transferência

O ajuste secundário geralmente decorre de um ajuste primário, e ambos são realizados no contexto de um único país. Outra possibilidade é que o ajuste secundário decorra de uma sequência lógica de eventos em que um ajuste primário provoca um ajuste correspondente que, por sua vez, faz surgir um ajuste secundário. A seu turno, o ajuste compensatório, quando implementado, possivelmente evita, de antemão, a própria necessidade de realização de ajuste primário.

Pode haver concomitância de ajustes secundários. A realização de um ajuste secundário no país do ajuste primário não impede a realização de ajuste secundário no outro país, tampouco determina a sua natureza. Esses dois ajustes secundários feitos em países distintos – num caso em decorrência do ajuste primário, e noutro, do ajuste correspondente – não necessariamente coincidem com relação à natureza da transação secundária que for criada, o que pode gerar o indesejado impacto de dupla tributação.

<https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-country-profiles.htm>. Acesso em: 20 jul. 2020.

²⁹ Vide comentários ao art. 9(2), item 7, em: OECD. *Model tax convention on income and on capital: condensed version 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en.

³⁰ Vide item 4.68 em: OECD. *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2017-en>.

³¹ Vide item 4.72 em: OECD. *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2017-en>.

Ambos, o ajuste secundário e o compensatório, decorrem de legislação doméstica de um determinado país que permita a sua implementação e causam a necessidade de alinhamento no outro país, sob pena de gerar dupla tributação.

O fato, por exemplo, de o ajuste compensatório evitar a realização de um ajuste primário torna o problema da dupla tributação bastante concreto, especialmente no caso brasileiro, em que há ausência de normas a respeito. O ajuste compensatório, como visto acima, pode até se confundir com um ajuste primário realizado *ex post*, sendo diferente apenas no fato de ter sido realizado pelo próprio contribuinte. Porém, conforme aponta o relatório da OCDE, um ajuste correspondente pode não ser concedido em decorrência de um ajuste compensatório, pois este não consta do artigo 9(2) dos tratados, que somente aciona o ajuste correspondente em decorrência de um ajuste feito pelo fisco³².

Assim, se uma empresa situada em país que tenha tratado de dupla tributação vigente com o Brasil fizer um ajuste compensatório a fim de evitar um ajuste primário em seu país, o fisco brasileiro não poderá ser chamado a discutir um potencial ajuste correspondente no Brasil (por meio de procedimento amigável) porque essa iniciativa de eliminação de dupla tributação só está prevista oficialmente para ocorrer em decorrência de um ajuste primário. Embora esta seja uma conclusão correta em vista de uma interpretação literal do artigo 9 dos tratados de dupla tributação, é importante considerar que os países signatários de um tal tratado estão vinculados com o ideal de eliminação da dupla tributação e devem, portanto, sempre buscar uma solução para a conciliação de ajustes compensatórios com ajuste correspondentes.

2. Consequências derivadas dos ajustes compensatórios e secundários

Como visto acima, quando a aplicação de regras de preços de transferência demonstra que houve alocação indevida de lucros entre empresas integrantes de grupos multinacionais, os ajustes compensatórios (com retribuição financeira) e secundários extrapolam o plano da apuração tributária para interferir no âmbito das transações comerciais das referidas empresas, exigindo que se efetue uma retribuição financeira entre elas para realocar o caixa das empresas ao cenário que teria resultado caso as transações tivessem sido praticadas com respeito ao padrão *arm's length*. Essas transações comerciais adicionais devem causar impactos tributários correspondentes, os quais se impõem em alguns casos mesmo quando tais transações não são implementadas.

Embora a legislação brasileira não demande a realização de retribuição financeira nos ajustes compensatórios, tampouco preveja os ajustes secundários,

³² Vide item 4.39 em: OECD. *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2017-en>.

haverá potenciais impactos tributários para empresas brasileiras que sejam contraparte em relações com países que exijam a implementação de tais ajustes nas empresas lá situadas, potencialmente causando um recebimento de valores ou a necessidade de devolução de valores pela empresa brasileira.

2.1. Presunção de dividendos, empréstimos ou contribuição de capital³³

É grande atualmente o número de países que introduziu legislação doméstica para exigir a implementação de ajustes secundários. Como consequência, a empresa que sofrer um ajuste (primário) de preços de transferência para aumentar o seu lucro pode ser obrigada a comprovar o repatriamento dessa diferença, sob pena de ver essa situação ser tratada como uma distribuição implícita de dividendos (*constructive dividends*), no que surgiria a eventual necessidade de recolhimento de imposto de renda na fonte incidente sobre a remessa.

Para retomar o exemplo discutido na introdução, se o preço numa importação de mercadoria por \$ 1.000 é reputado excessivo em \$ 200 por ter sido apurado um preço parâmetro de \$ 800, a empresa importadora terá pago \$ 200 a mais. Esse excesso de preço não será tratado como custo da mercadoria, porque apenas os \$ 800 serão dedutíveis, e caberia então questionar se os \$ 200 devem ser devolvidos/ repatriados ao país da empresa importadora, ou se deveria ser atribuída uma qualificação diferente para esse pagamento adicional. Se os \$ 200 forem tratados como dividendos, pode haver a necessidade de recolhimento de imposto de renda na fonte sobre tal remessa implícita de dividendos³⁴.

Em outros casos, a legislação pode atribuir o efeito de um empréstimo implícito, com a necessidade de cobrança de juros e a expectativa de repatriação futura do dinheiro. Todas essas medidas, que geram consequências tributárias adicionais, partem do princípio de que os preços das transações comerciais entre empresas de um grupo multinacional podem ter sido inflados para, precisamente, evitar eventual incidência tributária sobre outro negócio jurídico presumivelmente estabelecido entre as partes (relativa a dividendos, *royalties*, serviços intragrupo etc.).

Ajustes secundários também podem ser vislumbrados na legislação de alguns países para os casos de excesso de lucros. Quando uma empresa obteve mais lucros do que seria adequado em relações entre partes independentes, o excesso

³³ As considerações feitas neste tópico estão mais diretamente relacionadas ao tema dos ajustes secundários, pois estes são normalmente associados aos procedimentos aqui enfocados. De todo modo, os apontamentos que se faz adiante são também aplicáveis ao caso de ajustes compensatórios que se operacionalizem por meio desses mesmos procedimentos.

³⁴ No cenário atual brasileiro, essa consequência não tem razão de ser porque os dividendos remetidos ao exterior são isentos de imposto de renda na fonte. Todavia, vislumbra-se atualmente uma mudança desse cenário com o retorno de tributação sobre os dividendos. *Vide* comentários a esse respeito no item 3 deste estudo.

pode ser qualificado como um empréstimo da empresa estrangeira em favor da empresa testada, resultando na atribuição de juros implícitos que, por sua vez, também devem se sujeitar ao controle de preços de transferência³⁵.

Esta é uma situação inconcebível na legislação brasileira atual, em que os ajustes de preços de transferência somente são acionados para a realização de ajustes primários que operem no interesse do fisco. Jamais se pode cogitar que a análise de preços de transferência aponte lucros excessivos e trate de reduzir tais lucros³⁶.

A construção de uma transação secundária, visando à recomposição financeira da empresa que registrou lucros inferiores ou à devolução de valores pela empresa que registrou lucros excessivos, consiste no elemento primordial dos ajustes secundários. Todavia, não necessariamente se verificará um alinhamento da prática de tais ajustes secundários pelos países envolvidos. A transação secundária construída na perspectiva de um determinado país pode ou não coincidir com a transação secundária construída na perspectiva de outro país, pois tais ajustes decorrem puramente da legislação doméstica, e com grande variação nas consequências impostas aos contribuintes. Enquanto um país pode tratar o excesso de lucros da empresa mãe como um empréstimo concedido pela empresa filha, o outro país, nesta mesma relação, pode aí vislumbrar uma distribuição implícita de dividendos (com incidência de imposto de renda na fonte) feita pela empresa filha em favor da empresa mãe³⁷.

Mesmo em situações nas quais os países envolvidos possuem um tratado de dupla tributação, o enquadramento da transação secundária no âmbito do tratado pode resultar dificultoso por duas razões. Primeiro, porque os países precisam concordar na realização de ajustes correspondentes, o que não é uma consequência obrigatória nos tratados (mesmo no caso de países que adotam o art. 9(2)) e depende ainda da concordância quanto à metodologia de apuração de preços de transferência e o valor daí resultante³⁸. Se não houver concordância quanto ao

³⁵ Vide itens 4.68 e 69 em: OECD. *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2017-en>.

³⁶ Como visto no item 1.1., a legislação brasileira não adota plenamente o padrão *arm's length*, mas sim o padrão *the house always wins*, segundo o qual se estipula um teto para as deduções na importação e um piso para a receita na exportação (em vez de buscar encontrar o valor ou faixa de valores corretos para a transação).

³⁷ FERREIRA, Renata R. Tax treaty consequences of secondary transfer pricing adjustments. *Inter-tax v. 37*, n. 8/9, Wolters Kluwer, 2009.

³⁸ A natureza discricionária da concessão de ajustes correspondentes é ressaltada no relatório da OCDE, enfatizando-se que o país contraparte somente fará o ajuste correspondente se considerar que o ajuste primário feito no primeiro país é justificável tanto em princípio quanto com relação a seu valor. Vide item 4.35 em: OECD. *OECD transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/tpg-2017-en>.

montante do ajuste correspondente, estará quebrada a cadeia lógica de eventos que conduz a ajustes secundários nos dois países. Segundo, porque deve haver coincidência na natureza atribuída à transação secundária para que se possa cogitar da aplicação do tratado de dupla tributação como mecanismo de alívio da dupla tributação.

Se um país trata o valor do ajuste secundário como dividendo distribuído e exige imposto de renda na fonte, o outro país, não visualizando o recebimento de dividendo, provavelmente não concordará em conceder crédito com relação ao imposto recolhido no primeiro país, e a consequência será dupla tributação. O país de residência da empresa mãe pode negar a natureza jurídica de dividendo, seja porque sua legislação doméstica não prevê ajustes secundários, seja porque, mesmo prevendo, ela resulta numa transação secundária distinta, *e.g.*, a concessão de empréstimo. Muitos países adotam uma posição formalista e só reconhecem o recebimento de dividendos quando estes atendem formalmente a requisitos previstos na legislação comercial/ civil correspondente³⁹.

Uma visão formalista em um dos países dificultaria também o reconhecimento de transações envolvendo contribuição ao capital ou redução de capital social. No Brasil, essas transações somente são consideradas existentes quando implementados formalmente os atos societários correspondentes. Na ausência de tais atos, caberia, quando muito, a qualificação jurídica de adiantamento para futuro aumento de capital (AFAC).

O tema ainda carece de alinhamento, e seu aprimoramento deverá ser impulsionado pela crescente adoção de ajustes secundários nas legislações domésticas dos países. Quando o Fórum Conjunto da União Europeia sobre Preços de Transferência conduziu estudos, entre 2011 e 2014, sobre o tema dos ajustes secundários, apenas 9 dos 27 Estados-membros possuíam legislação a esse respeito⁴⁰. Atualmente, o número deve ser maior, em vista da crescente adoção de regramentos a esse respeito.

Nos EUA, a legislação de preços de transferência prevê a realização de ajustes correlativos, secundários e compensações⁴¹. Tais ajustes podem ser efetuados pelo

³⁹ FERREIRA, Renata R. Tax treaty consequences of secondary transfer pricing adjustments. *Inter-tax* v. 37, n. 8/9, Wolters Kluwer, 2009.

⁴⁰ Os países europeus que naquela época já tinham legislação a respeito eram: Alemanha, Áustria, Bulgária, Dinamarca, Espanha, França, Luxemburgo, Países Baixos e Eslovênia. *Vide* Member States' responses to Questionnaire on Secondary Adjustments, EUJTPF, DOC: JTPF/018/REV1/2011/EN.

⁴¹ Tais ajustes estão previstos no artigo 1.482-1(g) do CFR (*correlative allocations, conforming adjustments e set offs*). As compensações são situações em que uma empresa apresenta ajustes positivos e negativos de preços de transferência com valores idênticos, de modo que a ausência de cobrança de preço numa transação é compensada pelo excesso de cobrança de preço em outra transação. Regras específicas para realização de tais ajustes pelo contribuinte podem ser vistas no Rev. Proc. 99-32.

próprio contribuinte, mas somente até o momento da entrega da declaração de imposto de renda, no que surge a dificuldade de alinhar esses ajustes com a legislação de preços de transferência dos países onde a multinacional opera⁴². Caso uma transação secundária seja construída para promover uma realocação financeira entre as empresas envolvidas, esta pode assumir a forma de dividendos, contribuição de capital ou o reconhecimento de um valor recebível, quando for apropriado⁴³.

No Canadá, a efetivação de uma repatriação dos recursos excessivos pagos ao exterior elimina a necessidade de ajuste secundário. Um acordo em procedimento amigável que resulte na repatriação de valores realmente acarreta a anulação do ajuste secundário e, portanto, elimina a tributação que incidiria sobre os dividendos implícitos. O país do contribuinte que efetuar a repatriação de recursos ao outro país pode, se entender apropriado, concordar que tal repatriação seja feita sem nenhuma tributação adicional⁴⁴.

No Brasil, a única situação que se aproxima de configurar ajuste secundário consiste na correção a ser feita na base de cálculo dos juros sobre capital próprio, a qual, quando efetuada diretamente na contabilidade, provoca um lançamento a débito na conta de resultados acumulados do patrimônio líquido que sugere implicitamente que o excesso de custo teria sido distribuído a título de dividendos⁴⁵.

2.2. Correções de preços, transações adicionais ou recebimentos inominados⁴⁶

A possibilidade de se realizar um pagamento adicional, a título de complementação de preço ou devolução de preço, surge como mecanismo prático bastante útil para o devido cumprimento das regras de preços de transferência. Todavia, a implementação de um tal ajuste compensatório com liquidação financeira pode revelar consequências no âmbito dos tributos aduaneiros e indiretos.

As consequências decorrentes dos ajustes compensatórios estão diretamente associadas às três abordagens possíveis para a sua caracterização, pois eles podem ser considerados: (i) um verdadeiro ajuste comercial de preços entre as partes, gerando as correspondentes consequências no âmbito de outros tributos inciden-

⁴² HILL, James. Dealing with the secondary U.S. tax consequences of transfer-pricing adjustments. *The Tax Adviser*, Jun. 2013, Durham: AICPA, 2013.

⁴³ Vide artigo 1.482-1(g)(3)(i) do CFR.

⁴⁴ MCCART, Janice et alii. Repatriation in lieu of secondary adjustments. *International Transfer Pricing Journal v. 17*, n. 1. Amsterdam: Journals IBFD, 2010, p. 68.

⁴⁵ Vide art. 45 da Lei n. 10.637/2002, bem como a Resposta à Pergunta 13, no Cap. XIX – IRPJ e CSLL – Operações Internacionais do Perguntas e Respostas Pessoa Jurídica 2020.

⁴⁶ As considerações feitas neste tópico estão mais diretamente relacionadas ao tema dos ajustes compensatórios que envolvem retribuição financeira, pois estes costumemente são implementados mediante os procedimentos aqui enfocados. De todo modo, os apontamentos que se faz adiante são também aplicáveis ao caso de ajustes secundários que se operacionalizem por meio desses mesmos procedimentos.

tes sobre a operação (aumento dos tributos indiretos e aduaneiros devidos ou direito à sua restituição); (ii) transações adicionais separadas, situação na qual a qualificação jurídica mais provável será de serviços (sendo comum observar na prática a cobrança de preço por serviços de suporte de marketing); (iii) uma contribuição ou redução de capital, ou simplesmente uma liquidação financeira, isto é, um recebimento inominado, sem impactos, portanto, na área de tributos aduaneiros e indiretos⁴⁷.

No que respeita aos tributos devidos na importação, seria realmente desejável que as consequências derivadas de ajustes compensatórios fossem refletidas também no âmbito aduaneiro. Nesse sentido, quando os ajustes compensatórios tenham como consequência uma alteração implícita dos valores das próprias operações de importação/ exportação de bens, resultando no registro de um valor receável ou de uma obrigação a pagar, seria de se esperar que os valores registrados nos documentos aduaneiros correspondentes também fossem passíveis de correção, com o correspondente ajuste nas bases de cálculo dos tributos incidentes na importação.

Neste ponto, convém lembrar que, embora estejam ancoradas em princípios similares, as apurações do preço de transferência e do valor aduaneiro são determinadas a partir de perspectivas distintas e seguem objetivos opostos. Existe uma área de conflito gerada pelo fato de as regras correspondentes serem operadas por autoridades distintas – a autoridade aduaneira prefere ver o valor aduaneiro aumentado, ao passo que a autoridade fiscal prefere ver tal valor ser diminuído – e também em razão de a abordagem de aplicação dos métodos divergir em muitos pontos. Os preços de transferência e os valores aduaneiros simplesmente não estão conectados por um princípio que exija consistência entre eles. Assim, não se observa na prática internacional uma tendência de alinhamento. Nem a OCDE nem o Fórum Conjunto da União Europeia em matéria de Preços de Transferência fornecem orientações específicas sobre essas questões⁴⁸.

No cenário brasileiro, situações de recebimento de notas de crédito ou ainda de prática de preços provisórios com posterior correção dos valores aduaneiros já começam a ser discutidas na jurisprudência e serão objeto do próximo tópico.

3. Implementação prática de ajustes compensatórios e secundários no Brasil

Empresas brasileiras integrantes ou sede de grupos multinacionais enfrentam cotidianamente o tema dos ajustes compensatórios (com retribuição financeira), pois estes se tornaram um expediente prático frequentemente utilizado em

⁴⁷ MAS, Mayra O. Lucas. Value added tax. In: BAKKER, Anuschka; and OBUOFORIBO, Belema (coord.). *Transfer pricing and customs valuation: two worlds to tax as one*. Amsterdam: IBFD, 2009. Chapter 7, item 3.2.

⁴⁸ SCHWEMIN, Niklas. Practical analysis of the report on compensating adjustments in transfer pricing. *Tax Notes International* v. 75, 29 set. 2014, p. 1160.

outros países onde situadas as outras unidades empresariais do grupo, no que resulta a necessidade de efetuar devoluções de preço ao exterior ou receber valores de ajustes oriundos do exterior. Diante da ausência de regulamentação específica, tais ajustes compensatórios têm colocado o desafio de se desvendar o tratamento tributário cabível no Brasil e outras potenciais consequências no âmbito dos tributos indiretos, obrigações acessórias e procedimentos aduaneiros.

Ademais, a realização de ajuste primário por autoridade fiscal estrangeira em relação a uma unidade do grupo situada no exterior pode gerar a exigência de repatriação de recursos do Brasil àquele país sob pena de a autoridade fiscal estrangeira promover ajustes secundários que causem camadas adicionais de tributação para o grupo empresarial.

Na via inversa, o cenário atual de reforma tributária do IRPJ/CSLL também pode justificar a regulamentação do tema no Brasil para seguir a esteira de outros países e exigir a repatriação de preços excessivos pagos ao exterior sob pena da realização de ajustes secundários, pois caso reinstituída a tributação de dividendos no Brasil, será necessário promover a devida amarração de tal medida com a legislação de preços de transferência⁴⁹. Um movimento de redução de alíquotas do IRPJ em busca de maior competitividade internacional trará como consequência natural uma necessária vigilância com relação à cobrança de imposto de renda na fonte em distribuições de dividendos ao exterior⁵⁰.

Tomando por base o cenário atual, discutem-se nos próximos tópicos as principais soluções visualizadas na prática das empresas brasileiras para a implementação de ajustes compensatórios (com retribuição financeira) e secundários com outras empresas do grupo multinacional.

3.1. Ajuste global via nota de crédito (recuperação de custo/devolução de preço)

Uma empresa brasileira cujos preços praticados na importação extrapolem o preço parâmetro calculado, por exemplo, com base no método PRL pode querer realizar um ajuste compensatório no final do ano em referência para receber um ressarcimento/ devolução de preço de sua empresa relacionada e, com isso, adequar sua margem de lucro a fim de não sofrer ajustes primários.

Se esse ressarcimento for implementado como recuperação de custo, mediante um pagamento de ajuste global e sem a retificação dos documentos das importações, haverá uma dificuldade formal de integrar esses valores na apura-

⁴⁹ Vide mais comentários sobre este tema em: POLIZELLI, Victor Borges. Tributação de dividendos no Brasil: propostas e questões para sua implementação. In: BUISSA, Leonardo et alii (coord.). *Direito e finanças públicas nos 30 anos da Constituição: experiências e desafios nos campos do Direito Tributário e Financeiro*. Florianópolis: Tirant Blanch, 2018, p. 432-436. Disponível em: https://editorial.tirant.com/docs/volume_8.pdf. Acesso em: 20 jul. 2020.

⁵⁰ Vide MCCART, Janice et alii. Repatriation in lieu of secondary adjustments. *International Transfer Pricing Journal* v. 17, n. 1. Amsterdam: Journals IBFD, 2010, p. 65.

ção dos preços praticados nas importações, porque estes se baseiam nos documentos de importação. Sem a modificação dos valores apontados em tais documentos, não há como influenciar a apuração dos preços praticados. De um ponto de vista prático, a empresa importadora terá redução nos custos de importação (apontada na ECF como ajuste compensatório), e a retribuição financeira recebida do exterior será não tributável porque configurará precisamente a recuperação de um custo que não foi deduzido⁵¹.

Como se observa, em matéria de IRPJ/CSLL, é perfeitamente possível promover ajustes compensatórios com retribuição financeira e neutralidade tributária. Todavia, no que respeita aos tributos indiretos, o recebimento de tais ajustes pode causar impactos danosos, pois a sua caracterização como recuperação de custo se revela tormentosa. Os valores relativos à recuperação de custo nas importações não devem ter impacto na apuração de PIS/COFINS porque não configuram operação nova, tampouco riqueza ou receita nova. Todavia, a discussão deste tema na jurisprudência deve continuar a revelar manifestações divergentes dos órgãos julgadores⁵².

A tributação de PIS/COFINS sobre o ajuste de preços de transferência foi debatida no Acórdão n. 20402.256 (2007)⁵³, caso no qual os preços de importação e exportação foram preestabelecidos com base na política de preços do grupo multinacional em questão e, posteriormente, a empresa situada nos EUA lançou mão do método da testagem dos resultados, de modo que, tendo cobrado mais do que o merecido nas suas exportações e pago menos que o devido nas suas importações, pagou uma retribuição global *ex post* para a subsidiária brasileira, ressarcindo-a das diferenças apuradas em relação às transações realizadas num determinado ano⁵⁴. Embora o contribuinte tivesse estipulado contratualmente que os

⁵¹ Em razão da interpretação *a contrario sensu* do art. 441, inciso II, do Decreto n. 9.580/2018. Esta conclusão é válida se o valor de ressarcimento for menor ou igual à reversão de custo na ECF. Caso seja maior, essa diferença a maior será tributável.

⁵² Para uma visão de decisões conflitantes em matéria bastante similar envolvendo bonificações em relações domésticas, *vide* SILVEIRA, Ricardo Maitto da; e GASPARETTO, Pedro. Os ajustes de preços de transferência realizados no exterior e os efeitos tributários no Brasil. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes; e MOREIRA, Francisco Lisboa (coord.). *Manual de Preços de Transferência, BEPS, Brasil & OCDE*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 353-356.

⁵³ “Base de cálculo. Exclusão. Valores repassados pela matriz, situada nos EUA, decorrente de diferença apurada entre o lucro final das operações realizadas com pessoas vinculadas e o lucro médio praticado no mercado em operações não vinculadas. Os valores relativos à diferença apurada pela matriz, localizada fora do Brasil, entre o lucro obtido em operações realizadas com pessoas vinculadas e o lucro médio praticado no mercado em operações com pessoas não vinculadas, enviados para a empresa vinculada, localizada no Brasil, constitui base de cálculo da Cofins e do PIS para a segunda. Recurso negado” (Acórdão n. 204-02.526, de 20.06.2007).

⁵⁴ Note-se que essa retribuição financeira foi realizada no ano seguinte (2000) àquele em que foram realizadas as importações (1999), porém antes da entrega da declaração de imposto de renda de ambas as empresas envolvidas. E outro ponto importante dessa decisão com relação às datas é que ela envolve a apuração de PIS/COFINS no regime cumulativo, que era o regime prevalecente naquela época.

ajustes de PT seriam refletidos nos preços das operações e resultariam em retribuição financeira, e embora tenha feito prova da relação de tais ajustes com cada uma das operações individuais, pesou contra ele o fato de tais ajustes não terem sido formalmente retratados em documentos comerciais⁵⁵.

Também no recente Acórdão CSRF 9303-006.245⁵⁶, as notas de crédito recebidas pelo contribuinte para adequar os preços praticados nas importações do ano 2009 foram reputadas como receita tributável, similar a uma forma de bonificação condicionada. Igualmente neste caso, o contrato de distribuição foi formulado adequadamente, de modo a estipular preços provisórios sujeitos a ajuste futuro para alinhamento com as normas de preços de transferência vigentes nos dois países envolvidos. Entretanto, o valor recebido do exterior a título de recuperação de custo extrapolou o montante de ajuste compensatório efetuado pelo contribuinte naquele ano. Conforme apontado acima, as recuperações de custo são consideradas não tributáveis pelo IRPJ/CSLL quando o correspondente custo não tiver sido deduzido.

A seu turno, quando o recebimento de ajuste compensatório por empresa brasileira estiver atrelado a uma operação de exportação (situação na qual a empresa brasileira teria cobrado menos do que o cabível em função das regras de PT), o enquadramento deste valor como receita de exportação atrairá a tributação de IRPJ/CSLL e, também por circunstâncias formais, trará problemas para permitir a desoneração de tributos indiretos porque estes são altamente dependentes da emissão de documentos fiscais condizentes com a natureza de exportação. Seria necessário, portanto, avaliar a conveniência de se emitir nota fiscal complementar para recebimento de complementação de preço ou a possibilidade de retificação dos documentos originais da operação. Nesse particular, ressalta-se que, no Acórdão n. 204-02.256, a ausência de alteração do valor das exportações para fins de registros no Banco Central foi o ponto crucial para negar a caracterização dos ajustes compensatórios recebidos do exterior como receita isenta⁵⁷.

Na via inversa, caso uma empresa brasileira se veja na posição de pagar ajustes globais ao exterior (por ter cobrado demais nas suas exportações ou por ter pago pouco nas suas importações), também se pode visualizar uma maior facilidade de obter neutralidade tributária no âmbito do IRPJ/CSLL e maiores dificul-

⁵⁵ Não há referência no acórdão sobre o modo de implementação e documentação utilizado para o recebimento dos ajustes compensatórios (nota de crédito, nota fiscal, recibo etc.).

⁵⁶ “Recebimento de notas de crédito. Caracterização como receita. Hipótese de incidência da contribuição. Tributação. Os recebimentos de Notas de Crédito como decorrentes de ajustes nos preços dos fornecimentos à contribuinte para garantir sua rentabilidade/lucratividade se classificam como receitas operacionais. Em sendo assim, estão dentro do campo de incidência da Cofins [e do PIS]” (Acórdão n. 9303-006.245, de 24.01.2018).

⁵⁷ Segundo a relatora do caso, o contribuinte cometera fraude cambial se considerasse que o reajuste advindo dos preços de transferência configura receita de exportação, pois tais valores não foram refletidos nos documentos de exportação.

dades com relação aos tributos indiretos e aduaneiros, porque estes exigem modificações nos documentos de importação/ exportação e, quiçá, nas obrigações acessórias pertinentes.

3.2. Utilização de preços provisórios e ajustes individuais

Os contratos entre empresas de um grupo multinacional são instrumentos poderosos em matéria de preços de transferência, pois permitem evidenciar precisamente a intenção das partes e os detalhes da precificação⁵⁸. No caso específico da implementação de ajustes compensatórios e secundários que demandem pagamentos futuros entre as partes e a correção dos preços praticados, uma alternativa contratual consiste na estipulação de preços provisórios entre as partes, os quais ficam condicionados ao cálculo do ajuste cabível de preços de transferência para serem determinados com definitividade.

Essa situação foi objeto da recente Solução de Consulta Cosit n. 57/2020, a qual admitiu a prática de preços não definitivos na importação com a possibilidade de ajuste posterior em razão de cláusula contratual que estipula o pagamento ou a devolução de uma parcela adicional de preço condicionada à apuração da margem operacional do importador/ distribuidor no final do ano fiscal. No momento em que o preço se torna definitivo, cabe à empresa importadora efetuar os ajustes individuais nas declarações de importação correspondentes, modificando o valor aduaneiro com as consequências cabíveis.

Na situação analisada pela Cosit, as empresas envolvidas lançaram mão de uma estrutura contratual de preço determinável/ contingente. Essa medida transforma o ajuste compensatório numa cláusula contratual, trazendo-o para o plano das relações comerciais e fazendo, portanto, com que a própria precificação contratual dos itens esteja atrelada ao ajuste que for necessário fazer para atender à legislação de preços de transferência.

Nesses casos, o valor constante da fatura comercial e dos documentos de importação não corresponde ao preço efetivo da venda, pois este depende ainda da observação de fatores a serem implementados em momento posterior ao desembaraço aduaneiro para se concretizar em preço definitivo. Esse retardamento na determinação definitiva do valor aduaneiro é condição perfeitamente aceitável no comércio internacional e está alinhado com o Acordo de Valoração Aduaneira⁵⁹.

Consequentemente, os valores recebidos por empresa brasileira mediante nota de crédito destinada a promover ajustes comerciais de preço não configu-

⁵⁸ WALLART, Marco; and HERKSEN, Monique van. Documenting and defending transfer pricing policies: the often underestimated role of contracts. *International Transfer Pricing Journal* v. 11, n. 4, Amsterdam: Journals IBFD, 2004, p. 183.

⁵⁹ O artigo 13 do Acordo sobre a Implementação do Artigo VII do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio 1994 permite expressamente que cada país-membro discipline o tema da prática de preços provisórios. *Vide* itens 24 a 26 da SC Cosit n. 57/2020.

ram uma operação isolada e devem ser considerados como redução de custo para a empresa brasileira importadora, e retificação de receita para a empresa relacionada exportadora⁶⁰.

O apontamento de valor provisório na declaração de importação é ato admitido expressamente no art. 22 da IN SRF n. 327/2003, o qual também prevê que o valor aduaneiro deve ser retificado em até 90 dias ou na data que o contribuinte estipular. Assim, estipulando-se uma data futura que coincida com a apuração dos ajustes de preços de transferência, pode o contribuinte solicitar a retificação da declaração de importação para ajustar o valor aduaneiro para mais ou para menos. No caso de diferença a maior, caberá o recolhimento da diferença de impostos, que, segundo esta mesma IN SRF, deve ser feito com multa e juros. Nem este ato normativo nem a SC Cosit n. 57/2020 preveem a hipótese de retificação para redução de valor aduaneiro. Não obstante, esta é uma consequência lógica e coerente que se impõe e deve também ser aceita, cabendo a operacionalização desse direito mediante o procedimento específico previsto na IN RFB n. 1.717/2017.

Caberia perquirir se essas medidas de correção dos preços praticados deveriam também reverberar na esfera dos tributos indiretos (ICMS, IPI, PIS e COFINS) e, mais ainda, se haveria impacto também no montante desses tributos devidos na importação e nos créditos escriturais apurados e porventura já aproveitados. Este tema não foi objeto da consulta aqui comentada, mas, de todo modo, não parece que haveria prejuízo aos fiscos envolvidos se o contribuinte optasse por não retificar as apurações desses tributos. Aparentam ser equivalentes as situações em que o contribuinte nada faz em comparação com aquela na qual ele corrige toda a sua apuração e gera um crédito de tributos indiretos pagos a maior na importação e, ao mesmo tempo, gera débitos dos mesmos tributos indiretos em razão da diminuição do seu crédito escritural no mesmo período.

⁶⁰ Ricardo Maitto e Pedro Gasparetto defendem o uso de preço determinável nas relações entre partes vinculadas como medida adequada para a conciliação dos ajustes compensatórios e secundários de preços de transferência. SILVEIRA, Ricardo Maitto da; e GASPARETTO, Pedro. Os ajustes de preços de transferência realizados no exterior e os efeitos tributários no Brasil. In: CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes; e MOREIRA, Francisco Lisboa (coord.). *Manual de Preços de Transferência, BEPS, Brasil & OCDE*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 347-350.

Transfer Pricing and the Impact of Significant Tax Losses in Fiscal Year 2020: Comparables with Losses, the Necessity of Multiple Year Analysis and Transfer Pricing Adjustments on Financial Statements Formulated on Functional Currency

Silvia Muñoz Salgado

Lawyer, holds an LLM in Taxation by Georgetown University (Washington DC, USA) and counts with specialization in transfer pricing by Vienna University of Economics and Business (WU) and the IBFD. Tax Professor in the Master's Program in Taxation and Fiscal Policy of Universidad de Lima and tax partner in Gálvez & Dolorier Abogados in Lima.

Abstract

In the current global context, facing a historical health and economic crisis, the most reasonable estimate that can be made is that by the end of 2020, the existence of companies with financial and tax losses will be the rule. Due to the severe crisis, these negative results may remain in the following years due to the difficulty of reversing them in the short term.

In this context, valid queries related to the application of transfer pricing arise in scenarios of fiscal losses and depreciation of the local currency: are *comparables with losses* acceptable? Should it be mandatory to resort to a *multi-annual analysis* that considers averages of 3 years, at least, both at the level of the comparables and the tested party? What happens with respect to taxpayers who adopt IAS 21 and formulate their financial statements in a *functional currency* other than their legal currency? On which specific financial statements should transfer pricing analyzes be based? These issues have been the subject of analysis and pronouncements issued by the Peruvian Tax Administration and Tax Court in a pre-Covid scenario. Its relevance for future cases should be considered by tax practitioners and companies in general.

Introduction

Peru has a fairly complete and complex regulation regarding transfer pricing. This legislation, which was modified from 2004, is applicable to value transactions carried out between related parties, from, to or through non-cooperative countries or countries with low or no taxation and with persons or entities subject to “preferential tax regimes”. Likewise, Peruvian legislation generally follows the approach of the OECD in its “Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations”.

However, there are some important points that deviate from the OECD parameter. Among them we can mention (i) the valuation method for export or import of commodities (known as the “sixth method”), (ii) compliance with the “benefit test” in intragroup services as a requirement for tax expenses and costs to be deductible for income tax purposes; and (iii) that the transfer pricing adjust-

ment will only proceed if, as a consequence of the values agreed upon by the parties, a lower Income Tax in Peru is determined. In this way, transfer pricing is used only as a tool in favor of the Treasury, that is, to increase tax bases or reduce tax shields (expenses or costs) and not to return taxes to taxpayers or to reduce tax bases in their favor. Of course, the only exception occurs in the case of corresponding adjustments as a consequence of the application of a Tax Treaty, in which case the adjustment proceeds even if it adversely affects the Peruvian treasury.

In recent years, the country has followed most of the recommendations made by the OECD in the BEPS Project, including modifications in the local regulations to include the obligations related to Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting (Action 13 BEPS), guaranteeing an eventual automatic exchange of information¹.

However, the impact of the Covid-19 crisis has raised great concerns, especially due to the level of companies that are expected to incur in large losses. Leading indicators of economic activity show clear signs that the Peruvian economy has entered a stage of profound slowdown. The IMF has projected a 3% drop in economic activity worldwide; and for Peru, a drop of at least -10% of GDP is projected.

In the recent legislative reform (May 2020) aimed at adopting emergency tax measures that could alleviate the effects of the economic crisis, Peru approved measures related to tax losses, facilitating a longer period for its compensation, under the premise that the number of companies that would face this situation would be historic; however, no provision was approved in relation to the transfer pricing rules affected by the same circumstance.

In this article we present 3 topics that have merited analyses in rulings issued by both the Tax Administration and the Peruvian Tax Court on the effect that losses have on transfer pricing.

1. Comparables with losses

1.1 A first issue that has been the subject of debate in different controversies with the Peruvian Tax Administration is the automatic rejection of comparables that show tax losses.

In some cases, the discussion centered around companies that in previous years had been accepted as suitable comparables and that in a subsequent fiscal year under review were rejected because they yielded losses, despite the fact that their functions performed, risks borne and assets used were similar to those of the taxpayer (selected as the tested party).

¹ After its approval by the Congress of the Republic and ratification by the President, the Convention on Mutual Administrative Assistance entered into force in Peru on September 1, 2018.

The Tax Administration (SUNAT) ruled out these potential comparables on the grounds that *in recent years they registered different conditions from the analyzed company, due to the fact that they had been recording losses for several years*; from which it could be inferred that the different conditions were basically produced by the existence of “recurring losses”.

1.2 At this point, it should be analyzed whether the repeated existence of tax losses in consecutive or alternate fiscal years can by itself constitute a justification for the automatic rejection of comparables.

Neither the Income tax Act (ITA) nor its Regulations have foreseen any express statutory law in relation to this issue.

The OECD Guidelines, both in their 2010 and 2017 editions, indicate that *loss-making comparables that satisfy the comparability analysis should not however be rejected on the sole basis that they suffer losses* (paragraph 3.65); however the same Guidelines maintain that where potential comparables have extreme results (losses or unusually high profits), *further examination would be needed to understand the reasons for such extreme results* (paragraph 3.63). The Guidelines continue in its paragraph 3.64 indicating that the generation of losses for *long periods of time are not expected in certain cases* (simple or low risk functions), in line with what is stated in paragraph 1.129².

As it can be observed, despite the fact that the OECD Guidelines establish that, for the purposes of comparability analysis, only the conditions of comparable companies are relevant and not the financial result that they determine³, it is recognized that recurrence in the generation of losses could be a factor that can validly raise suspicions, which has usually been used by the tax authorities to initiate audits that finally end in questioning the potential comparables and even the taxpayer themselves when they obtain negative operating results.

1.3 This scope has not gone unnoticed in recent foreign cases.

In 2018, the Helsinki Administrative Court upheld that a local distributor belonging to a profitable multinational group cannot claim losses year after year because an independent business would not continue an activity that resulted in recurring losses⁴.

² Paragraph 1.129 “When an associated enterprise consistently realizes losses while the MNE group as a whole is profitable, the facts could trigger some special scrutiny of transfer pricing issues.”

³ This is indicated in paragraphs 3.64 and 3.65 of the OECD Transfer Pricing Guidelines, in their 2010 and 2017 editions:

“3.64. (...) In general, all relevant information should be used and there should not be any over-riding rule on the inclusion or exclusion of loss-making comparables. Indeed, it is the facts and circumstances surrounding the company in question that should determine its status as a comparable, not its financial result.”

⁴ The complete Resolution in its official language can be found at the following link: <https://oikeus.>

The Court ruled in favour of the Finish Tax Administration. “For eight -years in a nine-year period, the distributor reported losses that were significant relative to its net sales and the distributor’s cumulative losses were covered through intra-group financing received from other group entities. The administrative court determined that the transfer pricing approach applied by the group had not resulted in an arm’s-length outcome for the company. Taking into account the company’s long-term losses and functions, risks, and assets; the group’s transfer pricing approach; the covering of losses through intragroup financing; and the profitability of the group companies and comparable companies as a whole, an independent distributor would not have agreed to continue the loss-making business”⁵.

In the same vein, the Danish National Tax Court⁶ analyzed a manufacturing company that sells its products to its related foreign distributors. In this case, the Tax Administration modified the tested party (from the distribution company to the manufacturing companies), because the taxpayer did not present the documentation required for the analysis. The Tax Administration applied the Transactional Net Margin Method (TNMM) using comparable manufacturing companies and determined the existence of undervalued sales.

On this, the Danish Court accepted the application of the TNMM and the modification of the tested party and confirmed the transfer pricing adjustment observing that the taxpayer presented losses for 4 consecutive years (the only years that were analyzed), while the sales of its affiliates abroad returned profits:

“The government cited the taxpayer’s persistent losses and the foreign sales affiliates’ profitability as evidence that the taxpayer’s controlled transactions were mispriced. The taxpayer reported a loss in each year from 2005 to 2009, according to the decision. Despite the chronic operating deficit, the results have not led to changed trading conditions, and any measures taken by the company have not been able to lead to positive operating results during the reviewed period. The OECD transfer pricing guidelines acknowledge the need for special scrutiny of multinational group members that report persistent losses, especially when the group is profitable as a whole. Although there may be legitimate business reasons for an entity to report losses, an independent enterprise that incurs losses year after year would eventually require different terms or cease operations, according to the guidelines”⁷.

fi/hallintooikeudet/helsinginhallinto-oikeus/fi/index/hallintooikeusratkaisut/hallintooikeusratkaisut/1515591290112.html.

⁵ FINLEY, Ryan. Court upholds transfer pricing adjustment for distributor with losses. *Tax Notes International*, Jan. 15, 2018, p. 2018-2019.

⁶ The complete Resolution in its official language can be found at the following link: <https://www.skat.dk/skat.aspx?oid=2270925>.

⁷ FINLEY, Ryan. Tribunal upholds tax agency’s margin method analysis. *Tax Notes International*, Feb. 19, 2018, p. 730.

1.4 The Peruvian law does not contain any provision that rejects the use of comparables with losses for comparability analysis, nor is there any rule related to the fact that “recurring losses” must generate suspicions about the taxpayer or the comparables. It also does not establish that “extreme results” of the potential comparables require further examinations, as suggested by the OECD Guidelines.

The comparability analysis contemplated in article 110 of the ITA Regulations constitutes a provision that exhaustively sets out what criteria must be analyzed in order to determine the suitable comparables: the characteristics of the operations, the economic functions or activities, contractual terms and economic circumstances which may be relevant to qualify two markets and business strategies as comparable.

None of the referred criteria stops to consider the losses yielded by the potential comparables, nor the recurring losses that the taxpayer could generate. These criteria also do not make any reference to the “extreme results” that potential comparables could yield as a factor to be evaluated. Losses are only considered in order to justify a multiannual analysis as we will see later in this article.

1.5 The transfer pricing rules in Peru are a variant of the market value rules⁸. In Peru, the purpose of any market value rule is to “quantify” operations generate income, expenses or costs, the measurement of which will affect the tax base of income tax. This scope has been recognized by the Tax Court through Resolution No. 9019-3-2007, when it establishes that: “the estimate of the market value provided for by the aforementioned regulations [including article 32 of the ITA] has the purpose of determining the taxable base of the taxes applicable to the appellant, which does not modify the agreed price [...]”.

The Peruvian Tax Court has interpreted as a *general* criterion of the market value rule (meaning that said criterion can be extended to interpret the transfer pricing regulation as well) that compliance with this standard does not necessarily imply obtaining a profit margin. Instead, even if operations are carried out and generate losses, such operations could very well have been made in accordance to the market value principle.

This was the criterion held in Resolution No. 5440-2-2007 whose guidelines have been maintained in subsequent Resolutions. In this case, the Tax Adminis-

⁸ In Peru, the market value rule provided in the Income Tax legislation (articles 32 and 32-A of the ITA) has three different variants: (i) The first is the general market value rule applicable to any transaction entered into between independent parties. This rule consists of specific market value assumptions for stocks, fixed assets, stocks and other transferable securities, services, etc. (ii) The second includes the transfer pricing rules applicable to transactions carried out between related parties or from, to or through a tax haven; and, (iii) the third variant corresponds to the market value rule applicable to operations involving independent parties, related parties or, even tax havens, in the case of certain goods such as natural gas. In this case, the market value is the value set in the contract.

tration established sales had been under valued, determining that certain goods had been sold below their taxable cost. Regarding this, the taxpayer indicated that the operations had been carried out at market value and in favor of unrelated third parties. In analysis of this case, the Tax Court concluded that “a situation may arise in which a company sells its products below cost if the market value is lower”⁹, adding that “the appellant’s affirmation is correct in that the market value is not only the one that allows the seller to obtain a profit margin”.

Thus, according to the Peruvian statutory law, the status of comparable company will depend on the functional analysis carried out and not on whether there are losses, recurring losses or “extreme results” that are identified.

We have found this same approach in some foreign cases.

In the American Express Services India Ltd. case, resolved by the Income Tax Appellate Tribunal of New Delhi by means of Judgment No. ITA No. 5585/Del/ 2011¹⁰, it was concluded that comparable companies with similar functions cannot be disregarded as such for the simple fact of having big gains or big losses; “In the rules, no where it has been provided that comparables having high or low margins of profits are required to be excluded for determining arithmetic mean of net margins for applying to the operation cost of international transaction entered into by the assessee with the associate enterprise. [...] If the comparables are performing the same functions then merely on the ground of they being earning super profits, cannot be excluded. Material differences between their business models, however, are required to be taken care off and duly adjusted.” (Emphasis added)

The same criterion would have been established in the Coca Cola Femsa de Venezuela S.A. v. SENIAT case. In Decision 037-2017, the Seventh Tax Court of the Greater Caracas Area ruled with respect to whether the selected comparable used by the taxpayer in preparing the transfer pricing contemporaneous documentation met with the comparability requirements for the application of the arm’s length methods¹¹.

⁹ Resolution taken from the following website: http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2007/2/2007_2_05440.pdf.

¹⁰ Judgment extracted from the following website: <https://taxguru.in/income-tax/comparables-rejected-simply-loss-high-profit-making-comparables.html>.

¹¹ The taxpayer prepared and filed a transfer pricing analysis to support the import of raw materials and capital assets from its foreign related provider carried out during fiscal years 2006 and 2007 using the TNMM, for which the profit level indicator fell within the interquartile arm’s length range of publicly held comparable companies on the North American stock market. The tax administration noted a lack of comparability in the comparable set prepared by the taxpayer and rejected few comparables from the set mainly due to companies with *recurring losses* and different business activities. The Tax Court held in favour of the taxpayer and “[...] concluded that recurring losses or differences in business activities did not compromise the functional comparability required by the TNMM.” D’ARRIGO, Carlo M. Venezuelan tax courts released their first-ever transfer pricing decisions. *International Transfer Pricing Journal (IBFD)*, May/June 2018, p. 250-255.

1.6 Finally, it is important to note that in the current economic context of Peru – and of many other countries in the world - as a consequence of the scourge of COVID 19 the estimate of companies that at the end of the 2020 financial year will register losses will be historical. Likewise, the probability that this negative situation will continue in future years is extremely high, especially considering the projections in Peru for a slow recovery in a dramatically recessive scenario.

Therefore, it seems clear that no objection to the comparability of independent companies could be raised if losses are identified because, as stated in paragraph 1.129 of the OECD Transfer Pricing Guidelines, *unfavorable economic conditions can sustain genuine losses*. However, this circumstance can not only be considered as acceptable for year 2020, as it will probably remain in several future years. Hence, the questioning of the losses generated by the comparables or the raising of suspicions about recurring losses generated by the taxpayer themselves could not anymore be an argument that can validly be made in this matter in the years to come.

2. Comparability and the necessity of multiple year analysis

2.1 One of the most generalized practices in Peru regarding the comparability analysis utilized both by the private sector and by the Tax Administration itself, has been the indiscriminate use of multiannual data supported almost exclusively in paragraphs 3.75 and 3.79 of the OECD Transfer Pricing Guidelines¹², which state that “examining multiple year data is often useful in a comparability analysis” and that “Multiple year data and averages can however be used in some circumstances to improve reliability of the range”.

In general, it has been understood as an extended interpretation that multiple year data should improve the accuracy or reliability of the transfer pricing analysis, a scope that we have found reflected quite clearly in some legislations, for example, Memorandum TPM-16 “Role of multiple year data in transfer pricing analyses” issued in Canada on January 29, 2015¹³⁻¹⁴.

¹² The wording of paragraphs 3.75 and 3.79 is the same in the 2010 and 2017 editions of the OECD Transfer Pricing Guidelines: “3.75 In practice, examining multiple year data is often useful in a comparability analysis, but it is not a systematic requirement. Multiple year data should be used where they add value to the transfer pricing analysis. It would not be appropriate to set prescriptive guidance as to the number of years to be covered by multiple year analyses”. “3.79 The use of multiple year data does not necessarily imply the use of multiple year averages. Multiple year data and averages can however be used in some circumstances to *improve reliability of the range* (...)”.

¹³ The policy states the following:
“5. The use of multiple years of data may be appropriate and beneficial during the comparability analysis stage of a transfer pricing analysis. However, inappropriate uses of multiple years of data are often encountered in the determination of the point or parts of a range to be used.
16. Multiple year data should be used in those circumstances where the additional information will improve the accuracy or reliability of the transfer pricing analysis. In this respect, data that

The application of multiannual data has been accompanied in Peru with the practice of using, in the Transactional Net Margin method (TNMM), averages of the financial information corresponding to 3 calendar years of comparable companies vs. financial information for a single fiscal year on the taxpayer side. This practice is known as the “3x1” rule in order to determine the profit level indicators.

2.2 Now, the outstanding aspect in this account of facts is that the ITA and its regulations do include express provisions regarding how and when to resort to multiple year data, something that has raised one of the main points of debate in the country related to the indiscriminate use of the OECD Guidelines and the violation of the Peruvian statutory provision that only gives said Guidelines the character of supplementary interpretation source provided that they do not oppose the ITA.

Subsection h) of article 32°-A of the ITA establishes the following:

“h) *Sources of Interpretation*

For the interpretation of the provisions of this article, the Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, approved by the Council of the Organization for Economic Co-operation and Development – OECD, will be applicable as long as they do not oppose to the provisions approved by this Law.”

The ITA, unlike most comparative tax laws, has unequivocally recognized that the OECD Guidelines are a source of interpretation of domestic transfer

helps to increase the breadth or depth of the understanding of the characteristics of the controlled transaction and any potential comparable transactions will generally be of value in a transfer pricing analysis. The term data in this context is more than the observed financial outcomes as reflected in the income statements or selected profit level indicators...

17. Many factors having a significant impact on the economic characteristics of transactions are only observable over multiple years. These factors include business cycles, product life cycles, the useful life of capital, and business strategies. Understanding these factors is helpful in establishing the comparability of arm’s length transactions. As an example, knowing where the transaction falls within a business cycle may impact the selection of comparable transactions and the type of adjustments that could be made to improve the reliability of the transfer pricing analysis. If only one year’s data were examined, the impact of such issues may not be fully discernible”. For more information see: <https://www.canada.ca/en/revenue-agency/services/tax/international-non-residents/information-been-moved/transfer-pricing/16-role-multiple-year-data-transfer-pricing-analyses.html>.

¹⁴ “Multiple year data should be used in those circumstances where the additional information will improve the accuracy or reliability of the transfer pricing analysis [...] in this respect, data that helps to increase the breadth or depth of the understanding of the characteristics of the controlled transaction and any potential comparable transaction will generally be of value in transfer analysis”. STEWART, David. Guidance targets intragroup services and multiple-year data. *Tax Notes International*, Feb. 23, 2015, p. 664.

pricing regulations, departing from the international trend that treats them as *soft law* (e.g. international doctrine) that should only be applied in administrative or judicial instances¹⁵.

It should be noted that the aforementioned Guidelines in Peru have acquired a normative, although *supplementary*, character, that is:

First of all, the direct source to interpret the transfer pricing regime in Peru is the ITA and its regulations. Due to the constitutional principle of hierarchy of norms and the purpose of regulatory provisions, the regulations cannot create cases of tax incidence other than those established in the law. Being consistent with this fact, the ITA Regulations in the matter of transfer pricing have been approved keeping a line consistent with the precepts that the law develops, as they cannot contravene the norm of greater hierarchy.

In this way, it is evident that if the ITA and its regulations approve a treatment different from what is established in the aforementioned Guidelines, said treatment will be applicable and not the one established in international guidelines.

Secondly, the Guidelines are used “in absence of”, that is, as long as they do not contradict what is expressly established by the material law. Thus, the OECD Transfer Pricing Guidelines are, by express legal mandate, a source of interpretation of the meaning of the provisions contained in the ITA, but to the extent that they do not oppose what is approved in said internal norm.

Finally, an aspect that is important to highlight is that the OECD Transfer Pricing Guidelines cannot be used to fill regulatory gaps or integrate legal loopholes, nor to extend concepts not provided for in Peruvian tax regulations, as this is prohibited by the Tax Code¹⁶. Likewise, considering that transfer pricing constitute a variant of the market value rule with an impact on the formation of the income tax base, this matter would be “reserved to law” (a constitutional principle), and any extensive interpretation or use of analogy intended to fill those gaps would be prohibited.

¹⁵ According to Jose Manuel Calderón Carrero, the alignment between the internal regulations and the OECD Transfer Pricing Guidelines can be carried out in three ways: (i) Configuration of the internal regulations in accordance with the arm's length principle, as defined by the OECD Transfer Pricing Guidelines, (ii) Conclusion of Double Taxation Agreements that follow the provisions of article 9 of the OECD Model Tax Convention that expressly recognizes the aforementioned Guidelines and (iii) Intensive use of the OECD Transfer Pricing Guidelines by the administrative and judicial authorities of a country (administrative and judicial creeping). In: CALDERÓN CARRERO, José Manuel. *Transfer prices and corporation tax*, 2005, p. 147-148.

¹⁶ Norm VIII of the Preliminary Title of the Peruvian Tax Code establishes that in the process of interpretation, no taxes may be created, penalties established, exemptions granted, or tax provisions extended to persons or situations other than those indicated in the law.

In this sense, the OECD Transfer Pricing Guidelines in Peru cannot create new situations not foreseen in the internal regulations, but they can contribute to the interpretation of ambiguous, confusing or unclear texts when said doubt or uncertainty originates from the same provisions that the ITA and its regulations have established.

However, this supplementary application cannot serve as a pretext to resort to the content of the OECD Transfer Pricing Guidelines automatically in the event of any transfer pricing observation, without first elucidating whether they are actually applicable.

2.3 In Peru, the use of multiannual data has been expressly recognized in Article 110 of the ITA Regulations. However, this statutory provision contained a specific treatment from 2006 to 2012, which was subsequently changed from 2013 onwards.

In the first period, the Regulations established the general possibility of using multiannual information without limiting it to specific cases:

“Article 110. Comparability analysis

[...]

Additionally, information on the taxpayer *and* comparable operations corresponding to two or more previous years may be taken into consideration. Likewise, information from previous years may be used in order to determine the origin of the declared losses, when they are part of other losses generated in comparable transactions or are the result of specific conditions of previous years”. (Emphasis added)

The only limitation contained in the cited paragraph was related to the temporal scope, since the multiannual information only alluded to that which comes from previous and not future years.

2.4 From the year 2013 and onwards, the previous scope of article 110 of the ITA Regulations was modified through Supreme Decree No. 258-2012-EF, the new wording of which is:

“Article 110. Analysis of comparability

[...]

Additionally, information on the taxpayer *and* comparable operations corresponding to two or more fiscal years *before or after* the assessed fiscal year may be taken into consideration when the business or commercial acceptance cycles of their products cover more than one fiscal year; *when so is required for a better understanding of the facts and circumstances that could have influenced the determination of the price; as well as when it is required to determine the origin of the declared losses, when they are part of other losses gen-*

erated in comparable transactions or are the result of specific conditions of previous years.” (Emphasis added)

As can be seen, as of 2013, the only situations in which the use of multiannual information, whether from past or future years, is permitted, are the following:

- a) When the business or commercial acceptance cycles of the taxpayer’s and comparables’ products cover more than one year.

There is no legal definition of “business cycle”; however, according to financial theory and from a macroeconomic perspective, a business cycle is made up of an expansion, boom, crisis and recession, generally coinciding with the GDP of a country, that has an impact on that country or on industry in general¹⁷.

In the particular case of a company, the “business cycle” implies, from a microeconomic perspective, a set of processes that, in turn, are made up of a sum of activities that have the ultimate goal of obtaining a product or the provision of a service.

In turn, the “cycle of commercial acceptance of products that cover more than one year” has to do with the process of evolution of a product from its market launch until its withdrawal occurs and which is linked to the “product life cycle”, as shown in paragraph 3.74 of the OECD Transfer Pricing Guidelines¹⁸.

Complementing the foregoing, marketing theory indicates that the life cycle of a product is generally made up of: (i) product development (zero sales); (ii) the introduction (slow growth in sales); (iii) growth (acceptance and increasing profits); (iv) maturity (growth slowdown); and, (v) decline (drastic decrease in earnings)¹⁹.

- b) When the use of said information is required for a better understanding of the facts and circumstances that could have influenced the determination of the price.

Neither Peruvian legislation nor the OECD Transfer Pricing Guidelines establish what those circumstances or events may be; however, according to marketing theory, price cuts or increases may respond to excess capac-

¹⁷ LAHOUD, Daniel. *Los principios de las finanzas y los mercados financieros*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2006. p. 12. See link: <https://books.google.com.pe/books?id=5gYon-5THR1cC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>.

¹⁸ The wording of the paragraph is the same in the 2010 and 2017 editions of the OECD Transfer Pricing Guidelines: “data from later years may be useful in comparing product life cycles of controlled and uncontrolled transactions for the purpose of determining whether the uncontrolled transaction is an appropriate comparable to use in applying a particular method.”

¹⁹ KOTLER, Philip; y ARMSTRONG, Gary. *Fundamentos del Marketing*. Madrid: Pearson Prentice Hall, 2003. p. 243.

ity, falling demand due to strong competition or a weakened economy, increased market share, cost of inflation and excess demand²⁰.

- c) When said information is required to determine the origin of the declared losses.

Information is required from previous years which could have influenced the determination of the losses generated in the assessed fiscal year (that is, there are no losses from previous years, but only from the assessed fiscal year).

- d) When the declared losses are part of other declared losses in comparable transactions.

The assumption in this case is that the analyzed company has experienced losses that could reach the entire business and not only the segments analyzed.

- e) When the declared losses are the result of specific conditions of previous years.

In this scenario the analyzed company has experienced losses in previous fiscal years whose effects reach the assessed fiscal year.

As can be seen, multiannual information cannot be used on a discretionary basis, much less can its use be based solely on the alleged advantage that it adds value and makes the transfer pricing analysis more reliable.

The multiannual data in the Peruvian transfer pricing regulations can only be used if the *taxpayer complies and evidences* to be in one of the situations established by the regulations that enable the use of said data. If the existence of any of these situations has not been proven, the multiannual analysis would lack legal support and must be rejected.

2.5 The use of multiannual information when the circumstances foreseen in the ITA are met can immediately affect the results that are produced under a certain transfer pricing method, as occurs in the profit-based methods (usually the TNMM) where one can resort to the use of an average of information from different years.

In this regard, the OECD Transfer Pricing Guidelines, jurisprudence, international doctrine and comparative legislation, expressly confirm that when applying the Transactional Net Margin Method (TNMM), it is possible to use the information from various years in order to determine the margin based on an average²¹.

²⁰ Ibidem, p. 280-281.

²¹ Comment 3.79, expressly referred to in the Net Transactional Margin Method chapter, points out the possibility of using the information from several years to *construct averages and ranges*: “3.79

The international Transfer Pricing doctrine maintains that, in the application of the TNMM, the average information of various years may be taken into consideration. In this connection Wittendorf indicates the following:

“12.2.3 Dynamic or Static Arm’s Length Tests: A multiple year analysis may involve making a static arm’s length test for each separate taxable year or making a dynamic arm’s length test covering multiple taxable years. The OCDE Guidelines provide for a dynamic examination of the application of the profit methods and of long-term contracts involving a series of identical transactions over multiple taxable years. Article 9 (1) of the OECD Model generally requires a dynamic arm’s length test to be made of multiple taxable years if the Price of market transactions is determined on the basis of a period.”²²

In the same sense, Kratzer points out that in the application of the MNT it may be necessary to use the information from different years in order to compare the net margins of the operations under analysis with those obtained by comparable companies, *since the margins of more than one year can be analyzed considering its average*:

“3.5 Transactional Net Margin Method [...]

3.5.2 Procedure [...]

3.5.2.2 Years of comparison [...]

Additionally, it may also be necessary to use multiple-year data in comparing the net margins of the controlled transactions of the tested party with comparable uncontrolled transactions of either the same MNE or an independent enterprise [...]. The net margins of more than one year may be looked at on a (weighted) average basis.”²³

Along the same lines, D’Arrigo²⁴ states that the arm’s length range or interval can be calculated based on the use of financial information from various periods, using an average of the results of controlled operations (tested party) and uncontrolled operations (comparables):

“3.8. The Arm’s Length range or interval

The use of multiple year data does not necessarily imply the use of multiple year averages. Multiple year data and averages can however be used in some circumstances to improve reliability of the range”. The wording of the paragraph is the same in the 2010 and 2017 editions of the OECD Transfer Pricing Guidelines.

²² WITTENDORFF, Jens. Multiple year analysis (chapter 12). In: _____. *Transfer pricing and the arm’s length principle in international tax law*. USA: Kluwer Law International, 2010. p. 384.

²³ KRATZER, Carsten. Transfer pricing methods. In: GREEN, Gareth (technical editor). *Transfer pricing manual*. London: BNA International Inc., 2008. p. 44.

²⁴ D’ARRIGO, Carlos M. *Régimen venezolano de precios de transferencia*. Caracas: Legis, 2003. p. 36-37.

[...]Another element to consider is the use of financial information from various periods under the provisions of article 134 given that the business or life cycles of products do not always materialize in the same financial year, which is why the taxpayer can use the financial results of several previous or subsequent years by averaging (simple average) the results of controlled operations and uncontrolled operations with which they will be compared” (emphasis added).

2.6 In this context, it is worth asking whether, when formulating the aforementioned averages, the comparison under the “3x1” rule would be in accordance with the law.

2.7 A review of comparative legislation shows, for example, that *Belgium* considers the “3x1” rule to be a valid parameter regarding transfer pricing²⁵.

The tax administration published Circular Letter No. 2020/C/35²⁶ on transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations. The Circular states that benchmark studies should cover 3 years, whereas, for the tested party, only the year under review will be considered (3x1).

This, since taking several years into account may mitigate distortions due to variations in economic, market or business conditions. Multiple year data to prepare the benchmarked range, may level out differences in market and product cycles which the Belgian tax authorities expect leads to better comparability.

On the other hand, in *Spain*, the Spanish Court of Appeal reached a final ruling on transfer pricing adjustments arising from the Spanish tax authority’s audit of IKEA Distribution Services. The Court confirmed the appropriate use of a multiyear analysis for purposes of determining the arm’s length range of profitability in a TNMM analysis while emphasizing the need to make the comparison of the taxpayer’s single-year results relative to the year under review (3x1)²⁷⁻²⁸.

2.8 From the Peruvian perspective, article 110 of the ITA regulations that we have commented on in relation to the multiannual analysis, indicates that the information to be taken into consideration will be from the “taxpayer *and* compa-

²⁵ IBFD Tax News. Transfer pricing circular published. Belgium: IBFD, March 2, 2020.

²⁶ The complete Circular Letter in its official language can be found at the following link: <https://www.mytaxcompass.be/media/1708/circulaire-2020-c-35-concernant-les-directives-en-mati%C3%A8re-de-prix-de-transfert-%C3%A0-l-intention-des-entreprises-multinationales-et-des-administrations-fiscales.pdf>.

²⁷ The Judgement in its official language is at the following link: <https://tpcases.com/spain-vs-ikea-march-2019-audiencia-naciona-san-1072-2019/>.

²⁸ BARRIGUETE, Pilar; and GRACI, Edland. Spanish appeals court rules on IKEA subsidiary’s approach to transfer pricing comparability, arm’s length range. *MNE Tax*, Spain, June 24, 2019. Available at: <https://mnetax.com/spanish-appeals-court-rules-on-ikea-subsiariys-approach-to-transfer-pricing-comparability-arms-length-range-34481>.

rable operations” corresponding to two or more fiscal years before or after the assessed fiscal year.

As noted, according to the ITA regulations, the use of information from previous or subsequent years is permitted provided that such multiannual use of the information jointly reaches both the taxpayer and the comparables. There is no restriction not to evaluate the tested party also based on a multiannual analysis.

A key aspect is to determine if this type of comparisons (“3x1”) is in accordance with a principle of consistency, which should be elementary in the analysis of transfer prices. Paragraph 2.81 of the OECD Transfer Price Guidelines emphasizes that the *profit indicators* of the tested party and of the comparables must be analyzed in a coherent way:

“2.81 Another important aspect of comparability is measurement consistency. The net profit indicators must be measured consistently between the associated enterprise and the independent enterprise. In addition, there may be differences in the treatment across enterprises of operating expenses and non-operating expenses affecting the net profits such as depreciation and reserves or provisions that would need to be accounted for in order to achieve reliable comparability”²⁹.

In our opinion, based on the “consistency” required by the OECD Transfer Pricing Guidelines when determining profit indicators, it should be required to apply the same period of time under analysis to both the comparables and the tested party.

In the review of recent foreign cases, we have observed that even some jurisprudence would be guaranteeing the multiannual evaluation not only with respect to the comparables; but also, to the tested party³⁰⁻³¹.

²⁹ The OECD Transfer Pricing Guidelines (2017 edition). The same wording can be found in paragraph 2.75 of the OECD Transfer Pricing Guidelines (2010 edition).

³⁰ Jorge Castellon comments on the Judgment issued by the Federal Court of Fiscal and Administrative Justice of *Mexico* in July 2011, in which the use of information from various years to determine the company’s gross margin in the application of the Resale Price Method was validated. In the aforementioned case, the tax authorities pointed out the existence of certain defects in the application of the Resale Price Method. “The tax authority argued that the taxpayer excluded, without reason, three companies that should have been considered as comparables, and that in order to determine its gross profit margin, the taxpayer took into consideration the average of three fiscal periods (2002, 2003, and 2004) when it should have considered only the fiscal period under review (2004)”.

The Federal Court of Fiscal and Administrative Justice said “the tax authority should have considered two or more fiscal periods for the computation of the taxpayer’s gross profit margin, *not only to provide consistency in the comparison of the results of the comparables with those of the taxpayer, but also to normalize the results obtained in a period in which there were variations in the prices of the products sold to the third parties*”. CASTELLON, Jorge; and VALERIO, Violeta. A surprise victory in Mexican transfer pricing case. *Tax Notes International*, Aug. 1, 2011, p. 313-314.

³¹ In the same vein, “Sweden’s Supreme Administrative Court ruled in favor of Swedish company, The Absolut Company AB (Absolut), in a transfer pricing dispute, agreeing with Absolut that the full

2.9 The need for a coherent analysis of transfer prices to consider *uniform* multiannual information analysis schemes has been highlighted not only by international jurisprudence, but also by the Peruvian Tax Court itself.

Indeed, the Peruvian Tax Court has accepted the multiannual use of the information as long as it *jointly* reaches both the taxpayer and the comparables.

The case that motivated the pronouncement of the Peruvian Tax Court deals with a taxpayer who supported his operations with related parties in a transfer pricing study that used multiannual information on the comparables side (2001-2003) and information from a single year on the taxpayer's side (2004). In solving this case, the Tax Court held the following:

“Regarding the period to be compared, the appellant used the financial information of the aforementioned companies from 2001 to 2003, comparing it with the appellant's financial information of only one year -fiscal period 2004-, a procedure that is not adequate, not only because it does not comply with the OECD's recommendations - which the same Report cites (page 5001) - to use multiannual data examining data both from the year under review and from previous years as well, but because it compares moments and, therefore, economic situations, that are different, and that may have a decisive effect in determining the prices of a transaction”³².

2.10 Our last comment is aimed at highlighting the urgent need to resort to multi-year transfer pricing analysis, not only with respect to the year 2020 in the context of COVID 19, but most likely also in the following years, considering that the level of losses that it is estimated taxpayers in Peru will suffer will take time to be reversed.

In this context, a multi-year analysis that considers in the comparison the 3-year average of the comparables vs. 1 year of the taxpayer will undoubtedly lead to incorrect analyzes that will not allow to discern the effect of the economic crisis caused by the COVID 19 pandemic. The crisis caused will certainly not only have affected comparables but, to a greater extent, taxpayers domiciled in Peru (usually selected as the tested parties in transfer pricing analyses), a country whose economy is among the most severely affected by the crisis in the world. Thus, in the future, average of financial data of, at least three periods including fiscal year

range of results in a benchmarking study could be applied and a multiple year analysis of the tested party data could be used to support an arm's length result.” THÖRNING, Madeleine. Absolut wins Swedish transfer pricing dispute over application of benchmarking study and multiple year analysis. *MNE Tax*, July 7, 2019. Available at: <https://mnetax.com/absolut-wins-swedish-transfer-pricing-dispute-over-application-of-benchmarking-study-and-multiple-year-analysis-34783>.

³² Tax Court Resolution No. 06481-1-2018 has been extracted in its original language from the following website: http://www.mef.gob.pe/contenidos/tribu_fisc/Tribunal_Fiscal/PDFS/2018/1/2018_1_06481.pdf.

2020, will help in capturing the effect of the critical recession in the business of the comparables and the tested party.

Regarding this reflection, the comments made by Indian author Rahul Mitra seem relevant. Said author points out that the possible recession or downturn in the global economy, post the outbreak of Covid19 might pose serious challenges in the matter of determination of ALP. Therefore, to ensure that taxpayers properly capture the downturn of the economy in FY 2020-21, it is important that the following is allowed:

Compare the weighted average of financial data of comparable companies for latest three FYs, including the current FY, against the weighted average of its own financial data for the same three FYs; or

Use only the financial data of comparable companies for the current FY (2020 or 2021), which would automatically capture the downturn in the economy³³.

3. Transfer pricing adjustments on financial statements formulated on functional currency

3.1 One of the topics that has also generated a recent debate is related to the currency in which the taxpayer's Financial Statements must be expressed when applying comparability adjustments and obtaining the profit level indicator (PLI) through the TNMM method.

The issue is not minor considering that since the pandemic caused by COVID 19 began, the depreciation of the sol (national currency) with respect to other currencies such as the United States of America Dollar (functional currency of many companies in Peru), is increasingly growing.

3.2 Numeral 4 of article 87 of the Peruvian Tax Code establishes, as a general rule, the obligation of taxpayers to keep accounting books and records in national currency. The keeping of accounting in foreign currency is only allowed as an exceptional case³⁴.

On the other hand, article 223 of the General Law of Companies establishes the corporate obligation that the financial statements must be prepared in accordance with *generally accepted accounting principles*, which substantially include the *International Accounting Standards (IAS)* made official in Peru, including IAS 21 – Effects of changes in foreign exchange rates.

³³ MITRA, Rahul. TP during and post Covid19 – batting on a seaming green top under an overcast sky. *Taxsutra*, Apr. 20, 2020, p. 6-7.

³⁴ Pursuant to article 87 of the Tax Code, only taxpayers who receive and/or make direct foreign investment in foreign currency, according to the requirements established by Supreme Decree countersigned by the Minister of Economy and Finance, and to which effect they contract with the State, may keep their accounting in dollars of the United States of America.

Paragraph 8 of IAS 21 defines the functional currency as “the currency of the primary economic environment in which the entity operates”. This accounting rule allows companies to present their financial statements in the currency in which they usually generate their income and make their expenses, that is, the currency of the main economic environment in which they operate³⁵.

In a Resolution issued on year 2019 (Resolution No. 8512-3-2019), the Peruvian Tax Court established that although under IAS 21 the functional currency can be used for the presentation of the financial statements, “in the case of Companies domiciled in Peru subject to the Tax Code, they must keep their books and records in national currency, and therefore, their financial statements in said currency, to later convert said financial statements to the functional currency, in cases where this latter currency is different from the national currency”. Hence, taxpayers with legal currency in soles and different functional currency have two balance sheets and financial statements: one for tax purposes in legal currency, and another for financial purposes in functional currency.

Therefore, it is relevant to ask which Financial Statement must be considered when transfer pricing analyzes are carried out.

3.3 The Tax Administration has held on Revenue Ruling No. 088-2018-SU-NAT/7T0000³⁶ that the calculation of the Profit Level indicator should be made based on the accounting books formulated in local currency (soles), for the following main reasons:

In accordance with the Tax Code, accounting books and records must mandatorily be kept in national currency, with the exceptions provided by the same Code.

The reliable financial information necessary to carry out the transfer pricing analysis is the financial information recorded in the accounting books and records that, according to the norms, must be kept in national currency (soles).

The reliable financial information necessary to carry out the transfer pricing analysis is that recorded in the accounting books and records, which is the same as that stated in the Annual Sworn Income Tax Return Statement, which can only be filed in national currency.

The ITA and its Regulations do not require that the Financial Statements expressed in functional currency (in application of the IAS) be considered for the transfer pricing analysis.

³⁵ According to paragraph 9 of IAS 21, the factors that must be considered to select the functional currency of a company are, among others: the main economic environment of the company, the environment in which the company normally generates and uses the cash, the currency in which sales and service prices are determined, and the currency in which the costs of goods and services are settled.

³⁶ The Report has been extracted from the following website: <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2018/informe-oficios/i088-2018-7T0000.pdf>.

International Accounting Standards and generally accepted accounting principles are not legal norms and are only applied supplementally in so far as they do not conflict with the ITA. Thus, as long as the ITA states that accounting books and records should be kept in national currency, the IAS are not applicable.

3.4 It should be noted that there is no tax regulation in the context of the Peruvian transfer pricing legislation that predetermines the qualitative characteristics that the PLI used in the TNMM must have.

According to paragraphs 2.79 and 2.89 of the OECD Transfer Pricing Guidelines³⁷, the taxpayer's PLI for the application of the Transactional Net Margin Method must necessarily:

Reflect the true nature of the transactions carried out by the taxpayer.

Represent the functions performed by the taxpayer.

Be built on reliable financial information.

The currency that best reflects the transactions and functions of the company and, in general, the economic reality of the company, is the "Functional Currency" since it considers a key element: the economic environment of the company. Likewise, it should be noted that the functional currency allows financial information to be expressed without the distortion of the exchange rate effect, for those companies that do not incur currency risks.

In this sense, unlike the official position of the Peruvian Tax Administration, the transfer pricing analysis should be carried out considering financial statements formulated in functional currency.

On the other hand, it is interesting to analyze the problems that stem from this position as a consequence of introducing a distorting element in the analysis of transfer prices, such as the exchange rate.

See the following basic examples where the company carries out its business of buying and selling in US dollars, which generates a positive profit margin (3%)

³⁷ "2.79 In applying the transactional net margin method, the selection of the most appropriate net profit indicator should follow the guidance at paragraphs 2.2 and 2.8 in relation to the selection of the most appropriate method to the circumstances of the case. It should take account of the respective strengths and weaknesses of the various possible indicators; the appropriateness of the indicator considered in view of the nature of the controlled transaction, determined in particular through a functional analysis; the availability of reliable information (in particular on uncontrolled comparables) needed to apply the transactional net margin method based on that indicator; and the degree of comparability between controlled and uncontrolled transactions, including the reliability of comparability adjustments that may be needed to eliminate differences between them, when applying the transactional net margin method based on that indicator. [...]2.89 The denominator should be one that is capable of being measured in a *reliable and consistent* manner at the level of the taxpayer's controlled transactions. In addition, the appropriate base should be one that is capable of being measured in a reliable and consistent manner at the level of the comparable uncontrolled transactions".

in one scenario and negative (−3%) in another; but which, due to the exchange rate, causes the opposite result in soles:

Example 1:

Concepts	USD	TC	Soles
Sales	103.000	3,100	319.300
Sales Cost	−100.000	3,250	−325.000
Profit/loss	3.000		−5.700
Profit margin	3,00%		−1,75%
Cash Balance	3.000		

Example 2:

Concepts	USD	TC	Soles
Sales	97.000	3,250	319.300
Sales Cost	−100.000	3,100	−325.000
Profit/loss	−3.000		−5.250
Profit margin	−3,00%		−1,69%
Cash Balance	−3.000		

If a company buys (pays) and sells (charges) in US dollars (functional currency), the loss of the exchange rate is nothing more than a distortion alien to the reality of the business, since it generates a loss of 1.75% where the business determined a real profit of 3% (Example 1), or generates a profit of 1.69% where the business determined a real loss of 3% (Example 2).

As can be seen, the result in soles only shows the equivalence in said currency, assuming that the operations were settled in said currency, which is not consistent with reality and evidently does not reflect the real profitability of the business.

Through this basic example, it can be seen that when profit and loss statements expressed in soles register operations in other currencies a distorted profit margin can be generated. Therefore, the use of a financial statement in soles to find the profit margin in cases where the company has a different currency as its functional currency can distort the transfer pricing analysis, defeating its purpose.

3.5 In line with these arguments, the Tax Court has recently resolved this controversy in Resolution No. 11932-1-2019, where it ruled in favor of the use of functional currency in determining the PLI in application of the transactional net margin method, indicating the following:

“That in that order of ideas, it is appropriate for the application of the TNMM that the profit indicator be determined on the basis of financial information contained in the financial statements in functional currency, which is not prohibited by the obligation established in number 4 of Article 87 of the Tax Code, so that the considerations put forward by the Administration to rule out the use of functional currency in the transfer pricing analysis are not applicable.”

To reach this conclusion, the Tax Court analyzed the TNMM noting that it is appropriate to use financial information in functional currency considering that, according to IAS 21, this is the currency that reflects the main economic environment of companies:

“[...] considering what has already been mentioned in regard to the TNMM method [...], its application requires knowing both the net profit margin of the related company examined and the net profit margin of comparable independent companies, so that [...] based on the financial information of these companies, the corresponding net profit margin can be established, depending on the relationship between the variables used, that is, the profit indicator.

According to the above, companies prepare and present their financial statements, which comprise the balance sheet and the profit and loss statement, in accordance with accounting principles generally accepted in the country, *such as IAS 21, which establishes that the functional currency is the one that reflects the main economic environment in which companies operate, which includes the transactions, events and conditions that underlie and are relevant to them.*

That in this sense, since the transfer pricing rules seek to establish that the value of transactions between related parties corresponds to the value of transactions between independent parties under the same or similar conditions, the financial information from which the profit indicator will be constructed for the application of the TNMM should reflect to a greater extent the economic reality of the analyzed transactions. For this purpose, it will be appropriate to use the financial information provided by the financial statements expressed in the functional currency, as this is the one that corresponds to the main economic environment in which companies operate.” (Emphasis added)

After reviewing these norms, the Tax Court noted the following:

“That in this sense, in view of said purpose and, in particular, for the application of the TNMM, *it will be appropriate to use the financial information contained in the financial statements expressed in functional currency, since said currency reflects the main economic environment in which companies oper-*

ate and that is why IAS 21 requires its use for the presentation of financial statements.” (Emphasis added)

Considering this precedent, the Tax Court has established that the profit level indicator referred to in the TNMM is the one prepared on the basis of financial information in functional currency.

Lima, June 29 2020

**VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário
Internacional – IBDT/DEF-USP**

***VIII Brazilian Congress of International
Tax Law – IBDT/DEF-USP***

RELATÓRIOS DO MODERADOR
MODERATOR REPORT

Report: "New Foundations of International Tax Law: Pillar I and II of OECD and Covid-19"

Daniel Teixeira Prates

Master's Candidate in International Tax Law and Development
at the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT).

The congress opened with the panel "New Foundations of International Tax Law: Pillar I and II of OECD and Covid-19". This panel gathered together some distinguished panelists, representing the Brazilian tax administration, OECD and academia, to discuss the challenges that the digital economy poses for taxation and the proposals that are being developed in the forum of OECD (the so-called Pillar One and Pillar Two).

The panel was chaired by Luciana Galhardo Rosanova and the discussions were moderated by Daniel Teixeira Prates. The key speakers were Flavio Araujo, senior tax official of Brazilian Tax Administration and delegate of Brazil in the Steering Group of the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS; Tomas Balco, senior advisor at the Center for Tax Policy and Administration at OECD; and Belema Obuoforibo, Yariv Brauner and Luis Eduardo Schoueri, members of academia.

After the introductions made by the chair, Tomas Balco took the floor and made an initial observation on the title of the panel pointing out that it could wrongly suggest that the Pillars belong to or are a creation of the OECD, while actually they are being put forward by the Inclusive Framework, a framework that brings together over 137 countries and jurisdictions to collaborate on the implementation of the BEPS package.

The OECD official presented the evolution of the work on addressing the tax challenges arising from the digitalization of the economy dating back from BEPS Action 1 Report until 2020. The presentation brought relevant elements that contributes for a better understanding of the various positions of countries and why the Pillars have the current configuration.

Regarding BEPS Action 1, the panelist mentioned that, in this report, it is possible to identify some seeds that influence the current debate. For example, the report identifies and clarifies that, when it comes to digitalization, we are not talking about digital economy, but rather a trend that is gradually penetrating in all sectors of the economy. In other words, we are talking about a digitalization of the economy in a much broader sense that is not restricted to a specific sector of the industry. In addition, this report emphasizes that the features of the digitalization of the economy have the potential to deepen the problems of base erosion and profit shifting. If one of the objectives of a traditional tax planning was to avoid having physical presence in a jurisdiction, with the digitalization this objective can be achieved even more easily.

The panelist pointed out that one important achievement of BEPS Action 1 was the consensus achieved on the new standards for VAT. New rules emerged formulating recommendations for making the remote sellers in to the market jurisdictions to be obliged to register for VAT purposes and to collect and report the tax to the jurisdictions of the respective markets.

However, regarding Corporate Income Tax, there was no agreement among the countries. Countries had divergences of views, already at that time, with respect to the needs of changing the system to address the challenges that the digitalization present.

Regarding the 2018 interim report, Tomas mentioned that this report brought interesting inputs about the different business models and how the value is created. It was identified some relevant features, such as the possibility of carrying on business operations of large scale without having physical presence, the reliance on intangible assets and the importance of data, as well as of user participation, and the synergies that these elements can create with other intangible properties. It was also identified three broad positions of countries. One position was that BEPS Actions are working, and no changes are needed. Second, change is needed but only to address the new aspects of the digital economy. Finally, there was a third category of countries that advocated for a change in a broader sense.

In 2019, the two Pillars emerged. With respect to Pillar One there were three proposals (active user participation, marketing intangible and significant economic presence). Despite of having different scope and approaches, these proposals have some commonalities. The unified approach was developed in this context. It was a tentative of the OECD to bridge the divergence of these proposals and to explore the commonalities that exist between them.

Flavio Araujo was the next speaker. He explored the involvement of Brazil in the BEPS, the relations of the country with the OECD and also its participation in the debates of taxing the digital economy. The speaker mentioned that since the 90s Brazil has already had some participation in the area of tax policy and administration in the OECD forums. From 2013, with the BEPS project, the country started to participate even more actively in the international discussions. In the context of the BEPS project, the country participated with active voice, voting and, naturally, assuming the commitment to implement the solutions that were agreed among the countries. Flavio explained that this engagement continues today. Brazil is a member of the Steering Group of the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS, which is the group that gives the directions and interacts with the working parties of the OECD to try to evolve in this complex environment, with so many variables and complex elements.

With respect to the dynamics of the discussion developed in the Steering Group, Flavio brought some interesting inputs. He mentioned that there is a delicate and very complex balance in the composition of the group that allows that the different countries' perspectives be considered and contemplated. There are 8 countries that are members of OECD and G-20 (Germany, Australia, France, Italy, Japan, South Korea,

United Kingdom and United States), 6 countries of G-20 that are not member of OECD (Brazil, China, Argentina, India, South Africa and Saudi Arabia), 4 OECD countries that are not member of G-20 (Austria, Colombia, Spain and Sweden) and 6 countries that are not members of G-20 and neither of OECD (Nigeria, Ivory Coast, Georgia, Singapore, Jamaica and Senegal). All countries have right to vote on the decisions, which are made by consensus.

The Brazilian delegate also mentioned that, in these discussions, countries start from very different perspectives. There are a group of countries that have the perspective of source countries and another group that represents the position of residence jurisdictions – who are realizing that this approach does not seem to be working well in the context of the digitalization of the economy. With respect to Brazil, Flavio mentioned that historically the country was closely linked to the source's perspective. However, this position is suffering some changes more recently with the internationalization of the Brazilian companies.

The panel moved forward to a second block, in which the panelists were invited to present their views with respect to Pillar One from an international perspective and a Brazilian perspective.

Yariv Brauner initiated the debate and presented some of his critics about the project, especially with respect to the scope of the proposal and its complexity. As far as the scope is concerned, the panelist expressed the view that the proposal presents a ring-fencing solution, in spite all the commitment that was achieved originally. Besides that, in his opinion, there are no logical reasons to restrict the scope of the measure to multinationals that have a minimum of EUR 750 mi of turnover. The academic argued that a proposal that aims to target the challenges that the digital economy presents should not be restricted to specific sectors of the economy or to groups of multinationals that have high level of income.

Regarding the complexity of the proposal, some of the points raised by the academic were the challengeable issues concerning the interactions and the coordination between the rules of the Pillars and between them and other current rules. Giving some example, Yariv Brauner envisages some practical issues when it comes to the coordination between the rules of Pillar One and Pillar Two and among these rules and anti-hybrids. In addition, the academic also made some comments on the mechanism of dispute resolution that is part of the package and also addressed briefly the position of the US concerning Pillar One.

Belema Obuoforibo brought to the panel the Africa's perspective concerning Pillar One. The panelist highlighted that any proposal that aims to tax the digitalization of the economy is very welcomed. In her view, when we look at what African governments are doing, we do see a broad welcome for the Inclusive Framework proposal. However, she highlighted that there is still a need for further actions to be taken to secure the tax base of African countries. The panelist complimented the fact that the Inclusive Framework takes on board the perspectives of African and developing coun-

tries. Nevertheless, she highlighted the need for a coordinated Africa voice to pursue more substantial taxing rights for its countries.

Belema demonstrated frustration with respect to the US proposal of treating Pillar One as a safe harbour (i.e. as an optional system to the MNEs). This approach would lead to the failure of the attempts to address the challenges that the digital economy presents and would not attend the needs of market jurisdictions.

On the UN proposal (art. 12-B), Belema also welcomed the initiative but demonstrated certain skepticism to the success of the proposal. The panelist finds difficult that countries will effectively sign bilateral agreements with this provision. To achieve this conclusion, the panelist made a comparison with the articles that are unique in the UN model. According to the researches developed in IBFD, the cases in which these articles are taken to treaties are not frequent. Therefore, in her view, it is also unlikely that this new provision (art. 12-B) will be taken to new bilateral treaties.

The speaker also mentioned in her speech the unilateral initiatives that some countries in Africa are taking to tax the digital economy (for example, Nigeria and Kenya) and pointed out that ATAF is encouraging African government to put in place, in a harmonized way, digital services tax.

Luis Eduardo Schoueri was the next panelist to comment on Pillar One. In his presentation, the Brazilian academic seek to point out, in the beginning, some of the challenges that the proposal poses. The panelist highlighted three specific challenges.

The first one would be the need of reviewing all the network of DTAs that are currently in force (approximately 3000). The panelist mentioned that the DTAs are grounded in the concept of separated entity and in the arm's length principle (ALP). The established framework requires at least a permanent establishment to concede taxing rights to a jurisdiction. The challenge that appears in Pillar One is that it presents a new system of taxation that does not fit in what we currently see in the DTAs.

The second challenge would be the need of reformulating also the domestic legislations. Based on the premise that Pillar One taxes group's profits, Schoueri understands that the taxpayer of this measure would not be a specific legal entity or a permanent establishment. The taxpayer would be the group. For the academic, this change may have some implications if it is scrutinized from the perspective of the equality principle: we will have some taxpayers taxed on the profits that are generated from a legal entity or a PE and, at same time, we will also have a new category of taxpayers that will be taxed on group's profits.

Lastly, it was also raised the challenges that probably will emerge to achieve consensus in some features of Pillar One (e.g. the amount that will be distributed among countries, the allocation keys and the determination of a harmonized tax base).

Schoueri also made observations on the formula that is envisaged in Pillar One. It was highlighted that the formula relies on a fixed return to establish what would be the residual profits distributed between the countries. The academic mentioned that the usage of a fixed return is something not new in transfer pricing arena. This is

something that Brazil adopted since the beginning of its transfer pricing legislation. Making a connection with the transfer pricing project that is being developed by Brazil and OECD, Schoueri argued that it is possible to arrive from fixed margins to an approximation of what would be an arm's length return and sustained that this type of approach brings simplification, certainty and reduces disputes.

Referring to the unilateral measures, the speaker mentioned that Brazil faces a different reality. It was highlighted that the giants of the digital economy are already physically established in Brazil and this factor facilitates to some extent the taxation on source applied by the country. Schoueri also raised the limitations that the unilateral measures and other similar proposals present, including the one elaborated by Yariv Brauner and Andres Baéz. These measures apparently face challenges to address situations in which MNEs can access the market of a jurisdiction without having physical presence and the payments for the activities remotely carried out are not made by a source of that country. The academic demonstrated skepticism about these proposals and raised the question on how to apply these measures in such situations.

Flavio presented reactions on some of the comments of the previous panelist. Referring to the unilateral solutions that several countries adopted, the speaker mentioned that these measures contribute to make the current environment even more complicated and highlighted the importance of achieving consensus in a common solution.

The Brazilian tax official also made some observations on the inadequacy of the current framework to address the challenges of the digital economy. As he mentioned, in the context of the digitalization of the economy, the physical aspect became irrelevant to establish taxing rights, what, in his view, justify a review of the terms of the current international tax framework.

Regarding the concern expressed by some speakers that Pillar One would lead to a rediscussion of the entire current tax system, including domestic aspects, Flavio mentioned that he does not share this view. The panelist explained that Pillar One is a solution that runs on top of the current system, as if it was a layer that will interact with the different features of the current system.

Referring to the concern expressed by Schoueri related to the need of reviewing all the network of DTAs, the tax official mentioned that it is very reasonable to expect the adoption of a multilateral instrument after the achievement of consensus in respect of the solution. He argues that the solution that is being contemplated contains several features that changes substantive rules related to attribution and limitations of taxing rights and also to the implementation of mechanisms to avoid double taxation.

Flavio also made some observations and clarifications on the transfer pricing project that is under development by Brazil and OECD. The speaker explained the reasons why the country is seeking for alignment with the OECD standards and highlighted the intentions of retaining and enhancing the aspects of simplification and certain-

ty that were originally envisaged in the foundations of the Brazilian transfer pricing system.

The speaker recalled that this framework was developed in another context, a context in which the economic reality was completely different, and the risks of profit shifting were limited. As he observed, this system was not significantly enhanced during the years. There were few changes in the legislation but not substantive modifications that would be able to deal with the multiple challenges that emerged.

The Brazilian tax official mentioned that the project made an assessment of the effectiveness of the current rules and the conclusion achieved was that this framework is no longer effective to secure the tax base of the country and to provide tax certainty, especially from an international perspective. MNEs have changed their business model and are able to allocate their profits in low tax jurisdiction. Flavio pointed out that currently we have more tools to assess the ineffectiveness of this system, such as the CBCr and the mechanisms of exchanging information, including the rulings issued by other jurisdictions.

Flavio mentioned that one important element for the development of the project is the interaction of the Brazilian tax administration with the various stakeholders. In this context, he drew the attention to the survey that was launched by the tax administration and OECD related to the design of new safe harbours and other simplification measures. The speaker said that they are expecting to receive constructive inputs that will help in the designing of these elements of the new legislation and highlighted to the participants in the survey the importance of providing well-founded responses, supported with analysis, data and information.

Another relevant observation made by the tax official was related to the interactions of what is being envisaged in the context of the digital economy, especially in Pillar One, and the Brazilian transfer pricing rules. The speaker mentioned that it is important to note that, unless the new transfer pricing system is aligned, the overlay of Pillar One on the current transfer pricing system may create some undesirable and strange outcomes, including from the perspective of double taxation.

Tomas Balco also made some comments on the interventions of the previous panelists. The speaker highlighted that taxing the income generated in the digital economy also involves a question of fairness. Governments and specially taxpayers who pay taxes and that have physical presence do not see necessarily fair that somebody who is able to operate remotely in their jurisdictions makes significant profits in that jurisdictions while paying no income tax there.

As far as the unilateral measures is concerned, the speaker pointed out that the dangerous of the unilateral measures is that they may not be well-calibrated and well-designed. Most of these measures do not look at the profitability of the enterprises. If they apply disproportionately, there is a potential to make certain business transactions impossible from the commercial perspective. Besides that, countries that feel that they are being targeted by these measures can start to respond and to imple-

ment counter measures, bringing us just a step away from having trade wars, which would have negative impacts on many business models, not only to those digitalized but on all different types of taxpayers, and would be detrimental especially in the current economic situation that is already seriously worsen as a result of the Covid-19 pandemic.

This explain the urgency and the pressure to find a common solution in which countries could have some alternatives to those unilateral measures and would be acceptable and agreed on a global scale. Tomas Balco stated that there are challenges on the proposal, both on technical and political level, but he emphasized that there are sincere efforts of the Inclusive Framework countries to find a common solution.

In response to the considerations made by Schoueri about moving from the single entity approach, Tomas mentioned that the Inclusive Framework is looking beyond it because it is easy to tax plan with the solutions being limited to the single entity approach. If a MNE wants to avoid paying tax in the jurisdiction where it sells its goods or services, it can be structured in a way that it has little or no profits as a seller (even as a remote seller) to be allocated to such market jurisdiction. The profit will be made one or two steps back, in other legal entities. That is why it makes sense to stop looking at the profits made at a specific legal entity and starts to look at to the profits which is booked somewhere else in the group but it is understood to be derived from the activities in a specific jurisdiction.

The speaker also reacts on the linkages that were made between the simplification measure that is being contemplated in Pillar One to determine the residual profit and the fixed margins contained in the Brazilian transfer pricing legislation. Tomas Balco highlighted that these mechanisms are different things. He explained that, in Pillar One, we are talking about the residual profits that will be calculated based on the consolidated profit, where it is extremely challenging to try to bring it back into transactional basis. That is why simplification approaches are being used to address this challenge, which would otherwise overcomplicate the new system.

Lastly, the speaker made some comments on the effectiveness of the Brazilian transfer pricing rules mentioning that the current fixed margins creates anomalies – on the one side, this system creates double taxation, but on the other side, it also leads to significant under taxation of some taxpayer and, therefore, creates inequality and unlevel playfield.

After the debate on Pillar One, Yariv Brauner and Luis Eduardo Schoueri made comments on Pillar Two.

Yariv Brauner understands that the solution that is being contemplated under Pillar Two contains some problems such as the carve-outs, the thresholds, the definition of group and the determination of the minimum rate of the Income Inclusion Rule.

Luis Eduardo Schoueri explored the interactions of the Income Inclusion Rule and the Undertaxed Payment Rule with articles 7 and 24 of DTAs and also made a compar-

ison between these rules and some features of the current Brazilian tax system. The academic pointed out that Brazil already has a broad CFC rule and an aggressive taxation on source on royalties and services, raising the question about the real need of implementing Pillar Two in Brazil.

Report: "Taxation in times of Covid-19: deductibility of donations, taxation of governmental grants and other related topics"

Juliana Midori Kuteken

Master's Candidate in International Tax Law and Development at the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT).

Abstract

The present report aims to present the discussions held at the panel "Taxation in times of Covid-19: deductibility of donations, taxation of governmental grants and other related topics", in the VIII Brazilian Congress of International Tax Law, organized by the Brazilian Institute of Tax Law – IBDT. The panel occurred on September 16, 2020 and discussed the following topics in relation to the proposed subject: "Covid-19 and restrictions on mobility of individuals"; "Deductibility of donations"; "The EU Recovery Fund and its Tax Implications"; and "Transfer pricing and Covid-19".

Keywords: Covid-19, fiscal residence, deductibility, donations, EU recovery fund, transfer pricing.

1. Introduction

The COVID-19 pandemic has raised several tax implications, imposing challenges in respect to both domestic and international tax law. In this context, not only traditional concepts and standards were put into a new perspective (such as the characterization of tax residence or deductibility of expenses for corporate income tax purposes), but also the institution of emergency measures as a response to the COVID-19 crisis (which include recovery and aid instruments introduced by States). In addition, the COVID-19 pandemic has also increased existing issues in the application of certain institutes, such as transfer pricing ("TP") rules and the arm's length standard.

2. Covid-19 and restrictions on mobility of individuals

The pandemic has restricted free mobility of individuals in face of either sanitary authorities' recommendations and/or closed borders and limitation on transportation, resulting in forced displacements. The potential tax consequences of such forced displacements were discussed in the first part of the panel.

On April 3, 2020 the Organization for Economic Co-operation and Development ("OECD") Secretariat issued a note analyzing the impact of the COVID-19 crisis to tax treaties (the "OECD Note")¹. The OECD analyzed four specific aspects: permanent es-

¹ OECD. OECD Secretariat Analysis of Tax Treaties and the Impact of the COVID-19 Crisis. Paris: OECD, 2020.

establishments ("PE"), place of effective management, cross-border workers and residence of individuals. In brief, the conclusions were that temporary dislocations should not have tax implications, and that application of tax treaties should not be altered.

In this regard, Professor Andrés Baéz Moreno has pointed out that the OECD Note mostly relied on subjective elements such as *force majeure* or *involuntary* expatriation, which, according to his opinion, ultimately undermine the objective criteria upon which equality should be based in tax matters. The Professor argued that the intention of the taxpayer should not determine the applicable tax treatment, and that the role of intention is something more typical of the world of tax crimes and penalties than of tax law².

The Professor highlighted that tax residence tests are usually day-count based and should not be intention-oriented. The same approach should apply to the other issues discussed in the OECD Note, such as the PE threshold, and the tiebreaker rules contained in Article 4 of both the OECD and United Nations ("UN") Model Tax Conventions, or the domestic residence criteria for companies.

By its turn, Professor Ricardo Mariz de Oliveira has discussed the characterization of residence of individuals from a Brazilian perspective. Whereas tax residents are subject to taxation on a worldwide income, non-residents are in general only subject to source taxation. Tax rates also vary – residents are subject to the general rate of up to 27.5%, while non-residents are subject to the general rate of 15%.

Professor Ricardo Mariz has then explained that, in Brazil, tax legislation provides two criteria for characterization of tax residence of individuals: an objective and a subjective one. Pursuant to the subjective criterion, an individual that leaves the country with the intention to establish residence abroad must declare that to the Federal Revenue Service. On the contrary, whenever a non-resident enters the country with the intention to establish residence in Brazil, he or she will be considered a resident – starting from the moment of arrival in the country. On the other hand, the objective criterion sets forth time thresholds for characterization of tax residence or not – twelve months abroad for characterization as a non-resident, and 183 days in the country within a period of twelve months for characterization as a resident.

Against that background, it would be possible that an individual stranded in the country due to the pandemic for more than 183 days be deemed as a tax resident in Brazil, pursuant to the objective criterion. However, Professor Ricardo Mariz has ar-

Available at: <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/oecd-secretariat-analysis-of-tax-treaties-and-the-impact-of-the-covid-19-crisis-947dcb01/>

² The more detailed opinion of Professor Andrés Baéz Moreno on the topic can be found in: BÁEZ MORENO, Andrés. Unnecessary and Yet Harmful: Some Critical Remarks to the OECD Note on the Impact of the COVID-19 Crisis on Tax Treaties. In "Intertax", v. 48, Issue 8 & 9, pp. 814-830; and BÁEZ MORENO, Andrés; LÓPEZ, Hugo. Reflexiones sobre la pandemia y sus efectos en la fiscalidad internacional a partir de la Nota de la OCDE de 3 de abril de 2020. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3624152.

gued that the subjective criterion prevails over the objective one, especially because the former is applied in first place, i.e., once intention towards becoming a resident in Brazil is declared, the time threshold is not even required. The Professor then emphasized that disregarding the role of the taxpayer's intention in practicing acts that lead to taxable events would result in confiscatory taxation³.

Professor Bruno da Silva has raised the concern that the existing OECD Commentaries to the Model Tax Convention ("Commentaries") are not sufficient to address the situation under discussion. He has called the attention that there is nothing in the Commentaries that suggest that intention should be taken into consideration. However, his opinion is that one possible solution could be asking the taxpayer which tie was more important to him – e.g., does the taxpayer wants to give predominance to the center of personal or economic interests? Lastly, the Professor has recalled that the OECD Note has stated that dual-residence situations are very uncommon, which is quite curious when one considers the large discussion not only on tie-breaker rules and place of effective management, but especially on treaty abuse situations based exactly on the change of taxpayers' residence.

Dr. Raquel Preto has argued that tax law cannot ignore some fundamental institutions of law, such as *force majeure* and fortuitous event, situations which are unforeseeable and cannot be imposed to the taxpayer.

3. Deductibility of donations

The COVID-19 has led to an economic and health crisis, which have motivated many legal entities to make donations of money or supplies to help vulnerable people or institutions dedicated to the treatment or fight against COVID-19. The tax issue that arises is the deductibility of these donations in the calculation of the taxable profit by the Corporate Income Tax.

From a Brazilian perspective, Professor Ricardo Mariz has explained that there are quantitative and qualitative restrictions on the deductibility of expenses provided by law, along with general requirements for the tax deduction to be accepted. The answer, according to the existing law in force, is the non-deductibility of these donations, however fair they may be from a humanitarian and philanthropic point of view. According to the Professor, a change in the social circumstances could not lead to a change in the interpretation of the law⁴.

³ The more detailed opinion of Professor Ricardo Mariz de Oliveira can be found at OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Pandemia e Indagações Tributárias. In "Revista de Direito Tributário Atual", n. 44. São Paulo: IBDT, 2020, p. 493-505; and also in the paper "Tributação em Tempos De COVID-19. Fixação De Residência Fiscal - Dedutibilidade De Doações", in the present annals.

⁴ The more detailed opinion of Professor Ricardo Mariz de Oliveira can be found at OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Pandemia e Indagações Tributárias. In "Revista de Direito Tributário Atual", n. 44. São Paulo: IBDT, 1º Quadrimestre de 2020, p. 493-505; and also in the paper "Tributação em Tempos De COVID-19. Fixação De Residência Fiscal - Dedutibilidade De Doações", in the present annals.

Professor Andrés Baéz = has agreed with Professor Ricardo Mariz = on the impossibility of changing the interpretation of the law, informing that deductibility rules work very similarly in Spain. The Professor has added that, allowing the deductibility of such expenses with donations to the fight against COVID-19 would represent a loss of revenues of the tax administration, ultimately leading to a risk of "privatization" of public law, i.e., to the extreme, there would be companies selecting public expenditures if broad tax deductions were to be allowed.

4. The EU Recovery Fund and its Tax Implications

In May, 2020 the European Commission presented a plan designed to stimulate recovery of the European economy. The Commission proposed the institution of a completely new instrument called "Next Generation EU", which was adopted in July 2020. The instrument consists in the issuance of bonds by the Commission to borrow funds in the financial and capital markets in the total amount of EUR 750 billion. Proceeds obtained with those bonds would be transferred to member States by means of grants and loans. The bonds are not meant to recover the cost of COVID-19 to the businesses – this was mostly done by national measures – but rather to be applied in structural measures.

Professor Carlo Garbarino has explained that the European Council recognized the need for exceptional measures and especially massive public and private investment at European level, which represents a disruptive feature in face of the monetary and tax policies' sovereignty each member State bears⁵.

Professor Carlo Garbarino has further noted that the repayment of loans by member States would be only partial, leading to an asymmetry to be fulfilled with EU own resources. Thus, in the next years, it is most likely that the EU will establish its first tax. The proposals for an EU tax include a plastic tax, carbon border adjustments or changes in the EU Emission Trading System ("ETS"). The Professor has concluded that the described scenario might lead for the first time to the basic elements of a new common EU fiscal sovereignty.

5. Transfer pricing and Covid-19

COVID-19 has also imposed challenges in the application of TP rules and standards, emphasizing existing challenges, such as assessment of costs and determining comparable transactions.

Professor Bruno da Silva has introduced the discussion asking whether the existing OECD Commentaries or the Transfer Pricing Guidelines would provide a solution for the challenges to the application of TP rules and arm's length standard. Paragraph

⁵ The more detailed opinion of Professor Carlo Garbarino can be found in the paper "The EU Recovery Fund and its Tax Implications", in the present annals.

3.7 of the 2017 OECD TP Guidelines⁶ addresses the issue of unpredictable situations, however, the solution proposed by the Guidelines does not provide much help as it remits the resolution of the question to what independent enterprises would have done in comparable circumstances – thus leaving the remaining questioning: are there comparable circumstances to COVID-19?

The Professor then listed several issues that may arise: (i) whether government interventions and subsidies granted to a specific entity could be transferred to other entities within the same group and how would TP rules apply; (ii) whether losses could be shared within a multinational group; (iii) whether extraordinary costs could be considered in the assessment of costs, especially in cost-based TP methods; (iv) whether contractual framework within multinational groups could be re-discussed in view of the exceptional circumstances, even in the absence of such provision in the contracts; (v) whether existing advanced pricing agreements (APAs) should be renegotiated since the criteria on which they have been based might not be accurate anymore; (vi) how to deal with the absence of comparability data and benchmarking; (vii) how to carry out the analysis of functions in the context of the lockdown; and (viii) whether it should be advisable to record additional documentation to evidence the challenges that have been faced by entities during the pandemic crisis.

Following Professor Bruno da Silva's comments, Professor Andrés Baéz has remarked the implicit contradiction in the existence of "comparability *adjustments*" – which, in his view, seeks to turn something *not comparable* to something *comparable* and has posed the question to which extent would that be in fact possible. In fact, absence of comparables is one key challenge to application of TP rules and Professor Andrés Baéz has concluded that, if a lesson should be obtained from the COVID-19 crisis to the field of TP, it is that the untraditional methods – that do not rely on comparable analysis – might gain increasing relevance in the near future.

⁶ "3.72 The question arises whether and if so how to take account in the transfer pricing analysis of future events that were unpredictable at the time of the testing of a controlled transaction, in particular where valuation at that time was highly uncertain. The question should be resolved, both by taxpayers and tax administrations, by reference to what independent enterprises would have done in comparable circumstances to take account of the valuation uncertainty in the pricing of the transaction". OECD. OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017. Paris: OECD, 2017. Available at: <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-20769717.htm>

Report: “Post-Beps: the Implementation of the Minimum Standards and other Related Issues”

Adriana Brito

Master Candidate in International Tax Law and Development at IBDT, International Tax Specialist at IBDT. Tax Specialist at IBET. Member of the researching group of International Tax Law and Development at IBDT – NUPEM.

Abstract

This report aims to present the main content presented on Panel “Post-BEPS: The implementation of the minimum standards and other related issues” held at the VIII Brazilian Congress of International Tax Law, organized by the Brazilian Institute of Tax Law – IBDT. The event occurred between September 16th and 18th on Zoom, and discussed the subject “New paradigm of international taxation and COVID-19”.

Keywords: BEPS. Minimum standard. PPT. LOB. GAAR. Transfer Pricing. MAP.

1. Introduction

The panel took place on September, 16th and was split into two blocks. The main topics discussed during the first block focused on explaining the minimum standards and the Actions BEPS 5 and 6 in view of Brazil framework.

Professor Sergio André Rocha started the presentation by providing a summary of the Actions BEPS, focusing on the minimum standards: Action BEPS 5 – Countering Harmful Tax Practices more effectively, taking into account transparency and substance; Action BEPS 6 – Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances; Action BEPS 12 – Transfer Pricing documentation and Country-by country Report (“CbC Report”); and Action BEPS 13 – Making dispute resolution mechanisms more effective.

Then, Professor Paulo Rosenblatt presented the main controversies involving Actions BEPS 5 and 6, with a focus on Brazil.

After that, Professor Craig West stated his view on Action BEPS 6 based on the South African experience and the main aspects involving Action BEPS 14.

Finally, Professor Natalia Quiñones brought to light the Colombian challenges of addressing the Transfer Pricing issues and made some comments regarding the Country-by-Country Report. In addition, she commented the process of making the Colombian rules adequate to the OECD model.

2. Main Content

Professor Sergio André Rocha gave a brief overview of the OECD’s efforts throughout the years to improve cooperation between countries.

In response to the call of G20 Leaders in 2015, the OECD and the G20 members established an inclusive framework on BEPS, representing an important milestone to create more transparent tax environment through the implementation of the minimum standard (Actions BEPS, 5, 6, 12 and 13).

In addition, the professor made a short summary in related to how adequate Brazil is to the minimum standards:

- Action BEPS 5: exchange of rulings by Brazil's tax administration – Normative Instruction no. 1,658/2016 and no. 1,773/2017;
- Action BEPS 6: there is a lack of internal regulation. However, the Principal Purpose Test ("PPT") and other anti-abuse provisions were included in bilateral treaties;
- Action BEPS 12: implementation of automatic exchange of information based on the Multilateral Convention – Decree No. 8,842/2016 and CbC Report implemented through Normative Instruction No. 1,681/2016;
- Action BEPS 13: mutual Agreement Procedure regulation through Normative Instruction No. 1,846/2018.

Finally, the professor commented on the current Brazilian effort to harmonize the Transfer Pricing rules with the Arm's Length principle, in order to comply with the OECD standard.

Professor Paulo Rosenblatt highlighted some important tax aspects involving Action BEPS 5 and 6 and the controversies in view of the Brazilian domestic regulation and tax jurisprudence in course. He started his presentation covering the main content on Action BEPS 5, which aims to avoid harmful tax practices through guiding and ensuring the uniformity of the countries activities, at a global level.

To do so, the Action BEPS 5 focuses on two pillars:

- Substance:
 - a) it seeks to remove the purely formal allocation of income/capital in order to reduce the tax amount due;
 - b) it aims to establish a connection between the place where the activities are effectively carried out and where the tax payments are made;
 - c) the nexus approach: the preferential tax treatment cannot apply to income from some assets and instead tax is to be paid at the ordinary rate.
- Transparency:
 - a) exchange of tax information between countries as the key issue;
 - b) it prioritizes the rulings provided by the authority to a taxpayer or a group of taxpayers;
 - c) establish reciprocal treatment in the exchange of information, including the period prior to the BEPS plan;
 - d) limit the use of information for tax purposes only.

It was also outlined the purpose of Action 6 BEPS, which deals with double tax treaty ("DTT") abuse. Action BEPS 6 clarifies that the agreements are not intended to

generate double non-taxation (and not only to avoid double taxation). It intends to improve the Model Convention by including a preamble of DTTs to promote a uniform interpretation.

The professor reinforced that Brazil is committed to putting Actions BEPS 5 and 6 into effect, by ratifying the Convention on Mutual Assistance in Tax Matters, and the Multilateral Competent Authority Agreement on Automatic Exchange of Financial Account Information. It has also adopted the Common Reporting Standards – CRS, and the CbC Report.

Moreover, since 2000 Brazil has included LOB clauses, in different degrees and forms (except Brazil-Ukraine, 2002). In this sense, of the 32 DTT in course, 24 contain some sort of LOB clauses with:

- a) objective criteria (e.g. Luxembourg, Portugal, South Africa, Peru, Trinidad and Tobago, and [not yet ratified] Paraguay.);
- b) subjective criteria (e.g. Chile, Mexico, Turkey);
- c) mixed criteria (e.g. Israel, Russia and Venezuela).

Furthermore, the Federal Revenue applies the definition of substantial economic activity (Normative Instruction No. 1,658/2016). It requires, for holdings located in privileged tax regimes, a proof of operational capacity, which includes (i) physical structure in the countries of origin; and (ii) own employees.

The Brazil - Singapore, - Argentina and - Switzerland new DTTs include the LOB and also PPT test clauses.

However, the professor pointed out that although Brazil is committed to Actions BEPS 5 and 6, it lacks coherence in its current tax system, mainly because of new judicial decisions released by the Supreme Court of Decision in taxation matters. Additionally, the tax morality in Brazil is very low and differs from those of developed countries.

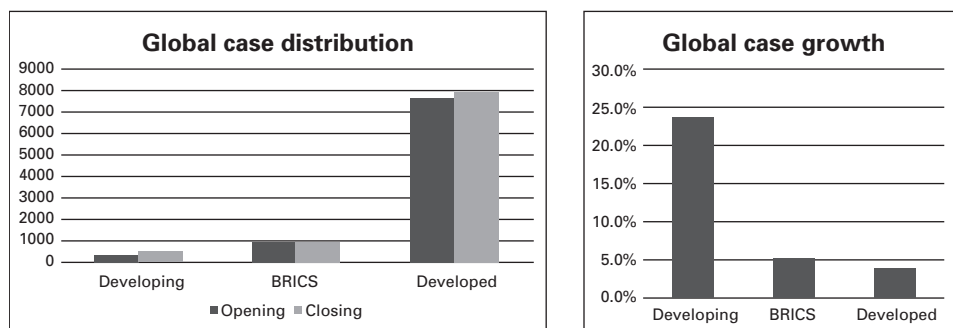
In order to illustrate his opinion, the professor mentioned that:

- a) there are controversies on judicial issues related to the relation and hierarchy between domestic and treaty provisions in case of conflict, according to the Supreme Court, Extraordinary Appeal No. 460.320, "Volvo case", delivered in August, 2020;
- b) there are also controversies of a domestic GAAR based on the Supreme Court Case, ADI 2.334;
- c) inconsistent approach in the Administrative Court for Tax Appeals has been applied in the anti-avoidance measures: sham transactions, business purpose test, step transactions, form and substance; new DTTs, which include a PPT test are broad.
- d) Going to the next topic, professor Craig West started his presentation by providing a summary of Action BEPS 6 in the South Africa context. South Africa has a General Anti-Avoidance Rule and there are some similarities in some aspects with the PPT. One other important tax aspect outlined by the profes-

sor is that the country has not adopt LOB provisions concerning tax treaties policies.

There are some concerns involving the PPT in South Africa, such as i) What is going to happen with PPT and GAAR? There is uncertainty regarding which of these provisions should be applied; and ii) What are the operational procedures for the PPT?

Concerning the Mutual Agreement Procedures ("MAP"), he made a very interesting comparison between the experiences of developing and developed countries with these procedures, in terms of the number of Global cases distributed in 2018¹:



The top of 18 developed countries account for 80% of the global MAP Cases.

Germany (alone) is responsible for 18% of the global MAP. In this sense, the numbers demonstrate a clear inexperience of developing countries with MAP.

The professor has also pointed out that there is a trend to increase the number of MAP cases in developing countries (second graph), because of transfer pricing complexities.

The main concerns involving MAP for developing countries as a sustainable dispute resolution mechanism are:

- there is no obligation for the parties to reach an agreement;
- lack of transparency during the process. The taxpayers have no right to participate in the process, which could be susceptible to corruption;
- enormous power granted to competent authority to interpret, adjust, and unilaterally resolve issues with no duty to disclose the outcomes.
- delegated authority – risk of lack of oversight, because of the lack of transparency.

So, why not use the arbitration as a dispute resolution mechanism?

According to the professor, arbitration is unlikely to be adopted, because 30 out of 94 countries appear to have accepted a form of arbitration only in the MLI reservations. Besides, only three are developing countries reporting MAP statistics. In addition, when there is an unequal pair arbitration, it can potentially be used by one side

¹ The following data were based on OECD statistics.

to achieve a particular result. Hence, the professor understands that perhaps it is too early for a global arbitration. It might be better to look forward to a regional response first, so that developing countries can resolve internal issues before moving ahead with these procedures.

Professor Natalia Quiñones introduced her presentation reviewing the Arm's Length Standard ("ALS"). It was outlined that the BEPS project recognized the inadequacy of the ALS in the current market, but continued to push for its continuation under the value creation paradigm.

However, with the dynamic market of digital economy, it is hard to define where value is created, especially when everyone has a different definition of it. In view of the professor understanding, it is hard to value intangibles, financial transactions, and intra-group services, taking into account non-market conditions such as implied guarantees and shared strategic management services.

Even though there are some simplified methods, such as safe-harbors, predetermined margins, MAP and others mechanisms, the professor understands that the ALS increases complexity, Tax Assessments and subjective powers of Tax Administration.

Regarding to the Action BEPS 9, the professor pointed out that it is still easy to transfer both risk and capital, as well as adequate functions, contractually with demonstrates that the problem was not yet fully resolved.

In related to the Action BEPS 10 for the intragroup services she brought relevant reflections for, example: i) if people who are making this evaluation have the background to address the benefit test; ii) the restructuring may not be accepted if another option was realistically available to the taxpayer and iii) the cost pooling and indirect charging limited by comparable and main object of the company rendering services.

Professor Natalia also emphasized that currently the Colombian taxpayers have a better dialogue with tax administration. Despite of this, the application of the principle substance over form increased, in a way to disregard some kind of transactions/agreement, and there are more tax responsibilities attributes to CEO and Accountants by accumulation of penalties.

Moving towards to her conclusions, it was mentioned that:

- a) the Arm's Length Standard is no longer a principled solution;
- b) Actions BEPS 8-10 seems insufficient to remedy the shortcomings of the ALS, but still significantly affect the levels of legal certainty;
- c) Action BEPS 13 is already being revised and may bring important changes to transfer pricing in the post-BEPS world;
- d) in all cases transfer pricing litigation is increasing rapidly with only some countries signing up to mandatory binding solutions.

3. Conclusions

The minimum standard brought many challenges to be address mainly for developing countries (e.g. adequate the shallow concepts into domestic rules framework,

many tax compliance obligations to attend, more expenses to IRS in order to improve the knowledge and background of the Auditors).

On the other hand, the lack of cooperation between countries and the non-application of a minimum standard could result in a double taxation or in a double non-taxation landscape, mainly because the physical nexus (residence or source) responsible for determining the tax in the past does not work anymore as an efficient measure to impose taxes in the post BEPS Era.

Report: "Update on transfer pricing issues in developing countries"

Andrés Felipe Ramírez Ocampo
Masters Candidate in International Tax Law and Development
at the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT).

Abstract

This report summarizes the remarks brought by the panelists regarding transfer pricing issues in developing countries in the context of the COVID-19 pandemic. Four main issues were raised: (i) the use of the TNMM for multiannual analysis in the presence of comparables with significant losses due to the economic crisis brought by the pandemic; (ii) the difficulties in implementing adjustments and compensations arising from the interaction of countries that follow OECD guidelines and the Brazilian method based on fixed margins; (iii) the diverse versions of commodities-based methods (the 'sixth method') in developing countries and deficiencies in the design of the methods that may give rise to abuse or double taxation; and (iv) an overview of the current standing of transfer pricing regulations in countries belonging to the Commonwealth of Independent Countries (mostly part of the former Soviet bloc). The article also includes a summary of the ensuing debate.

Keywords: transfer pricing, Covid-19, TNMM, comparables with losses, primary adjustments, secondary adjustments, compensation, commodities, the sixth method, transfer pricing in CIS countries.

1. Introduction

The panel was presided by Durval Portela, Professor at the Federal University of Bahia, Brazil, and moderated by Andrés Ramírez, Masters Candidate in International Tax Law and Development at the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT). The panelists, in order of appearance, were Silvia Muñoz Salgado, professor at Lima University, Peru; Victor Borges Polizelli, professor at IBDT; Claudia Pimentel, General Coordinator of Taxation at the Brazilian Federal Revenue Service (RFB) and Masters Candidate in International Tax Law and Development at the IBDT; and Victor Matchekhin, Professor at the Kutafin Moscow State Law University and at the Financial University under the Government of the Russian Federation, Russia.

The president's initial remarks mentioned Brazil's campaign to enter the OECD and the recently published report "Transfer Pricing in Brazil: Towards Convergence with the OECD Standard", as a relevant backdrop to the panel.

2. Comparables with Losses – Application of the Transactional Net Margin Method in Peru in the context of COVID-19

Professor Muñoz's presentation, titled "Transfer pricing and the impact of significant losses in fiscal year 2020 – Peruvian perspective" brought into light recent estimates of growth by the end of 2020 that place Latin American countries at an estimated 7% decrease and Peru, in particular, at a 15% to 20% decrease in its GDP. The expected effect of this for Peruvian firms is a substantial accumulation of losses for tax year 2020.

According to Professor Muñoz, from the transfer pricing perspective, the effect of this is an increased relevance of comparables with losses, although the tax administration tends to reject them. The question would then be whether these comparables should be accepted as comparables for transfer pricing purposes. Peruvian courts understand that the incurrence of losses does not imply a violation of the arm's length principle. In this regard, the courts have stated that "a company will be comparable if it meets the functional analysis regardless of its losses, recurring losses or extreme results".

This raises the question of how to compare a Peruvian company in the COVID-19 context when the same drop in GDP will not necessarily be experienced in other markets where the comparison may be performed. It should be noted that over 90% of available comparables are foreign. According to the Income Tax Act the Peruvian regime accepts comparability adjustments as long as they are adjusted to reflect differences in the markets that are subject to comparison. However, there is no legal provision on how to make this adjustment. The question is what type of adjustment will be required to make these adjustments in the context of COVID-19.

Taxpayers are used to proposing geographical adjustments, but these tend to be rejected by the tax authorities and the courts, even though references are made to international instruments regarding difficulties in accessing comparable data for transfer pricing analysis. Peruvian tax authorities do tend to accept adjustments to working capital and receivables.

Another important point concerning the effect of COVID-19 is regarding multi-annual analyses on the transactional net margin method. Information of previous years may be used when it is useful to explain current results. In the context of COVID-19, this means that the multiannual analysis will be required in Peru. This is problematic because Peruvian tax authorities tend to apply the 3:1 comparison: the median of the previous three years to test the current period comparable. The courts, however, have overruled this criterion in favor of a 3:3 comparison, the previous three years with those same years for the comparable. This is so far unregulated, however, and OECD recommendations are expected.

3. Transfer Pricing Adjustments and Compensation Dynamics in Brazil

Professor Polizelli's presentation, titled "Compensating and secondary adjustments in the Brazilian Transfer Pricing Practice", dealt with the alignment of Brazilian

Transfer Pricing practices with those of other countries, particularly from the perspective of timing issues. In short, inconsistencies may arise between the price setting approach to determine the arm's length price (ex-ante) with adjustments originating in the outcome testing approach (ex-post). Whereas Brazil deals exclusively with ex-post results (as the methods are designed this way), Brazilian firms are often faced with foreign adjustments that originate in ex-ante analyses, and their effect for tax purposes in Brazil is problematic.

In effect, inbound year-end adjustments from the Brazilian perspective give rise to doubts regarding their nature, their implementation from a formal perspective, and the necessary documents to substantiate such transactions and their effects for corporate income tax purposes and for indirect taxes and customs.

Secondary adjustments are also problematic from the Brazilian perspective. Primary adjustments that result in an excess payment by the Brazilian subsidiary to its parent generate a need to qualify the excess payment abroad, which may be deemed dividends, indebtedness, a capital reduction from the parent's perspective, or even a repatriation of the excess funds back to Brazil. From the Brazilian perspective, dividends are not currently taxable via WHT; the principal of indebtedness is tax exempt but the interest is taxable; capital reductions are possible as an optional qualification by the Brazilian subsidiary; and repatriation has not been expressly provided for in the applicable law and regulations. Additionally, there are no downward transfer pricing adjustments in Brazil, so the downward adjustment will not produce effects on the Brazilian transfer pricing calculation.

Professor Polizelli summarizes this situation asserting that Brazil does not follow the arm's length standard thoroughly, but rather using a "the house always wins" approach, where the arm's length standard is only used when it is beneficial for the Federal Revenue.

Another interesting riddle of the Brazilian system is the application of compensating adjustments implemented via private agreements between the foreign parent and the Brazilian subsidiary. In the event that the parties set the transfer pricing arm's length price as the contract price, determined ex-post via year-end adjustments, the outbound compensating payment made by the Brazilian subsidiary is usually qualified by Brazilian firms as a price refund or a discount, implemented via a credit note. Tax authorities tend not to accept compensating adjustments without WHT over the outbound amount, which has generated relevant administrative case law.¹

Another possibility is the use of itemized adjustments, used in a recent Advance Tax Ruling, treating the price as a contingent value subject to adjustment for customs purposes, which allow amendments to implement refunds or payments of import duties. Professor Polizelli does not agree with the payment of late-payment fines in that case, because the price was yet to be determined so timely payment was impossible.

¹ HP Case – 204-02.256/2007 and Nokia Case CSRF 9303-006.245.

Finally, Professor Polizelli believes that these itemized adjustments would be neutral from a turnover tax and VAT perspective, so no amendments to the applicable legislation and regulations would be necessary.

4. The Sixth Method – An Overview in Developing Countries

Ms. Pimentel's presentation, titled "The Sixth Method – International Practices" brought an overview of the application of commodities-based methods in Latin America. In Brazil, the majority of transactions involving commodities are made via triangulations with tax havens. This shows that developing countries have an interest to create specific rules for transactions involving commodities. The first country in Latin America to introduce this method was Argentina, setting the mandatory use of stock-market prices for commodities in cases involving a foreign intermediary that did not prove its economic substance. Brazil adopted this method in 2012 with versions for imports and exports.

There is data showing that countries that implemented these methods had favorable results – increases in spontaneous adjustments before and after the introduction of these methods are considerable in the Brazilian case, particularly regarding exports (from BRL 4.8 million in 2012 to BRL 3.3 billion in 2013).

The law, however, has certain loopholes that make the implementation of this method fragile. The sixth method is not uniformly adopted across developing countries, having several relevant divergences:

- a) The nature of the method. Some countries deem the method as an anti-abuse provision (which is the case in Argentina), whereas others qualify it as a variation of the CUP method (Peru). Brazil established the sixth method as a separate method altogether, and, since its application is mandatory, it cannot be deemed as an alternative of the CUP method. This method was created to combat the excessive use of the cost-plus method by companies dealing in commodities.
- b) Scope of the method. The scope may be broad or restricted. The broad scope covers any transaction involving commodities traded in recognized stock markets, including goods with prices in public indexes published by government agencies across the globe. A restricted scope specifically designates which goods may be considered as commodities via regulations and additional requirements. The problem with the broad scope is the risk of distortions arising with the definition of "commodity" and the use of pricing indexes that do not correspond to arm's length prices, in markets without liquidity of indexes that are not regularly used. The restricted scope helps to decrease potential distortions or, alternatively, the option to take recourse to prices used in transactions with independent parties.
- c) Quote date. The date on which the price is determined may be fixed according to the date of shipment or the pricing date. The use of the date of shipment

usually takes place when the method is set as an anti-abuse provision. The BEPS perspective, on the other hand, is the use of the date of the transaction (the pricing date). A formula to consider quotes over a certain period of time is also used in some countries. The date of shipment may cause double taxation issues, but it is less susceptible to manipulation than the pricing date of the transaction. Argentina, Colombia, Peru, and the Ukraine require that transactions with related parties be registered before tax authorities before the date of shipment. Brazil also uses the pricing date.

The Sixth Method is intended to simplify the application of transfer pricing rules in markets involving commodities. However, despite its potential to provide legal certainty to taxpayers, the presence of loopholes and incomplete regulations may lead to situations of abuse.

5. Transfer Pricing Overview in the Commonwealth of Independent States

Professor Matchekhin's presentation, titled "Russia and the Commonwealth of Independent States (CIS) Region: Transfer Pricing Overview" introduced the most recent development in transfer pricing rules in the CIS region.

From a Russian perspective, Russia has historically worked many years with state-controlled prices, so transfer pricing is a new subject which has been attempted three times, with the two first attempts failing because of lack of information regarding comparables. Currently more data is available, and the current rules are based on OECD documents, but the OECD guidance is not set as law in Russia. The local rules are, however, enacted as law in the tax code, exceeding 50 pages. This is troublesome because the rules become rigid. It is possible to litigate transfer pricing tax assessments in Russia and rulings are available, but in the last decade tax authorities have attempted to reduce litigation as much as possible, attempting to settle cases at the administrative level, so the number of tax rulings is being reduced – there are around five cases involving TP because of this. Therefore, the majority of rulings are within the scope of the administration, and not in the court system.

The APA system does exist in Russia, but the arrangements are confidential. Taxpayers have the right to participate in horizontal monitoring programs, however, where tax authorities have direct access to the data of taxpayers, so it is unlikely that a tax assessment will take place because the tax calculation by firms is totally transparent.

MAPs in Russia are uncommon. Historically there was no development of a MAP practice in the finance ministry, so they are nearly non-existent. The OECD is pressing Russia to be more active in this field, but the capacity to do this is lean at the level of tax authorities. Additionally, there is no real conceptual understanding of how the MAP should work. From a legal perspective it is difficult to sustain why Russia would reach a different agreement from the application of domestic law with a non-resident.

Transfer Pricing lives two lives in Russia: firstly, there is the OECD guidance and practices; and secondly there is the GAAR to analyze price manipulation by taxpayers, having the price constructed via the tax assessment. The latter is particularly common for medium-size businesses. There is a special tax office responsible for transfer pricing, and this the only one that may initiate a TP audit in Russia, so at least it provides consistency.

In Russia TP is not becoming more certain. Historically tax authorities try to pressure taxpayers to use the first method, but the fourth method is becoming more popular due to lack of data, particularly in the COVID-19 era. Russia as a country expects simple solutions to the COVID problem rather than complicated solutions. Examples of this are the application of CFC rules in Russia which allow taxpayers to pay 5 million rubles as a fixed amount representing CFC companies, this instead of calculating the profit and declaring foreign subsidiaries. The second example is what Russia is doing with its tax treaties: the MLI and the PPT will be difficult to apply, so Russia is contacting its tax treaty partners and suggesting an increase in treaty rates regarding interests and dividends up to 15%. It is not clear what would be the simple solution regarding TP, however.

From a CIS regional perspective, countries tend to follow Russia with new tax legislation. This means that TP instruments in these countries are similar in the CIS regions to the Russian rules. However, OECD guidelines are not mandatory in these countries, and there is still no common understanding regarding direct taxes, and no plans to institute transnational agreements to coordinate TP rules.

6. Debate

In the ensuing debate, Professor Polizelli stated that TP is a mesh of domestic legislations interacting with each other, so situations such as those described by Professor Muñoz are troubling. From the Brazilian perspective, even in the havoc brought by COVID-19, there will be a taxable base because of the available methods using fixed harbors, despite the likely outcome of heavy losses sustained by firms. From a Peruvian perspective, Professor Muñoz stated that the implementation of adjustments due to COVID-19 will likely be based on ex-post information because of the extraordinary circumstances that make comparisons with previous tax years troublesome – taxpayers expect the deferral of tax obligations in 2021 to allow for this analysis to be carried out. Subsequently, Ms. Pimentel noted that at least Peruvian taxpayers have comparables available to take advantage of the losses suffered by firms in that country and abroad, whereas Brazilian taxpayers are subject to fixed margins that do not have this flexibility (there being no equivalent to the TNMM). Professor Matchekhin stated that analyzing the experience of developed countries is also important to determine the alternatives available in times of crises since economic crises are not new, so no innovative solutions are necessary if the experience is already there. Maybe Pillar 1 will change the existing rules and bring new solutions which are not on the table currently.

Regarding safe harbors, Ms. Pimentel stated that they are important in cases where comparables are scarce. Professor Matchekhin noted that Russia had high limits for safe harbors which were progressively reduced and later eliminated.

Regarding the Sixth Method, Professor Polizelli highlighted that the analysis is somewhat ex-ante, but the choice of the quote date may have divergent effects that could allow taxpayers to perform an ex-post analysis to prevent double taxation. This conclusion was shared by Ms. Pimentel in principle regarding other countries, but she stated that prices between independent parties are fixed generally on an ex-ante basis, so it would be closer to an arm's length price than an ex-post analysis. She also highlighted that the behavior of firms considering the fixed margin method leads to a somewhat ex-ante analysis even though the application of the methods is ex-post.

**VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário
Internacional – IBDT/DEF-USP**

***VIII Brazilian Congress of International
Tax Law – IBDT/DEF-USP***

PROGRAMA – 17 de setembro de 2020 (Quinta-feira)

PROGRAM – September 17th, 2020 (Thursday)

O Regime de Tributação Brasileiro em Bases Universais: Passado, Presente e Futuro

The Worldwide Income Tax System in Brazil: Past, Present, and Future

João Francisco Bianco
Professor do Mestrado Profissional do IBDT.

Michell Przepiorcka
Mestre em Direito Tributário Internacional pelo IBDT.

Resumo

A evolução legislativa da tributação dos lucros auferidos por empresas controladas no exterior em nosso ordenamento jurídico indica que a política fiscal subjacente à norma não seria o incentivo à internacionalização das empresas nacionais e ao crescimento econômico do País. O Brasil insiste na tributação em bases universais do lucro das pessoas jurídicas, enquanto a maioria dos países está migrando para uma tributação em bases territoriais, ao menos no que diz respeito à tributação de rendimentos ativos de empresas controladas e coligadas no exterior, objetivando incentivar a competitividade das empresas nacionais. Neste artigo revisaremos a evolução da legislação brasileira de tributação em bases universais e as principais críticas doutrinárias que lhe foram opostas ao longo do tempo.

Palavras-chave: tributação em bases universais, fonte e residência, legislação brasileira.

Abstract

The legislative changes concerning the taxation of profits earned by companies controlled abroad in our legal system indicates that the tax policy underlying the rule is not the incentive for the internationalization of national companies and the country's economic growth. Brazil insists on universal taxation of corporate profits while most countries are adopting taxation on a territorial basis, at least as regards the taxation of active earnings of subsidiaries and affiliates abroad, aiming to support the competitiveness of national companies. In this article, we review the evolution of Brazilian legislation on a universal taxation basis and the main doctrinal criticisms that have been opposed to it over time.

Keywords: worldwide taxation, source and residence, Brazilian legislation.

1. Introdução

Tributar ou não operações internacionais, seu grau de intensidade (base de cálculo e alíquota), bem como o momento da incidência do imposto são aspectos da política fiscal ao alcance do legislador quando da formulação das normas do-

místicas de tributação¹. Com efeito, quando se pensa na elaboração de um sistema tributário doméstico, cabe ao legislador determinar a política fiscal a ser seguida de acordo com os valores normativos compartilhados por seus constituintes², manto sob o qual se tenta acomodar o *trade-off* entre equidade e eficiência³, enquanto busca alcançar objetivos econômicos⁴, que podem variar de acordo com o grau de desenvolvimento do Estado⁵. Não por outro motivo, Bloom afirma que os sistemas tributários refletem a história, a cultura, os valores e as necessidades de seus países⁶.

No plano internacional, a tributação ótima seria orientada pelo ideal de neutralidade do capital, cujas principais vertentes⁷ são a neutralidade na importação de capitais (CIN), apontada como base teórica para a tributação na fonte, e a neutralidade na exportação de capitais (CEN), base teórica para a tributação na residência⁸.

A competição fiscal é elemento que interfere na dicotomia entre CIN e CEN⁹, e, portanto, na política fiscal dos países¹⁰, repercutindo principalmente no modo

¹ SCHINDEL, Ángel. Los criterios de la fuente y de la residencia – Los países con economías en desarrollo frente a los convenios para prevenir o mitigar la doble imposición internacional. In: PISTONE, Pasquale; e TORRES, Heleno Taveira. *Estudios de derecho tributario constitucional e internacional: homenaje latinoamericano a Victor Uckmar*. Buenos Aires: Ábaco, 2005. p. 798.

² DAGAN, Tsilly. The tragic choices of tax policy in a globalized economy. In: BRAUNER, Yariv; e STEWART, Miranda (eds.). *Tax, law and development*. Cheltenham (UK)/ Northampton (MA, USA): Edward Elgar, 2013. p. 57.

³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 32.

⁴ BIRD, Richard M. The role of the tax system in developing countries. *Australian Tax Forum* v. 7, n. 4, 1990, p. 400.

⁵ “Literature on the subject generally assumes that the goals of promoting economic growth and social justice are shared by developed and developing countries; however, a number of major differences between developed and developing countries may call for different tax designs. These differences include variations in industry type (primarily the relatively high shares of agricultural and small businesses in developing countries), in the size of administrative and compliance costs, in the levels of corruption, in the levels of monetization in the economy, in political constraints, and in the relative size of the informal economy” (AVI-YONAH, Reuven; e MARGALIOH, Yoram. Taxation in developing countries: some recent support and challenges to the conventional view. *Virginia Tax Review* v. 27, n. 1, 2007, p. 4).

⁶ ROSENBLOOM, H. David. Where’s the pony? Reflections on the making of international tax policy. *Bulletin for International Taxation*. Amsterdam: IBFD, 2009, p. 535.

⁷ Atualmente a doutrina acrescenta a neutralidade da propriedade do capital (CON), a neutralidade nacional (NN) ou a neutralidade do mercado (MN). Sobre o tema, *vide*: WEISBACH, David A. The use of neutralities in international tax policy. *University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics*. August 18, 2014. Research Paper No. 697. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2482624>. Acesso em: 9 jun. 2018.

⁸ GRAETZ, Michael J. Taxing international income – inadequate principles, outdated concepts, and unsatisfactory policy. *Brooklyn Journal of International Law* v. 26, n. 4, Jan. 2001, p. 1365.

⁹ Sobre o tema, *vide*: GALENDI JR., Ricardo André. Fundamentos da tributação de lucros no exterior: entre competitividade e harmonização. *Revista Direito Tributário Atual* n. 33, 2015, p. 396 e s.

¹⁰ DAGAN, Tsilly. *The future of corporate residency*. Bar Ilan University, 2017, p. 13-14.

pelo qual países em desenvolvimento desenham seus ordenamentos jurídico-tributários na perspectiva internacional¹¹. Assim, em que pese a tributação de transações internacionais implicar aumento de complexidade do sistema e dificuldades no equilíbrio entre eficiência e equidade¹², no âmbito internacional há enorme pressão para que os Estados se adequem a um nível mínimo de tributação, sob o risco de serem considerados paraísos fiscais.

Nesse contexto, importa chamar a atenção para o Plano BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), desenvolvido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) com o apoio dos países do G20, cujo objetivo foi criar medidas de âmbito global para combater estratégias de planejamento tributário que exploram lacunas e assimetrias nas regras fiscais, com vistas a transferir artificialmente os lucros para locais de baixa ou nenhuma tributação, onde há pouca ou nenhuma atividade econômica.

É verdade que, se de um lado não há contradição substantiva entre o Projeto BEPS e a política fiscal internacional brasileira, haja vista a existência de inúmeras regras que visam a neutralizar a erosão de bases tributáveis e a transferência internacional de lucros no sistema jurídico brasileiro¹³, de outro lado, eventuais influências decorrentes de tais propostas internacionais devem passar pelo exame de sua constitucionalidade. Especificamente no que diz respeito às regras de tributação do lucro auferido por empresas controladas e coligadas no exterior, quer nos parecer que andaria bem o Brasil em se alinhar aos parâmetros internacionais que garantiriam maior competitividade às empresas nacionais.

A preferência por sistemas territoriais parciais pode ser atribuída, segundo Tomazela, a dois fatores: (i) a crescente integração do mercado global na nova era de economia digital; e (ii) a severa competição entre Estados por bases tributárias¹⁴. Também é de se acrescentar a esta equação a reforma tributária americana (Tax Cuts and Jobs Act), que, de maneira geral, aproximou o sistema norte-americano significativamente de um sistema territorial, isentando dividendos pagos por controladas no exterior¹⁵.

Assim, o advento do projeto BEPS e a reforma americana do imposto sobre a renda são eventos que justificam um reexame da política fiscal brasileira de tri-

¹¹ Nessa toada, percebe-se o direcionamento da carga tributária aos elementos de produção de riqueza menos voláteis, perdendo-se de vista elementos clássicos na orientação de políticas fiscais, como os ideais de eficiência e equidade (DAGAN, 2013, p. 63 e s.).

¹² DAGAN, Tsilly. *International tax policy: between competition and cooperation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 12-13.

¹³ ROCHA, Sergio André. *Política fiscal internacional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 299.

¹⁴ SANTOS, Ramon Tomazela. Territorial tax systems: motivations and key considerations for effective change. *Tax Notes International* v. 89, n. 10, mar. 2018, p. 925.

¹⁵ SHAVIRO, Daniel N. The new non-territorial U.S. international tax system. *Tax Notes*. July 2, 2018, p. 57-58.

butação de controladas e coligadas no exterior, visando a internacionalização das empresas nacionais.

O Brasil insiste na tributação em bases universais (TBU) do lucro das pessoas jurídicas enquanto a maioria dos países está migrando para uma tributação em bases territoriais, ao menos no que diz respeito à tributação de rendimentos ativos de empresas controladas e coligadas no exterior, objetivando incentivar a competitividade das empresas nacionais¹⁶. Note-se que, mesmo antes da reforma, o Congresso Americano há décadas já havia rechaçado proposta de introduzir normas semelhantes às brasileiras, porque teriam um efeito negativo na competição das empresas americanas¹⁷.

Neste estudo, analisaremos as regras brasileiras de tributação em bases universais, verificando sua compatibilidade com os precedentes do Supremo Tribunal Federal e os parâmetros internacionalmente aceitos.

2. A introdução das regras “CFC” no Brasil e sua judicialização: passado

2.1. Evolução legislativa – da territorialidade à universalidade totalmente inclusiva

A evolução legislativa da tributação dos lucros auferidos por empresas controladas no exterior em nosso ordenamento jurídico indica que a política fiscal subjacente à norma não seria o incentivo à internacionalização das empresas nacionais e ao crescimento econômico do País, mas sim à prevalência do interesse arrecadatório, ainda que em detrimento dos princípios da capacidade contributiva, isonomia tributária e justiça fiscal¹⁸.

No Brasil, historicamente, a tributação das pessoas jurídicas regravava-se pelo princípio da territorialidade, o que vigorou até a edição da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995, que determinou, no seu art. 25, que a tributação dos “lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na determinação do lucro real das pessoas jurídicas correspondente ao balanço levantado em 31 de dezembro de cada ano”, independentemente de distribuição desse lucro às sociedades investidoras em território nacional.

Em função de dúvidas levantadas na época sobre a compatibilidade do dispositivo com o art. 43 do CTN, a Secretaria da Receita Federal, na tentativa de “sanar” a invalidade da Lei n. 9.249/1995, expediu a Instrução Normativa n. 38, de 27 de junho de 1996, que determinou que os lucros auferidos pelas sociedades controladas ou coligadas no exterior só seriam tributados quando fossem efetivamente disponibilizados ou distribuídos.

¹⁶ GALENDI JR., 2015, p. 390-391.

¹⁷ BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 39.

¹⁸ BARRETO, Paulo Ayres; e TAKANO, Caio Augusto. Regime tributário dos resultados de coligadas e controladas no exterior. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS (org.). *PRODIREITO*. Direito Tributário: programa de atualização em Direito: ciclo 1. Porto Alegre: Artmed Panamericana, 2015. v. 1. p. 35.

Posteriormente, esse critério introduzido pela IN acabou sendo legalizado com a publicação da Medida Provisória n. 1.602, de 14 de novembro de 1997, convertida na Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997¹⁹. Dessa forma, a Lei n. 9.532/1997 “sanou” o vício contido na Lei n. 9.249/1995, prevendo, expressamente, a tributação dos lucros auferidos por empresas controladas ou coligadas no exterior quando disponibilizados para a pessoa jurídica domiciliada no Brasil.

Em 2001 houve nova alteração legislativa com a publicação da Lei Complementar n. 104/2001, que acrescentou o § 2º ao art. 43 do CTN. Referido dispositivo determinou que “a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo”. Uma leitura descuidada deste dispositivo poderia levar à conclusão de que ele estaria autorizando o legislador ordinário a fixar livremente o momento da ocorrência do fato gerador do imposto de renda, mesmo antes da efetiva aquisição da disponibilidade da renda, interpretação essa que não se sustenta²⁰. Em seguida à alteração do CTN, foi publicada a MP n. 2.158-35/2001, que previa a tributação automática dos rendimentos provenientes de controladas e coligadas no exterior, independentemente de sua efetiva disponibilização à empresa controladora no Brasil.

A Medida Provisória n. 2.158-35/2001, em seu art. 74, prescreveu, de maneira bastante sintética, que os lucros auferidos por “controlada ou coligada no exterior” seriam considerados disponibilizados para a controladora ou coligada na data do balanço em que tivessem sido apurados no exterior.

Nota-se que, após idas e vindas, o regime brasileiro de tributação em bases universais foi finalmente instituído para as pessoas jurídicas com a edição do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001, adotando-se a tributação anual e automática de todos e quaisquer lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior, independentemente da natureza da atividade exercida, impedindo, nesse sentido, qualquer possibilidade de diferimento na tributação.

2.2. Críticas doutrinárias

O modelo de tributação em bases universais adotado pelo Brasil naquela ocasião consagrou o princípio de “*capital export neutrality*”, conferindo às empresas que investem no exterior o mesmo regime tributário a que se submetem as empresas que investem no Brasil. Ocorre que dificilmente as normas introduzi-

¹⁹ SANTOS, Ramon Tomazela; e PEGORARO, Andressa. Os acordos internacionais de bitributação e os lucros apurados por controladas indiretas no exterior – as regras de consolidação de resultados e a territorialidade material (*jurisdiction to tax*). *Revista Dialética de Direito Tributário* v. 217, out. 2013, p. 87.

²⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. Imposto de renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2003. v. 7. p. 315.

das no Brasil seriam qualificadas como aquilo que no exterior é conhecido como regime de tributação das CFC²¹, motivo pelo qual insistimos na expressão “tributação em bases universais”²².

Com efeito, as regras brasileiras de tributação em bases universais, veiculadas pela Medida Provisória n. 2.158-35/2001, não podem ser enquadradas no conceito de regra CFC por não apresentarem caráter antielísivo²³.

Ocorre que as legislações de CFC foram concebidas como um veículo hábil a combater a prática de medidas abusivas por parte dos contribuintes²⁴, possuindo nítido caráter antielísivo, na medida em que objetivam evitar que a constituição de pessoas jurídicas interpostas no exterior possa ser utilizada como mecanismo para evitar ou diferir o pagamento do imposto²⁵, especificamente com relação a investimentos denominados passivos, com alta liquidez e mobilidade.

As CFCs caracterizam-se pela (i) existência de controle societário; (ii) localização da empresa controlada em país de baixa tributação; e (iii) realização de operações que resultam no recebimento de rendimentos passivos²⁶. No mesmo sentido, Schoueri indica que os critérios normalmente utilizados para aplicação de normas CFC são: constituição em país diverso da residência do sócio; sujeição

²¹ Em sentido contrário, Sérgio André Rocha busca afastar a crítica da doutrina brasileira quanto à não qualificação das normas brasileiras de tributação em bases universais como normas CFC sustentando que estas seriam tipos jurídicos que dispensam o caráter antiabusivo como elemento essencial de seu núcleo normativo (ROCHA, Sérgio André. *Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 246-247).

²² Nesse sentido, A. Xavier sustentava que: “O sistema de transparência fiscal internacional consagrado na Lei n. 9.249/95 era, porém, aplicável a todas e quaisquer sociedades estrangeiras controladas ou coligadas, sem as ressalvas e limitações restritivas das leis estrangeiras ‘antiabuso’, notadamente as de tais sociedades se localizarem em países de baixa tributação e de a sua renda ser essencialmente ‘passiva’, ou seja, não produtiva ou não operacional, pelo que não revestia a natureza de um ‘regime CFC’ propriamente dito, de aplicação excepcional, mas de uma modalidade técnica de tributação de alcance geral” (XAVIER, Alberto. *Direito Tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 373).

²³ XAVIER, Alberto. A tributação dos lucros de controladas e coligadas de empresas brasileiras no exterior e os tratados contra a dupla tributação. In: BARRETO, Aires Fernandino (coord.). *Direito Tributário contemporâneo*. Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 60; BARRETO, Paulo Ayres. A tributação, por empresas brasileiras, dos lucros auferidos no exterior por suas controladas e coligadas. In: ROCHA, Valdir de Oliveira. *Grandes questões atuais de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2013. v. 17. p. 225-227; 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. São Paulo: Dialética, 2013. p. 77.

²⁴ De acordo com Memorando endereçado aos Membros do Subcomitê Permanente de Investigações, elaborado pelos senadores norte-americanos Carl Levin e John McCain, intitulado “Offshore Profit Shifting and the U.S. Tax Code – Part 2 (Apple Inc.)”, “Subpart F was enacted to deter U.S. taxpayers from using CFCs located in tax havens to accumulate earnings that could have been accumulated in the United States” (Disponível em: <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CHRG-113shrg81657/pdf/CHRG-113shrg81657.pdf>, p. 163).

²⁵ BIANCO, João Francisco. Op. cit., p. 21.

²⁶ Ibidem, p. 39.

a carga tributária inferior à do país da residência do controlador; retenção de parte ou totalidade dos dividendos; e identificação de objetivo evidente de economizar impostos²⁷.

De uma perspectiva constitucional, questionou-se a tributação de disponibilidade ficta da renda, que não estaria em consonância com o conceito constitucional de renda e a sua *definição* constante no art. 43 do CTN²⁸. Além disso, contestou-se a utilização do Método de Equivalência Patrimonial (MEP) como forma de evidenciar a aquisição da disponibilidade de renda, conforme ilegalmente prescrito nos termos da Instrução Normativa n. 213/2002²⁹. Com rigor, o método da equivalência patrimonial não poderia ser utilizado para a determinação da base de cálculo do imposto sobre a renda no Brasil, em razão de expressa vedação legal (art. 23, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 1.598/1977 e art. 25, § 6º, da Lei n. 9.249/1995)³⁰.

Essas regras sofreram grande resistência por parte dos contribuintes e geraram grande contencioso, além de desestimularem a internacionalização das empresas brasileiras.

2.3. As regras CFC no Supremo Tribunal Federal

A insatisfação generalizada e os inúmeros questionamentos acerca da validade da norma e de sua regulamentação motivaram a Confederação Nacional da Indústria (CNI) a ajuizar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn n. 2.588/DF) visando a questionar a constitucionalidade do art. 74 da MP n. 2.158-35.

Após quase 12 anos de julgamento, a questão da aplicabilidade das normas brasileiras de TBU a controladas e coligadas no exterior foi finalmente decidida, sem, contudo, pacificar todas as questões que envolveram a matéria. Isso porque foram adotados critérios diferentes pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF)³¹, o que implicou a necessidade de se verificar o voto médio para se estabelecer qual a orientação emanada por aquele tribunal.

De fato, o Pretório Excelso decidiu, naquela ocasião, que o art. 74 da MP n. 2.158 seria inconstitucional para coligadas sediadas em países sem tributação fa-

²⁷ SCHOUERI, 2003, p. 311.

²⁸ BARRETO, 2013, p. 218-234.

²⁹ *Ibidem*, p. 228-231.

³⁰ KOURY, Paulo Arthur Cavalcante. Quem se beneficia? A tributação da controlada indireta e os tratados. *Direito Tributário Atual* v. 36, 2016, p. 277.

³¹ Resumidamente ter-se-ia: (i) Inconstitucionalidade Incondicional – Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Ricardo Lewandowski, Celso de Mello; (ii) Constitucionalidade Incondicional – Ministros Nelson Jobim, Eros Grau, César Peluso, Ayres Britto; (iii) Inconstitucionalidade Condicional (Controladas x Coligadas) – Ministra Ellen Gracie; (iv) Inconstitucionalidade Condicional (Função Antievasiva) – Ministro Joaquim Barbosa (EMERY, Renata. Os vícios do regime de tributação dos lucros de controladas e coligadas no exterior previsto na Lei n. 12.973/14. In: ROCHA, Sérgio André; e TORRES, Heleno (coords.). *Direito Tributário internacional: homenagem ao Prof. Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 664-666).

vorecida ou que não fossem paraísos fiscais, enquanto que seria constitucional para controladas sediadas em países com tributação favorecida ou que fossem paraísos fiscais. Não houve um posicionamento do colegiado acerca das situações mais frequentes de investimentos em sociedades estrangeiras; tampouco foi objeto de deliberação pela Corte Suprema a questão das controladas e coligadas situadas em países com os quais o Brasil tenha firmado acordos de bitributação. Se quer houve uma manifestação objetiva sobre a possibilidade de tributação do resultado de equivalência patrimonial, que foi enfrentado apenas tangencialmente naquele julgamento. A dificuldade para se encontrar um voto médio, que somente foi anunciado na sessão de julgamento seguinte ao término do julgamento, evidencia a fragilidade da solução obtida.

O quadro abaixo resume o resultado que se alcançou no julgamento da ADI n. 2.588³²:

Investida	Localização	Validade do Art. 74 da MP n. 2.158-35/2001	Eficácia <i>Erga Omnes</i> e Efeito Vinculante
Coligada	Jurisdição normal	Inconstitucional	Sim
	Paraíso Fiscal	Constitucional (Não alcançou maioria)	Não
Controladas	Jurisdição normal	Constitucional (Não alcançou maioria)	Não ³³
	Paraíso Fiscal	Constitucional	Sim

Percebe-se que não foi objeto de deliberação pela Corte Suprema a questão das controladas e coligadas situadas em países com os quais o Brasil tenha firma-

³² 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. 11.

³³ No julgamento do Recurso Extraordinário n. 541.090, sem repercussão geral reconhecida, declarou-se a constitucionalidade da norma para controlada fora de paraíso fiscal: "Constitucional. Tributário. Imposto de renda. Lucros provenientes de investimentos em empresas coligadas e controladas sediadas no exterior. Art. 74 da Medida Provisória 2.158-35/2001. 1. No julgamento da ADI 2.588/DF, o STF reconheceu, de modo definitivo, (a) que é legítima a aplicação do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 relativamente a lucros auferidos por empresas controladas localizadas em países com tributação favorecida (= países considerados 'paraísos fiscais'); e (b) que não é legítima a sua aplicação relativamente a lucros auferidos por empresas coligadas sediadas em países sem tributação favorecida (= não considerados 'paraísos fiscais'). Quanto às demais situações (lucros auferidos por empresas controladas sediadas fora de paraísos fiscais e por empresas coligadas sediadas em paraísos fiscais), não tendo sido obtida maioria absoluta dos votos, o Tribunal considerou constitucional a norma questionada, sem, todavia, conferir eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes a essa deliberação. 2. Confirma-se, no presente caso, a constitucionalidade da aplicação do *caput* do art. 74 da referida Medida Provisória relativamente a lucros auferidos por empresa controlada sediada em país que não tem tratamento fiscal favorecido. Todavia, por ofensa aos princípios constitucionais da anterioridade e da irretroatividade, afirma-se a inconstitucionalidade do seu parágrafo único, que trata dos lucros apurados por controlada ou coligada no exterior até 31 de dezembro de 2002. 3. Recurso extraordinário provido, em parte".

do acordos de bitributação, tampouco houve uma manifestação objetiva sobre a possibilidade de tributação do resultado de equivalência patrimonial.

Após o julgamento, o Poder Executivo publicou a MP n. 627/2013, posteriormente convertida na Lei n. 12.973/2014, em que adaptou parcialmente a regra de tributação de lucros no exterior aos parâmetros de constitucionalidade estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal.

3. As regras CFC na Lei n. 12.973: presente

O novo regime instituído pelos arts. 76 e s. da referida lei manteve a política fiscal brasileira de tributação anual e automática dos lucros auferidos por controlada e equiparadas estrangeiras, qualquer que seja a atividade desenvolvida no exterior e a natureza dos lucros auferidos. A legislação continua a ter, portanto, nítido caráter arrecadatório, não se limitando a tributar os casos de transferência abusiva de lucros para países de baixa tributação.

É bem verdade que houve uma adaptação ao resultado do julgamento, na medida em que se separou o regime de tributação das controladas daquele aplicável às coligadas, mas o binômio jurisdição normal ou paraíso fiscal, critério que distinguiria a norma antielisiva da norma meramente arrecadatória, não foi utilizado para definir a aplicação da norma. Medidas paliativas adotadas pelo legislador (como crédito presumido, diferimento no pagamento e consolidação de resultados) não teriam o condão de alterar a natureza da norma³⁴.

3.1. Críticas doutrinárias

Após 12 anos de contencioso judicial, o legislador ordinário perdeu a oportunidade de implementar uma medida legislativa que visasse a fomentar a segurança jurídica e a internacionalização das empresas brasileiras³⁵, insistindo em permanecer na contramão do mundo e não incentivar a competitividade das empresas nacionais³⁶. Ao contrário, é evidente o viés exclusivamente arrecadatório da Lei n. 12.973/2014, pois, à exceção das coligadas sediadas em países de tributação normal, manteve-se a tributação dos lucros auferidos em 31 de dezembro do ano-calendário em que tiverem sido apurados pelas empresas controladas no exterior³⁷.

³⁴ EMERY, Renata. Op. cit., p. 686-687.

³⁵ BARRETO, Paulo Ayres; e TAKANO, Caio Augusto. Tributação dos resultados 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. 358.

³⁶ *Ibidem*, p. 354.

³⁷ Como observa Santos, “esse é um dos blocos de construção da Ação 3 do Projeto BEPS que mais se distancia do regime brasileiro de tributação em bases universais, pois a Lei n. 12.973/2014 não está preocupada em evitar a erosão de bases tributáveis e a transferência artificial de lucros, mas, sim, em aumentar a arrecadação fiscal do governo brasileiro, em detrimento da competitividade

É claro que, a despeito da necessidade de ajustes a serem realizados, não se pode deixar de notar os avanços introduzidos pela novel legislação. Com efeito, a Lei n. 12.973/2014 também passou a prever mecanismos específicos de alívio à dupla tributação, como a possibilidade de dedução dos ajustes espontâneos de preços de transferência e de subcapitalização³⁸.

Nesse sentido, o art. 86 admitiu a dedução do lucro real e da base de cálculo da CSLL dos valores referentes às adições, espontaneamente efetuadas, decorrentes da aplicação das regras de preços de transferência, e das regras de subcapitalização, desde que os lucros auferidos no exterior tenham sido considerados na respectiva base de cálculo do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ e da CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil ou a ela equiparada, e cujos impostos sobre a renda e contribuição social correspondentes, em qualquer das hipóteses, tenham sido recolhidos.

Também de se aplaudir o regime de tributação consolidada dos lucros do exterior, embora não se entenda o motivo pelo qual o legislador tenha limitado sua vigência ao ano de 2022. Isso porque “a consolidação vertical não se trata de um benefício fiscal, mas do reconhecimento, no Direito Tributário brasileiro, de que não há uma participação direta da controladora no Brasil nos resultados da coligada ou da controlada indireta”³⁹.

Note-se, por fim, que, apesar da tentativa do legislador de escapar da antiga discussão relativa à compatibilidade da norma brasileira de tributação em bases universais com o disposto nos tratados internacionais para evitar a bitributação⁴⁰, utilizando-se da expressão “parcela do ajuste do valor do investimento”, a análise da Lei n. 12.973/2014, principalmente de seu art. 77⁴¹, para controladas, evidencia que a materialidade que se busca tributar são de fato, os lucros⁴².

internacional das pessoas jurídicas brasileiras que atuam no exterior” (SANTOS, Ramon Tomazela. A Ação 3 do Projeto BEPS e o regime brasileiro de tributação em bases universais na Lei n. 12.973/2014. *Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT* ano 15, n. 88, Belo Horizonte, p. 99-115, jul./ago. 2017, p. 106).

³⁸ SANTOS, Ramon Tomazela. Op. cit., p. 113.

³⁹ BARRETO; TAKANO, 2014, p. 368.

⁴⁰ Vide TAKATA, Marcos Shigueo. Lucros no exterior, equivalência e tributação da “parcela do ajuste do valor do investimento” à luz dos acordos de bitributação. In: MOSQUERA, Roberto Quiroga; e LOPES, Alexsandro Broedel (coords.). *Controvérsias jurídico-contábeis* (aproximações e distanciamientos). São Paulo: Dialética, 2015. v. 6. p. 334-374.

⁴¹ “Art. 77. A parcela do ajuste do valor do investimento em controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior equivalente aos lucros por ela auferidos antes do imposto sobre a renda, excetuando a variação cambial, deverá ser computada na determinação do lucro real e na base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL da pessoa jurídica controladora domiciliada no Brasil, observado o disposto no art. 76. § 1º A parcela do ajuste de que trata o *caput* compreende apenas os lucros auferidos no período, não alcançando as demais parcelas que influenciaram o patrimônio líquido da controlada, direta ou indireta, domiciliada no exterior.”

⁴² 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. 21-34.

4. Considerações conclusivas: o que esperar para o futuro?

O modelo de tributação em bases universais adotado no ordenamento brasileiro está longe de configurar uma verdadeira regra CFC em suas características mais notáveis. Na verdade, como regra geral, ele submete os investimentos em controladas no exterior à carga tributária brasileira, ainda que ausente a hipótese de abuso ou erosão de base tributável. Esse tipo de política fiscal indubitavelmente acaba prejudicando a competitividade das empresas brasileiras no exterior.

A própria OCDE reconhece que, em se tratando de regras CFC, os países devem alcançar um equilíbrio entre: (i) a proteção da base tributária doméstica; e (ii) o fomento da competitividade de suas multinacionais. Embora o relatório final da Ação 3 do referido Plano BEPS ressalve a adoção de sistemas de inclusão total, o que se entende em razão da participação mais firme do Brasil no *inclusive framework*, as regras de tributação em bases universais recomendadas pela OCDE não adotam esse parâmetro⁴³.

A Lei n. 12.973/2014, embora tenha ajustado sutilmente as regras brasileiras, ainda está longe do que se espera de uma verdadeira regra CFC, cuja aplicação é limitada às situações de abuso, e não mero instrumento de arrecadação. Embora não existam propostas mais concretas de alterações legislativas das normas de tributação em bases universais brasileiras, fato é que nos últimos anos muito se tem falado sobre a reforma tributária – principalmente da tributação sobre o consumo, é verdade –, mas também circulam propostas de reforma da tributação sobre a renda, tanto no âmbito da pessoa física, quanto no âmbito da pessoa jurídica.

Nessa linha, em justificativa ao Projeto de Lei do Senado n. 1.952/2019, aponta-se a importância de diminuir a alíquota do imposto de renda das pessoas jurídicas em consonância com o que se deu nos países-membros da OCDE. Espera-se, assim, que o Brasil aproveite a oportunidade de uma ampla reformulação da legislação tributária e se alinhe às melhores práticas internacionais, principalmente na adoção de uma verdadeira norma CFC.

⁴³ 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. 44-52.

Novos Paradigmas da Tributação Internacional e a Covid-19

New International Taxation Paradigms and Covid-19

Fernando Aurelio Zilveti

Mestre, Doutor e Livre-docente em Direito Tributário pela
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Diretor e Professor do IBDT – Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar os impactos no campo tributário de medidas econômicas anticíclicas para enfrentar a pandemia de Covid-19. O ensaio analisa algumas medidas tributárias concretas, divididas metodologicamente entre reparadoras e indutoras. O sistema tributário foi sensivelmente abalado pela crise econômica provocada pela pandemia, mas o que este ensaio pretende desenvolver são os aspectos tributários da política fiscal.

Palavras-chave: Covid-19, tributação, sistema tributário, imposto de renda, imposto de consumo, reparadoras, indução, medidas anticíclicas.

Abstract

This article aims to analyze the impacts in the tax field of countercyclical economic measures to face the Covid-19 pandemic. The essay analyzes some concrete tax measures, methodologically divided between reparative and inductive. The tax system was significantly affected by the economic crisis caused by the pandemic, but what this essay intends to develop is the tax aspects of fiscal policy.

Keywords: Covid-19, taxation, tax system, income tax, consumption tax, reparatory measures, inductive taxation, countercyclical measures.

1. Introdução

O mundo vive uma crise decorrente da pandemia que mantém as pessoas em casa, derretendo a economia. Muitos já aparentam cansaço da pandemia do vírus conhecido por Covid-19 após meses de distanciamento social, mas o vírus não se cansou ainda. A atividade econômica interrompida, seja por medo de contaminação, seja por determinação das autoridades sanitárias, produziu uma forte retração na produção de bens e serviços. A maior crise econômica desde a Segunda Guerra Mundial demanda medidas de política econômica e fiscal, algumas delas analisadas neste ensaio. As soluções passam por um movimento desenvolvimentista, recentemente adotado por alguns Bancos Centrais das economias hegemônicas do grupo de países denominado como G20. Algumas pesquisas revelam

medidas legislativas com o intuito de flexibilizar a legislação tributária, com o diferimento, devolução, dedução, redução, isenção, etc.¹

É inegável que a pandemia gerou grave impacto no campo das rendas ativas, ou seja, daquelas pessoas de direito que produzem riqueza numa determinada jurisdição. Este aspecto da localização das pessoas de direito é bastante relevante para a tributação internacional e também para a tributação interna nas jurisdições. Num cenário de pandemia como a Covid-19, em que as pessoas de direito foram privadas de se deslocar e até mesmo mantidas em quarentena, a residência fiscal foi alterada. As sociedades empresariais também sofreram com o fechamento de fronteiras ou a aplicação de restrições à entrada de mercadorias em determinados países². Os deslocamentos forçados, com a volta de expatriados ao país de origem, produziram consequências fiscais sistêmicas sobre o sistema tributário, a merecer atos para mitigar os efeitos distorcivos. Entidades supranacionais, como a OCDE, orientaram as jurisdições sobre como agir de maneira coordenada, justamente para mitigar as distorções sistêmicas.

Seguindo a orientação coordenada dos organismos supranacionais, diversas jurisdições têm se utilizado da tributação como ferramenta no combate à crise econômica gerada pela Covid-19. Na Alemanha, por exemplo, a partir de julho de 2020 passou a vigorar uma lei que reduz a alíquota do IVA em seu território. A medida válida por seis meses tem o objetivo de estimular o consumo. A própria justificação da medida governamental demonstra preocupação com a eficácia da indução tributária sobre o preço dos bens de consumo³. Além disso, a fiscalização do repasse da redução tributária ao consumidor é uma quimera. Disso se tratará neste ensaio. Mesmo assim, são louváveis as medidas de amparo às empresas alemãs em dificuldades econômicas, notadamente no campo do imposto de renda e imposto corporativo. O aumento do limite temporal da dedução do prejuízo fiscal para os anos de 2020 e 2021 é um exemplo das medidas alemãs de reparação às empresas em dificuldades decorrentes da pandemia. Para promover o investimento de retomada, o fisco alemão deu ainda incentivos fiscais para a pesquisa em tecnologia, bem como para o reinvestimento dos lucros da empresa, num movimento aqui considerado como indutor.

Outro exemplo de ações coordenadas no campo tributário para mitigar os efeitos daninhos da Covid-19, na Bélgica, trata da possibilidade de aproveitamen-

¹ INSTITUTO INSPER. Levantamento feito pelo núcleo de tributação lista medidas tributárias adotadas por 43 países. 8 abr. 2020. Disponível em: <http://www.insper.edu.br/noticias/levantamento-nucleo-de-tributacao-entrevista/>. Acesso em: 2 jul. 2020.

² OECD. *OECD Secretariat analysis of tax treaties and the impact of the COVID-19 crisis*. Paris: OECD, 2020. p. 7. Disponível em: <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/oecd-secretariat-analysis-of-tax-treaties-and-the-impact-of-the-covid-19-crisis-947dcb01/>. Acesso em: 2 jul. 2020.

³ ALEMANHA. *Bundesregierungs Aktuelle*. Disponível em: www.bundesregierung.de. Acesso em: 2 jul. 2020.

to dos prejuízos fiscais decorrentes da pandemia. De acordo com a lei da Bélgica, os prejuízos fiscais do período entre maio de 2019 e julho de 2020 poderão ser abatidos dos lucros futuros, com um teto estimado do próprio lucro tributável ou de 20 milhões de euros. Assim, o imposto de renda das empresas sofrerá uma redução sensível, proporcional ao impacto da pandemia sobre a rentabilidade das empresas no período fiscal da crise. Além disso, a política fiscal local belga prevê a redução da alíquota de imposto de renda para o ano 2021, condicionada a retiradas a título de dividendos, redução de capital. As empresas com investimento advindo de paraísos fiscais, sem substância econômica, não poderão gozar dos mencionados benefícios fiscais. Esses benefícios condicionados merecem atenção como medidas com responsabilidade fiscal e moral tributária⁴. Condicionar benefícios fiscais a ações sociais ou compromissos dos contribuintes com políticas públicas é uma tendência global de responsabilidade fiscal. De certa forma, os contribuintes assumem ações de Estado e são compensados fiscalmente com tributação negativa.

A Espanha, por sua vez, optou por postergar o pagamento de boa parte dos impostos mais relevantes sobre a renda e consumo. Em relação ao imposto de renda, particularmente, a Coroa espanhola não alterou o sistema de declaração de renda, tanto de ajuste anual quanto de lançamento. O que se fez foi prorrogar por seis meses o pagamento do valor devido nas declarações ou autolançamentos já realizados antes do período mais crítico da pandemia no país. A medida foi especialmente direcionada aos trabalhadores autônomos, pequenas e médias empresas. Os trabalhadores que receberam auxílio emergencial foram autorizados a declarar seus rendimentos em modo geral, considerando o período excepcional de interrupção de suas atividades. O pagamento de outros tributos como o IVA, o imposto de renda na fonte e o imposto corporativo também foi postergado. O contribuinte teve também isenção do IVA cobrado sobre a importação de mercadorias de uso hospitalar e de higiene para evitar contágio da Covid-19⁵.

Jurisdições como os EUA e o Brasil concentraram suas ações de política fiscal em postergar prazos de pagamento e cumprimento de obrigações fiscais instrumentais. Essas medidas pouco afetam os investimentos locais, mas têm consequências inegáveis para o fluxo de caixa das empresas e a reorganização das pessoas de direito. No caso dos EUA, porém, as autoridades fiscais estenderam também os prazos para dedução de prejuízos fiscais e aumentaram o limite de dedução sobre o lucro tributável. A ação da Agência americana atende ao princípio da justiça fiscal, preservando a capacidade contributiva e a renda líquida das

⁴ BÉLGICA. Service Public Fédéral Finances. Mesures de soutien dans le cadre du coronavirus (COVID-19). Disponível em: <https://finances.belgium.be/fr/entreprises/mesures-de-soutien-dans-le-cadre-du-coronavirus-covid-19>. Acesso em: 2 jul. 2020.

⁵ ESPANHA. *Decreto Real 14/2020*, publicado no dia 15.4.2020. Disponível em: www.hacienda.gob.es. Acesso em: 2 jul. 2020.

empresas. No campo dos tributos sobre o consumo de competência federal, o país concedeu isenção, renunciando à tributação para as passagens aéreas e bens de higienização e de uso hospitalar⁶.

No exemplo do Brasil, as autoridades fiscais se pronunciaram sobre medidas para sair da crise econômica, que paralisou ao menos 522 mil empresas ou 34% dos empreendimentos, motivando o encerramento de algo em torno de 700 mil pequenos e médios negócios até o mês de junho de 2020⁷. É preciso lembrar que a Constituição Federal possui uma série de regras de proteção da atividade econômica, atendendo ao que se denomina função social da empresa⁸. Nesse sentido, houve: a postergação por seis meses para pagamento de tributos federais no Simples Nacional; a suspensão, prorrogação e adiamento de cobrança de dívida ativa da União; o adiamento do pagamento do FGTS; redução de 50% por três meses das contribuições do Sistema “S”. Em relação aos tributos sobre o consumo, o fisco brasileiro ainda premiou a importação de mercadorias com aplicação para prevenção e combate ao Covid-19 com a isenção de tributos incidentes sobre essas operações⁹. O parlamento brasileiro promoveu o pagamento de auxílio emergencial às pessoas mais vulneráveis à crise econômica gerada pela pandemia da Covid-19, notadamente os trabalhadores autônomos. Esses benefícios, comentados mais adiante, foram tratados na Lei n. 13.982/2020¹⁰. O benefício emergencial atende ao princípio do mínimo existencial.

Por trás das medidas emergenciais adotadas pelas diversas jurisdições pesquisadas, nota-se uma série de guerras comerciais silenciosas entre países de interesses conflitantes, mas isso não tira o mérito do combate aos efeitos nocivos da Covid-19 para as economias de modo geral. A questão política não passa despercebida pela tributação, mas é preciso desvencilhar-se de lugares comuns ou posicionamentos que tirem o foco da pesquisa científica. Aqui a reflexão se prende à captura da renda pela norma tributária durante e após a pandemia, suas modalidades e efeitos sistêmicos. Não há como ignorar o fato de que o Brasil ainda fi-

⁶ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento do Tesouro Americano. Agência das Rendas Internas (IRS). IRS: Three new credits are available to many businesses hit by COVID-19. 8 maio 2020. Disponível em: <https://www.irs.gov/newsroom/irs-three-new-credits-are-available-to-many-businesses-hit-by-covid-19>. Acesso em: 2 jul. 2020.

⁷ BRASIL. IBGE. *Pesquisa Pulso Empresa*: impacto da Covid-19 nas empresas. Disponível em: <http://agenciadenoticias.ibge.gov.br>. Acesso em: 2 jul. 2020.

⁸ BRASIL. *Constituição Federal*. Art. 5º, inciso XIII, e art. 170, parágrafo único.

⁹ BRASIL. Receita Federal do Brasil – RFB. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 2 jul. 2020.

¹⁰ BRASIL. *Lei n. 13.982/2020*. Dispõe sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

gura como um país onde existe grande disparidade entre o grau de desenvolvimento e o volume de recursos potenciais¹¹. Nesse ambiente, as ações de política fiscal merecem um cuidado estratégico especial, menos liberal e mais intervencionista.

O legislador tributário, sensível aos impactos socioeconômicos da Covid-19, lançou mão de medidas anticíclicas no intuito de reanimar a atividade econômica e mesmo de evitar seu colapso. O legislador, baixando medidas fiscais em função do direito comum, pode deformar ou transformar esse direito comum. Por mais que isso possa parecer condenável para o sistema tributário, o jurisconsulto não pode deixar de observar tais medidas, restringindo-se a pensar como reparar eventuais distorções¹². A maior intervenção do Estado no ambiente privado não se dá mediante uma visão ideológica de curto prazo, mas da perspectiva da emergência social circunstancial, elevando a visão perspectiva para o horizonte do que está por vir.

A política fiscal tem por objetivo desenhar a arrecadação de modo a atender às necessidades de custeio do Estado. Isso requer uma análise de todos os complexos fatores que determinam a reação do setor privado diante das medidas fiscais¹³. O fisco de cada jurisdição, mesmo em sintonia com outras jurisdições por força de tratados internacionais, é individualmente responsável por elaborar formas de custeio do Estado contratante. Isso implica a adoção de medidas com maior ou menor autonomia, a depender do grau de flexibilização que os tratados internacionais em matéria tributária demandem. A política fiscal, ainda mais em tempos de catástrofes naturais, assume importante tarefa para a estabilidade e o crescimento econômico¹⁴. As medidas de Estado, de socorro ou estímulo econômico, se sobressaem nos momentos mais críticos de crise mundial, como a vivenciada atualmente.

Assim, as relações internacionais bilaterais ou multilaterais devem ser observadas quando da adoção das medidas fiscais para combater os efeitos econômicos da pandemia da Covid-19. Há um consenso entre os agentes de política fiscal de que as medidas adotadas isoladamente por uma jurisdição produzem reflexos diretos em seu sistema tributário interno, afetando, por consequência, a capacidade contributiva interna e externa¹⁵. Este aspecto de Direito Tributário Internacional será comentado mais adiante.

¹¹ FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 335. Impressiona como as ideias do autor, que completaria 100 anos em 2020, ainda permanecem atuais.

¹² GENY, François. O particularismo do Direito Fiscal. *RDA* v. 20, abr.-jun. 1950, p. 6-31, p. 18.

¹³ MUSGRAVE, Richard A.; e MUSGRAVE, Peggy B. *Finanças públicas*. Tradução de Carlos Braga. Rio de Janeiro: Campus, 1980. p. 479.

¹⁴ MUSGRAVE, Richard A.; e MUSGRAVE, Peggy B. Op. cit., p. 641.

¹⁵ VOGEL, Klaus. Die Besteuerung von Auslandseinkünften. In: _____ (coord.). *Grundfragen des internationalen Steuerrechts*, 1985, DSJG 8, 3, p. 28 e s.

No campo interno, os agentes de política fiscal planejaram as ações no intuito de mitigar os efeitos negativos da pandemia para a economia. Os planos têm por objetivo a reparação ou indução, ambos com inevitáveis reflexos distorcivos no sistema tributário local, regional, internacional ou de grupos econômicos como a União Europeia, Mercosul ou Nafta. Os grupos econômicos desempenham um papel relevante na coordenação de medidas para o combate da crise econômica ocasionada pela pandemia, protegendo seus mercados e atuando em bloco para reagir à crise, com ações anticíclicas.

Neste ensaio tributário, a escolha entre as qualificações “reparadoras” e “indutoras” foi feita apenas como método de avaliação de impactos sistêmicos, sem a pretensão de definir natureza jurídica ou conceito. Tais medidas de política fiscal classificadas como reparadoras ou indutoras, a depender das circunstâncias e das ferramentas tributárias, produzem consequências particulares. Também para fins deste ensaio, assume-se o vírus da Covid-19 como um evento da natureza, uma patologia desencadeada pelo desequilíbrio do convívio dos seres vivos, nos termos do que se defende no meio científico¹⁶. Desta forma, a Covid-19 pode ser considerada, ainda, como um evento ocasionado pelo descontrole do meio ambiente em sua relação com o homem¹⁷. Essas considerações partem da perspectiva científica da pandemia, para os fins ensaísticos aqui desenvolvidos.

2. Medidas fiscais reparadoras da crise econômica

A postergação de prazos de pagamento de tributos tem o condão de reparar o contribuinte, mesmo que não seja por dano ocasionado diretamente pelo Estado. O ponto crucial aqui está no fato de o Estado assumir a responsabilidade pela reparação do dano ocasionado pela pandemia. A Covid-19 é vista como um caso fortuito ou de força maior, tema controvertido em sua essência, diante dos conceitos de imprevisibilidade e inevitabilidade, estranhos à organização da empresa e da vida das pessoas¹⁸.

Mesmo que não se considere que a pandemia seja um fato da natureza e que o Estado responde pela má gestão desse evento, o resultado é o mesmo, qual seja,

¹⁶ SHEREEN, Muhammad Adnan; KHANA, Sulima; KAZMI, Abeer; BAHIR, Nadia; and SIDDIQUE, Rabea. COVID-19 infection: origin, transmission, and characteristics of human coronaviruses. 2020 The Authors. Published by Elsevier B.V. on behalf of Cairo University. This is an open access article under the CC BY-NC-ND license (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>).

¹⁷ GUO, Yan-Rong; CAO, Qing-Dong; HONG, Zhong-Si et al. The origin, transmission and clinical therapies on coronavirus disease 2019 (COVID-19) outbreak – an update on the status. *Military Medical Research* v. 7, 11, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1186/s40779-020-00240-0>. Acesso em: 2 jul. 2020.

¹⁸ BRASIL. *Código Civil*. “Art. 393 – O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único – O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.”

a reparação fiscal do contribuinte¹⁹. Descortina-se a responsabilidade dos Estados que não cuidaram do problema pandêmico com a eficiência necessária, o que afasta em certa medida o instituto da força maior ou caso fortuito. Os tribunais superiores analisaram questão semelhante, embora não idêntica, e concluíram que o cidadão que vive num país com má administração deve saber do risco e, portanto, não teria direito a descumprir suas obrigações sob tal alegação. O caso fortuito e força maior traduzem um fato inevitável, que na pandemia de Covid-19 deverá ser analisado pelos tribunais, justamente para ver em que medida seus efeitos seriam inevitáveis, ainda que com uma administração mais eficiente em relação à mitigação dos efeitos socioeconômicos²⁰. Mesmo diante de tal interpretação jurisprudencial, quando o próprio Estado se antecipa na reparação dos prejuízos, adotando ações no campo tributário, maiores indagações de causa ficam prejudicadas.

As grandes crises econômicas deste século deixaram a economia em colapso. Houve um concerto das economias mundiais hegemônicas no sentido do socorro aos contribuintes em dificuldades. Isso resultou em diversas medidas de reparação de danos por meio da tributação, permitindo que as pessoas e empresas se recuperassem da grave crise que as acometeu. No caso da Covid-19, observa-se o mesmo movimento orquestrado das nações no sentido de acudir as vítimas da pandemia e as consequências econômicas depressivas²¹.

Quando se trata de medidas reparadoras, os agentes de política fiscal usam da tributação para compensar as perdas econômicas do contribuinte por força da crise econômica. A compensação pode se dar por meio de subvenções fiscais, descontos no valor dos tributos a serem pagos, postergação de recolhimento ou aumento das hipóteses de dedução do imposto de renda. A reparação dos efeitos da crise econômica não é feita por meio de tributos indiretos, mais afetos à indução, que será discutida adiante.

Considerando os acentuados prejuízos suportados pelos contribuintes em função da pandemia, é natural que a renda tributável seja diminuta ou inexistente nos anos de 2020 e 2021. Não obstante esse fato incontestável, preocupa o contribuinte qual seria o tratamento fiscal do prejuízo assumido no período pandêmico. Algumas jurisdições europeias decidiram permitir o aproveitamento do prejuízo fiscal do ano atual e do próximo ano, mesmo sem saber ainda o comportamento da economia no futuro próximo. Para atender ao princípio da praticidade, como no exemplo europeu alemão e belga, os agentes de política fiscal estabeleceram um valor máximo de dedução anual e um limite total para as empresas

¹⁹ BRASIL. STJ. *REsp 1.450.434*. Relator Min. Luis Felipe Salomão. Ver também: *REsp 1.732.398*.

²⁰ BRASIL. STJ. *REsp 1.450.434*. Relator Min. Luis Felipe Salomão.

²¹ OECD. *OECD Secretariat analysis of tax treaties and the impact of the COVID-19 crisis*. Paris: OECD, 2020. p. 7. Disponível em: <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/oecd-secretariat-analysis-of-tax-treaties-and-the-impact-of-the-covid-19-crisis-947dcb01/>. Acesso em: 2 jul. 2020.

deduzirem. A limitação de prejuízos acumulados afronta o conceito de lucro, uma vez que o prejuízo é a negação do acréscimo patrimonial num determinado período e, conseqüentemente, o saldo negativo resultante da operação de subtração merece ser carregado para períodos posteriores de resultado positivo, compensando o contribuinte. Isso se dá num processo de recomposição patrimonial. Vedar a recomposição patrimonial significa atentar contra o princípio da capacidade contributiva²². Persistem, assim, dúvidas sobre o caráter de reparação das medidas analisadas aqui, pois estas seriam apenas um reconhecimento do direito do contribuinte de recompor seu patrimônio.

Durante a pandemia houve a determinação das autoridades sanitárias para que se desse o isolamento social. Alguns países, como França e Bélgica, elaboraram um plano de comprometimento das empresas a manter os empregados, em troca de benefícios fiscais variados, tanto sobre os tributos que incidem na folha de pagamento, quanto a tributos sobre a renda e consumo. O governo francês, inclusive, alterou disposições sobre residência fiscal²³. No mesmo sentido, alguns países aprovaram normas de flexibilização dos contratos de trabalho, autorizando as empresas a suspender contratos de trabalho ou deixar os empregados em casa, no regime conhecido como *home office*, à disposição da empresa, com o salário pago por esta. No caso do Brasil isso não foi diferente²⁴. A condição para o uso de benefício fiscal, porém, constitui indução comportamental, afastando tais medidas da caracterização reparadora.

Num primeiro momento, buscou-se compreender a natureza jurídica da ação do governo brasileiro, levando em conta a ajuda emergencial para a renda e o emprego, com redução da jornada de trabalho. A ajuda pode ser excluída do lucro líquido da empresa, para fins de apuração do lucro real. Essa despesa, no que diz respeito àquilo com que a empresa arca, é dedutível. Mesmo na hipótese de os empregados serem mantidos em casa, inativos, com o salário pago pela empresa, de igual sorte a despesa é dedutível²⁵.

Outra questão relevante no caso brasileiro se coloca em relação às medidas trabalhistas que o empresário puder adotar para amparar o empregado no mo-

²² MACHADO, Hugo de Brito. A tributação do lucro e a compensação de prejuízos. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Imposto de renda, questões atuais e emergentes*. São Paulo: Dialética, 1995. p. 56.

²³ FRANÇA. Résidence fiscale et confinement crise Covid. Disponível em: <https://www.impots.gouv.fr/portail/international-particulier/residence-fiscale-et-confinement-crise-covid>. Acesso em: 2 jul. 2020.

²⁴ BRASIL. *MP 936*. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), de que trata a Lei n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências.

²⁵ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Pandemia e indagações tributárias. *RDTA* v. 44, p. 493-505, p. 495, 2020. O autor cita corretamente o art. 47 da Lei n. 4.506, refletida no art. 311 do RIR/2018.

mento de pandemia, compondo a remuneração direta e indireta²⁶. Entenda-se como medidas trabalhistas também aquelas prestações *in natura*, com instalações colocadas à disposição dos empregados, em suas casas, para o trabalho remoto. As medidas praticadas pelo empregador em benefício de seu empregado não são mera liberalidade, mas atos decorrentes de relação de trabalho contratado, autorizados expressamente pelo poder público durante o período da pandemia. Não há falar em doação dos valores e eventuais benefícios ao trabalhador por parte do empregador. São despesas necessárias para a manutenção da fonte produtora, previstas na legislação do imposto de renda mencionada acima e, portanto, dedutíveis²⁷.

No mesmo sentido de reparar os danos ocasionados pela pandemia da Covid-19, que forçou o distanciamento social, o Brasil promoveu o pagamento de valores para pessoas físicas em situação vulnerável, cadastradas no programa de governo²⁸. Esses valores podem se somar a outros rendimentos anuais dessa ou de outra natureza. Questiona-se, então, a natureza jurídica e se tais rendimentos devem ser tributados. Por se tratar de subvenção governamental, essa renda não é doação sob qualquer aspecto que se observe²⁹. Tampouco configura renda tributável, visto não ser gerada pelo contribuinte como produto do trabalho, do capital ou da combinação de ambos. Os valores pagos pelo governo aos cidadãos cadastrados são transferências patrimoniais que não compõem o fato gerador previsto no art. 43 do Código Tributário Nacional – CTN.

De fato, a legislação do imposto de renda está sempre “falando” na dinâmica relação entre fisco e contribuinte, adaptando a legislação com aquilo que os tribunais consideram renda líquida ou renda tributável³⁰. Em outras palavras, cabe ao intérprete o ajuste daquilo que se entende por renda tributável, de sorte que os tribunais devem, afinal, verificar até que ponto as medidas reparadoras recompõem o patrimônio do contribuinte a ser objeto, tributável quando do acréscimo³¹.

²⁶ BRASIL. *MP 927*, convertida na Lei n. 13.982/2020. Prevê que acordo individual entre o empregado e o empregador deve se sobrepor a leis e acordos coletivos, respeitados os limites estabelecidos na Constituição. As regras são válidas durante o estado de calamidade pública em razão da Covid-19, que vai até dezembro. O empregador também poderá optar por celebrar acordo coletivo ou convenção coletiva com o sindicato da categoria.

²⁷ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Pandemia e indagações tributárias. *RDTA* v. 44, p. 493-505, p. 499, 2020.

²⁸ BRASIL. *MP 927*, convertida na Lei n. 13.982/2020.

²⁹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Pandemia e indagações tributárias. *RDTA* v. 44, p. 493-505, p. 502, 2020.

³⁰ JONES, John F. Avery. Taxing foreign income from Pitt to the Tax Law Rewrite – the decline of the remittance basis. In: TILEY, John (ed.). *Studies in the History of Tax Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2004, p. 15-56, p. 15.

³¹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda (2020)*. São Paulo: IBDT, 2020, p. 204-205.

3. Medidas fiscais indutoras para sair da crise

O tributo é um instrumento de igualdade, de modo que, quando um contribuinte enriquece demasiadamente, enquanto o outro empobrece além dos níveis mínimos de dignidade, ele surge para compensar a desigualdade. Essa é a ideia compensadora do tributo, igualando os desiguais, na medida da desigualdade. O mais pobre observa o mais rico deixar um quarto de sua renda para o Estado, que distribui a riqueza em programas sociais. Ocorre, assim, uma transmissão do sucesso econômico, numa sociedade supostamente mais livre³². Essa noção de ética orienta o sistema tributário e, em tempos de crise como a vivida atualmente, demanda serenidade dos agentes de política fiscal.

Afinal, todo tributo tende a trazer um equilíbrio social, uma vez que ele afeta a todos no seu consumo. Essa constatação parte do pressuposto de que toda exação é repercutível, e até que isso se dê por completo, a igualdade fiscal não opera. A lógica da tributação está na repercussão, como na teoria da física, sustentada por defensores da teoria da incidência, da pedra caindo no lago. A ideia da translação, contudo, não leva em conta as regras de mercado, que limitam e, algumas vezes, não permitem tal repercussão. A afirmação de que ninguém assumiria, de fato, o ônus tributário, consiste numa falácia. É preciso investigar a justiça do sistema tributário³³. Por outro lado, a repercussão pode não ocorrer por circunstâncias de mercado, como um colapso no consumo gerado por uma pandemia. A repercussão tributária não ocorre sem consumo, de modo que outros efeitos, como a indução, sequer se consideram em tais circunstâncias.

A questão da justiça do sistema tributário será debatida mais tarde, em tópico próprio, mas o que este ensaio investiga aqui é a pertinência das medidas indutoras em matéria fiscal. A progressividade do imposto de renda consiste em medida de indução ao investimento e desestímulo ao rentismo. Isso, porém, depende do grau de progressividade e de sobre qual rendimento recai o imposto efetivamente. A progressão de um tributo pode ter, inclusive, a depender do grau e das condições de mercado, efeito neutro sobre o comportamento do contribuinte. Se o agente de política fiscal exagera na progressividade de alíquotas de tributos sobre o consumo, o efeito indutor positivo ou negativo pode ser frustrado, como no exemplo dos cigarros e álcool. Também pode tal política estimular a sonegação ou contrabando, distorcendo o sistema tributário. As medidas de progressão acentuada do imposto de renda, portanto, têm efeitos perniciosos sobre o sistema, devendo ser evitadas ou, caso adotadas, ser reprimidas pelos tribunais.

³² KIRCHHOF, Paul. A ética da justiça fiscal. Traduzido por Pedro Adamy. *RDTA* v. 44, p. 509-528, p. 513.

³³ MUMFORD, Ann. ERA Seligman: the surprising fiscal sociologist. In: TILEY, John (ed.). *Studies in the History of Tax Law*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2012. v. 5. p. 281-299. p. 296.

Os objetivos do Estado na indução de conduta dificilmente são atingidos nos tributos sobre o consumo. Se pensarmos no caso alemão de redução de alíquota do IVA, descrito acima, com o objetivo de aquecer o consumo, evidencia-se a dificuldade de fiscalizar se o preço final de bens e produtos cai. Numa aproximação pragmática no sentido da justiça fiscal, é preciso investigar onde está o poder de consumo. Num cenário como o da pandemia de Covid-19, este fator exógeno impede ou dificulta o consumo. A indução por meio de tributo indireto tem baixa chance de eficácia, uma vez que o consumo é impedido pela pandemia e não por um acanhamento do consumidor. A medida francesa de postergar o pagamento do IVA ou antecipar as devoluções de créditos fiscais com o Estado fazem mais sentido, mas são medidas reparadoras, e não indutoras, ainda mais quando condicionadas a um compromisso com a manutenção de emprego³⁴.

A base de trabalho acerca de arrecadação ou projeto de alteração tributária passa por escolhas no sistema tributário e na própria ordem constitucional. Essas escolhas determinam aquilo de que o contribuinte pode dispor sobre sua renda, capital ou patrimônio, tendo em vista a hipótese tributária. Quando o agente de política fiscal estabelece medidas reparadoras ou indutoras, aumentando ou diminuindo a carga tributária, trata do poder de competência fiscal³⁵. Vejamos as consequências disso para o sistema tributário.

O efeito “alavanca” pretendido pelo legislador tributário, obrigando a entrega do dinheiro, afeta diretamente a propriedade. A crítica existente sobre a indução se encontra justamente sobre o efeito, por não atingir aquilo que foi pretendido pelo legislador. Por outro lado, a indução sobre o cidadão afeta a liberdade dele, com sacrifício patrimonial. A liberdade tolhida em nome da “alavanca” da economia com finalidade social turva a percepção do jurista, que algumas vezes é seduzido pela finalidade³⁶. Atualmente, compatibiliza-se a tributação com os direitos fundamentais do cidadão, mas o grande desafio no Brasil reside em encontrar o limite adequado dessa compatibilização de interesses. O incentivo comportamental do contribuinte concretiza a ordem econômica prevista na Constituição de 1988³⁷.

³⁴ FRANÇA. Assouplissement des modalités de paiement des acomptes d'impôt sur les sociétés et de contribution sur la valeur ajoutée des entreprises. Disponível em: <https://www.economie.gouv.fr/covid19-soutien-entreprises/paiement-impot-societes-contribution-valeur-ajoutee>. Acesso em: 2 jul. 2020.

³⁵ VOGEL, Klaus. *Verfassungsrechtsprechung zum Steuerrecht. Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 16. September 1998*. Berlin, Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1999. p. 1-23. p. 1.

³⁶ VOGEL, Klaus. Tributos regulatórios e garantia da propriedade no Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. In: MACHADO, Brandão (coord.). *Direito Tributário*. Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 543-554, p. 551.

³⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 42.

Essa finalidade afeta o sistema tributário constitucional, na medida da limitação da liberdade do contribuinte. Pergunta-se, então, qual seria o limite da liberdade do legislador na estruturação do sistema tributário. Um sistema justo e seguro é aquele que realiza o interesse geral, que atende a ordem econômica e social, no sentido político de concretizar com eficiência os programas de governo³⁸. O agente fiscal e o gestor de políticas públicas recebem o comando constitucional de realizar a justiça fiscal com os instrumentos do sistema tributário, garantindo ao contribuinte a retribuição daquilo que foi tributado com os serviços essenciais do Estado. Vejamos a seguir como o Estado afeta o sistema tributário com sua política fiscal e em que medida o mesmo sistema pode limitar essa ação, conferindo segurança jurídica ao administrado.

4. Consequências da política fiscal para o sistema tributário

A crise econômica provocada pela pandemia da Covid-19 deixou milhares de pessoas sem nenhum sustento. O enfrentamento da crise no campo tributário exige um olhar sistêmico, no sentido de evitar distorções e até mesmo de corrigi-las, quando o efeito distorcido da medida fiscal for inevitável. Verdade que a competência tributária pode ser até mesmo presumida em favor do ente público, presunção essa explicada pelas próprias necessidades do Estado³⁹. Quando, por um lado, estas necessidades são acrescidas circunstancialmente, em razão de um evento da natureza que impede a atividade econômica do contribuinte, por outro lado, aumentam também as necessidades do contribuinte. O Estado tem perda de arrecadação, e o contribuinte, de capacidade contributiva. A capacidade contributiva é o limite para as ações do Estado para fazer frente ao problema de perda de arrecadação, elemento sistêmico fundamental.

Quanto maior for a desigualdade provocada pela economia, mais se destacará a função niveladora da tributação. Esse escopo da tributação somente faz sentido num ambiente onde existe renda disponível a ser capturada. Logo após a Segunda Guerra Mundial, algumas jurisdições estabeleceram alíquotas bastante elevadas para o imposto de renda. Nos EUA, por exemplo, foi introduzido um imposto de renda amplo e com alíquotas de até 75%. Houve crítica sobre a eficácia do imposto num ambiente onde os muito ricos sequer se encontravam residentes naquelas jurisdições ou se mantinham protegidos por estruturas societárias. Afinal, o imposto de renda pós-guerra foi mais eficaz na base de assalariados,

³⁸ TIPKE, Klaus. Mehr oder weniger Gestaltungsfreiheit für Steuergesetzgeber? Erörtert unter besonderer Berücksichtigung zweiter Beiträge von Prof. Dr. Michael Druge und Prof. Dr. Andreas Musil über Zukunftsfragen der deutschen Steuergesetzgebung. *StuW* 91. [44]. Jahrgang 2014. Colônia. Dr. Otto Schmidt. p. 273-285. p. 284.

³⁹ KIRCHHOF, Paul. *Besteuerungsgewalt und Grundgesetz*. Francoforte no Meno, 1973, p. 12. Apud MACHADO, Brandão. São tributos as contribuições sociais? *RDTA* v. 7/8, p. 1815-1872, p. 1817.

graças à modalidade de retenção na fonte⁴⁰. Mais tarde, porém, se constatou que o imposto teve seu efeito distributivo como projetado inicialmente. O efeito distributivo não foi indutor, mas reparador daqueles que mais sofreram com a guerra.

A doutrina considera, de um ponto de vista geral, a história da tributação como resultado do desenvolvimento técnico-econômico, social, político, cultural e jurídico. Mais tarde, passada a fase mais crítica da crise econômica pandêmica, tudo o que foi feito até então será estudado da perspectiva dos efeitos para o sistema tributário⁴¹. Tais consequências sistêmicas não se limitam à tributação das pessoas físicas, mas também se notam nas pessoas jurídicas. Em jurisdições onde se aplica o princípio da territorialidade, a renda produzida fora não é computada para fins de tributação pelo imposto de renda. Em outras jurisdições, como o Brasil, a renda mundial interessa ao fisco, com considerações particulares em relação a conceitos aceitos globalmente, como de estabelecimento permanente. Em que pese a crítica acertada em relação à nota da OCDE sobre a pandemia e seus efeitos para os países-membros e seus tratados em matéria tributária, as considerações dessa missiva fazem algum sentido⁴².

O que houve com a pandemia, afinal, foi o desaparecimento de estabelecimentos permanentes – EP e a geração de novos EP, que a nota da OCDE tratou de modo excepcional, como demanda a situação insólita da pandemia. O problema da excepcionalidade e temporalidade está no fato de que os efeitos econômicos da pandemia se prolongaram muito além das expectativas. Veja o exemplo de um estrangeiro que exercesse sua atividade profissional no Brasil e, por força da pandemia na Europa, foi repatriado. As medidas de isolamento no continente europeu se prolongaram e ainda não terminaram, enquanto no Brasil sequer dão sinais de relaxamento absoluto. Com isso, as regras fiscais de residência, como o prazo de 183 dias para configuração ou não de residência no País, podem se aplicar. A OCDE levou em conta aspectos subjetivos relevantes, como a vontade do contribuinte, a boa-fé e o mais polêmico conceito de força maior⁴³. A questão da vontade do contribuinte também tem sido objeto de discussão em alguns casos administrativos em matéria fiscal no Brasil⁴⁴. Longe de uma solução consensual,

⁴⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Departamento do Tesouro Americano. Agência das Rendas Internas (IRS). Theme 2: Taxes in U.S. History. Lesson 5: The Wealth Tax of 1935 and the Victory Tax of 1942. Disponível em: https://apps.irs.gov/app/understandingTaxes/teacher/whys_thm02_les05.jsp. Acesso em: 2 jul. 2020.

⁴¹ WAGNER, Adolf. *Finanzwissenschaft*. Lipsia: C. F. Winter'sche Verlagshandlung, 1910. p. 10.

⁴² BÁEZ, Andrés; and LÓPEZ, Hugo. Reflexiones sobre la pandemia y sus efectos en la fiscalidad internacional a partir de la Nota de la OCDE de 3 de abril de 2020 (Some Reflections on the Pandemic and the International Tax Regime Based upon the OECD Secretariat Note of April 3rd 2020). June 10, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3624152> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3624152>. Acesso em: 2 jul. 2020.

⁴³ BÁEZ, Andrés; and LÓPEZ, Hugo. Op. cit.

⁴⁴ BRASIL. CARF. Processo 16095.720100/2014-98. Acórdão 2301-007.136 – 2ª Seção de Julgamento/ 3ª Câmara/ 1ª Turma Ordinária. Relator – Cleber Ferreira Nunes Leite. Ver também: Proce-

a questão volitiva merece aceitação maior por parte das autoridades fiscais, cabendo ao contribuinte optar por uma ou outra jurisdição de residência, principalmente se levar em conta as particularidades dos tratados internacionais.

As medidas governamentais e até mesmo comunitárias mencionadas no preâmbulo deste trabalho dão conta de isenções para importação de produtos de assepsia e de tratamento da doença causada pelo coronavírus. A renúncia fiscal sobre tributos cobrados na importação não chega a induzir o consumo, tampouco a reparar prejuízos. Nem sequer barateia o custo de tais produtos quando a demanda é muito alta, como ocorreu no pico pandêmico. Nesses casos, inclusive, se dá uma distorção sistêmica, prejudicando a concorrência entre produtos importados e similares nacionais sem o mesmo benefício. Na demanda inelástica, a ferramenta indutora é ineficaz, como ineficaz é o tributo sobre o consumo para tal finalidade extrafiscal.

Alguns sistemas tributários têm demonstrado preocupação com os reflexos negativos da política fiscal finalística, que objetiva salvar o erário a qualquer custo. No sistema tributário deve haver uma preocupação constitucional contra o efeito sufocante da tributação, capaz de exaurir a capacidade de geração de riqueza e a própria liberdade de empreender. Esse limite não pode se restringir ao confisco, uma situação extrema⁴⁵. A Constituição brasileira também peca ao estabelecer apenas um limite de confisco, algo muito difícil de concretizar pelo sistema tanto difuso quanto concentrado de constitucionalidade⁴⁶. A igualdade e a capacidade contributiva são limites mais eficazes para desenvolver a justiça fiscal.

Afinal, cabe ao Poder Judiciário aferir o impacto e a adequação das medidas governamentais em socorro do contribuinte, diante dos efeitos da pandemia, tendo a igualdade na tributação como paradigma constitucional e sistêmico. O tratamento anti-isonômico do contribuinte nas ações de política fiscal será objeto de apreciação dos tribunais, mesmo considerando que é esse justamente o papel da reparação e da indução⁴⁷. Reconhece-se a dificuldade de determinar parâmetros de intervenção, daí a relevância do papel do intérprete neste sentido.

Num sistema global, a limitação de prejuízos fiscais é utilizada para evitar a realização seletiva dos prejuízos, enquanto se defere a realização de ganhos⁴⁸. Quando os prejuízos globais são comprovados por fatos incontestes, como a pan-

so n. 13808.005919/2001-35. Acórdão n. 2101-00.858 – 1ª Câmara/ Primeira Turma Ordinária. Relator Alexandre Naoki Nishioka. Disponível em: <http://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/consultarJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em: 2 jul. 2020.

⁴⁵ TIPKE, Klaus. *Steuerrechtsordnung*. Colônia: Dr. Otto Schmidt, 1993. v. 1. p. 465.

⁴⁶ BRASIL. *Constituição Federal*. Art. 150, inciso IV.

⁴⁷ FERREIRA NETO, Arthur M.; e RAVANELLO, Alexandre. Pandemia da Covid-19 e a flexibilização de institutos tributários: a importação dos juízos de equidade em calamidades públicas. *RDIA* v. 45, p. 519-551, p. 549.

⁴⁸ AVI-YONAH, Reuven; SARTORI, Nicola; and MARIAN, Omri. *Global Perspectives on Income Taxation Law*. Oxford and New York: Oxford University Press, 2011. p. 59.

demia da Covid-19, a possibilidade de elusão fiscal fica mitigada. Isso justifica, por si só, a posição reparadora do patrimônio dos contribuintes, em caráter global, aumentando o tempo de aproveitamento dos prejuízos fiscais.

5. Conclusão

As reflexões aqui elaboradas refletem a opinião do autor no momento da elaboração do ensaio científico. Este truísmo serve para expor a posição de intransigência acerca da definitividade das considerações. As hipóteses enfrentadas sob o paradigma proposto merecem algumas ponderações a título conclusivo.

Dentre as medidas adotadas para atender à crise econômica provocada pela Covid-19, este ensaio adotou as denominações reparadoras e indutoras para qualificá-las, com o objetivo de testar o intuito do agente de política fiscal e os seus efeitos para o sistema tributário. A verdade é que os modelos normativos aqui criticados não foram desenhados para serem realistas, no sentido de descreverem fielmente o que acontece e se os resultados ótimos serão alcançados⁴⁹. Há sempre um déficit entre o que foi projetado e o que efetivamente se realiza.

A despeito disso, o agente fiscal procura, especialmente em momentos de crises agudas como a que se apresenta com a Covid-19, pensar na distribuição de renda e bem-estar numa economia de mercado. Isso depende de um número de fatores, incluindo leis que permitam a igualdade de oportunidades, a mobilidade social e a reestruturação de mercados. O contexto sistêmico em que se desenvolvem as atividades econômicas durante a crise ocasionada pela pandemia da Covid-19 torna estratégico o papel do agente de política fiscal. De igual sorte, os ajustes no sistema tributário são muito oportunos em tempos agudos como o de uma pandemia, no sentido de modificar a legislação do imposto de renda, revisitando os critérios de sua apuração, apenas para citar o exemplo legislativo alemão⁵⁰.

A arrecadação tributária elabora, afinal, institutos de captura de riqueza para dar maior eficiência ao sistema tributário como um todo, porém, cabe ao legislador levar em conta a liberdade do cidadão como limite a ser protegido⁵¹. Assim, uma alteração legislativa que modifique critérios de apuração do imposto de renda, como o exemplo citado acima, produz impactos sistêmicos internos e externos, afetando tratados internacionais.

⁴⁹ MUSGRAVE, Richard. *The theory of public finance, a study in public economy*. New York: Mc. Graw – Hill Book Co., 1959. p. 4.

⁵⁰ HEY, Johanna. *Stellungnahme Zu dem Entwurf der Fraktionen der CDU/CSU und PSD Corona-Steuerhilfegesetz (BT-Drucks. 19/19150)*. Institut für Steuerrecht Universität zu Köln, Öffentliche Anhörung im Finanzausschuss am 25 Mai, 2020, p. 1-11, p. 7 e 8. Disponível em: www.bundestag.de/ressurce/blog/697504/4eebd50ec9. Acesso em: 2 jul. 2020.

⁵¹ BLUMENSTEIN, Ernst. *Die Steuer als Rechtsverhältnis. In Festgabe für Georg von Schanz zum 75. Geburtstag 12. März 1928*. Volume II. Coordenado por Hans Teschemacher. Tubinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), p. 1-37, p. 1.

As finanças públicas representam, afinal, a realidade da Constituição. O poder do Estado e as finanças públicas são interdependentes, de modo que é impensável a vida de um sem o outro⁵². Num momento tão crítico como o que vivemos hoje, a liberdade do contribuinte precisa de proteção, na contenção tanto do poder de tributar quanto da reparação patrimonial, de modo que sejam preservados o capital e a capacidade contributiva.

⁵² VOGEL, Klaus. Grundzüge des Finanzrechts des Grundgesetzes. Der Finanz und Steuerstaat. In: ISENSEE/KIRCHHOF (Hrsg.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. 2, 3. Colônia: Humblot, 2004, § 30, p. 843-878, p. 843.

Transfer Pricing Planning and Documentation during a Global Pandemic

Ioanna Ninou

Transfer Pricing Manager, Meijburg & Co. *E-mail:* ninou.ioanna@kpmg.com.

Ágata Uceda

Transfer Pricing Director, Meijburg & Co. *E-mail:* uceda.agata@kpmg.com.

Abstract

The outbreak of Covid-19 has led to a global healthcare crisis that is having ripple effects across the world economy. The actions taken by most governments to contain the spread of the virus resulted in an unprecedented disruption of global supply chains, a general decrease in the aggregated demand and a reduction in the supply capacity of most companies. Risk aversion has increased, and business and consumer confidence have dropped dramatically. All of this has heightened liquidity and credit constraints for many businesses. The current environment puts at the front and centre the broader question about whether purchasing habits and global demand will shift permanently to more sustainable products, lower consumption and online products and services.

MNEs have taken immediate mitigation measures and have put their focus on evaluating recovery strategies for their businesses. Recovery measures range from those required to address their businesses' shorter-term liquidity needs, to the ones that will bolster the resilience of their global supply chain. From a transfer pricing perspective, MNEs that have been exposed to an abrupt demand shock (fashion retailers, restaurants and hotels, any company in the leisure and event management sector) are questioning how to apply existing transfer pricing policies with targeted profit margins in order to reflect this unexpected economic disruption. Others, are evaluating their global footprint and contemplating changes to, i.e. reducing manufacturing capacity or relocating warehousing closer to the consumer, that could impact their current transfer pricing policies.

The aim of this article is to address transfer pricing considerations and opportunities that MNEs could consider when developing and implementing their shorter and longer-term recovery strategies. This article focuses on the impact that the current crisis has on the transfer pricing policies of routine distributors and discusses various approaches that taxpayers could consider while applying their policies at times of economic downturns. The article also outlines possible implications that changes in intercompany arrangements, including a contemplated termination and/or the substantial renegotiation of intercompany agreements, may have from a business restructuring perspective. Finally, the article addresses transfer pricing considerations for MNEs looking to manage cash and liquidity requirements. The article highlights the importance of having robust documentation in place to ensure the proper and smooth implementation of recovery strategies and avoid any potential implications resulting thenceforth.

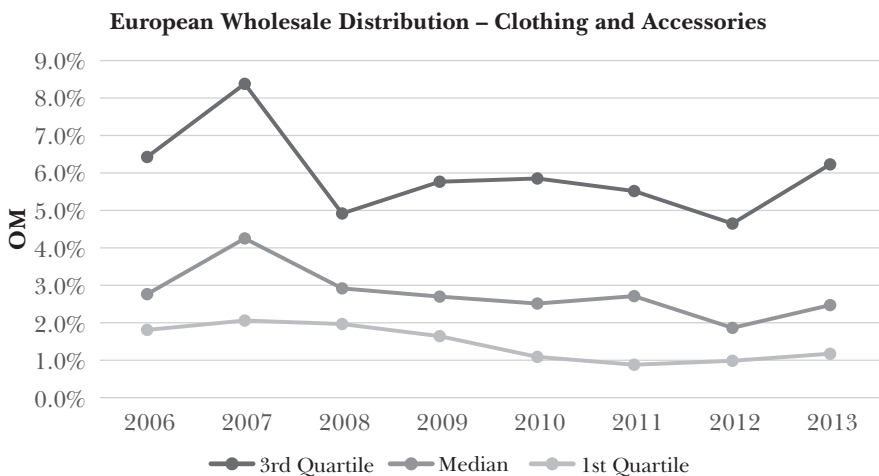
Keywords: Covid-19, transfer pricing policies, routine distributors, business restructuring, indemnification costs/ local restructuring costs, intercompany arrangements, force majeure, liquidity management, cash pools, intercompany loans, guarantees.

I. Impact on the transfer pricing policies of distributors

Following the sudden economic disruptions, many businesses experienced an abrupt decrease in their revenues, without having the ability to scale down many of their (fixed) costs, thus exerting pressure on their overall margins. MNE's operating through their own low risk distributors, have typically transfer pricing policies that guarantee a return in the form of a target operating margin. Many of these policies have been designed during times of economic expansion. While trying to set their pricing for 2020, these taxpayers are being faced with challenges when updating their "comparability analysis": how to account for the current economic circumstances, and any related changes in the business strategies¹.

To illustrate some of these challenges, we consider KPMG's analysis of the historical performance of wholesale distributors operating in Europe². The analysis provides the operating margins for distributors operating in 3 different industries, for the years between 2006 to 2013.

Table 1 – European Distributors – Clothing and Accessories



¹ A "comparability analysis" is at the heart of the application of the arm's length principle and it becomes all the more important under the current environment. An update of the "comparability analysis" requires a review of (a) any changes in the functional profile of the tested parties, (b) the intercompany contracts for pricing provisions and other terms, (c) the current economic circumstances, and (d) the business strategies pursued.

² CLAIR, B.; CODY, B.; EISENBERG, H.; GALGINAITIS, S.; and DE ROBERTIS, G. Covid-19 and transfer pricing policy: a lookback analysis of routine returns. *KPMG*, p. 8-10, 2020. Available at: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/us/pdf/2020/06/tnf-tp-wnit-june8-2020.pdf>.

Table 2 – European Distributors – Machinery and Equipment

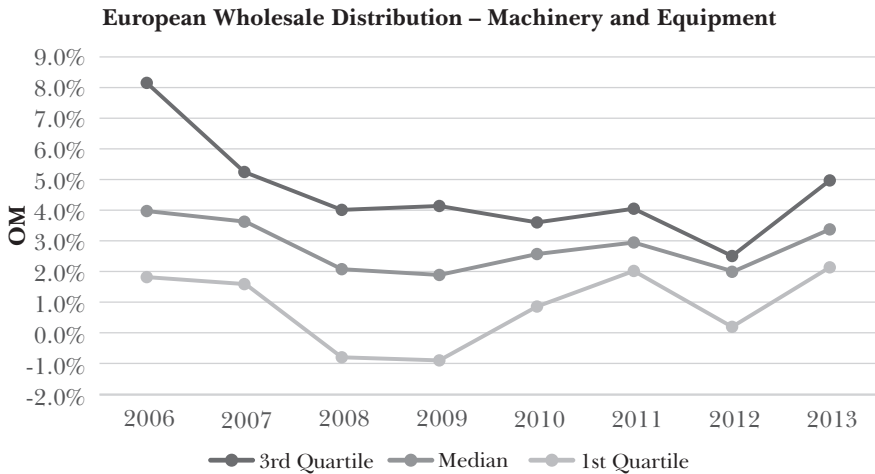
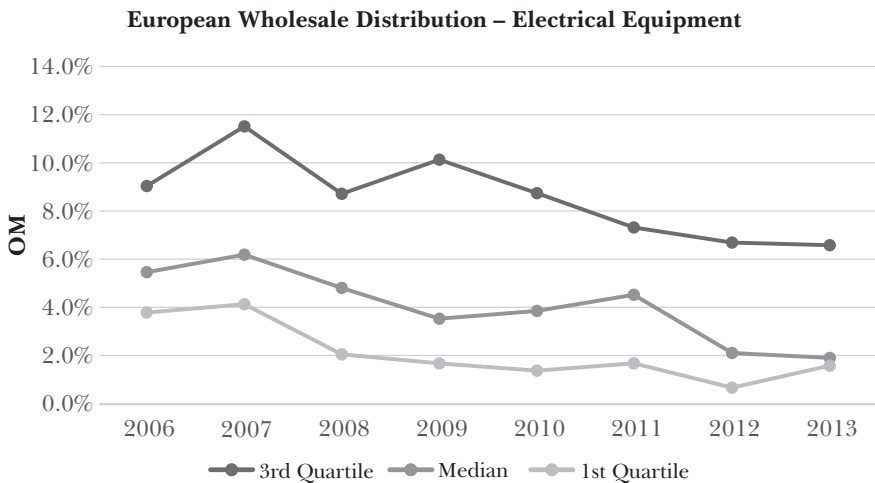


Table 3 – European Distributors – Electrical Equipment



The analysis demonstrates how the depth and the timing of the downturn, as well as the recovery trajectory differs per industry. While, a more detailed analysis of the operating results of each individual company suggests that comparables' individual performance could, in some years, deviate from the overall trend. Albeit the differences between the 2008 and the current crises, this analysis provides useful insights for MNEs looking to adjust their transfer pricing policies.

Although deviations from existing transfer pricing policies may be merited at times of economic downturns, taxpayers should proactively document and support any changes through well documented industry analyses, functional analyses, and/or discussion of any adjustments.

A. Short term implications

In the short term, taxpayers looking to set their transfer pricing for 2020, will need to determine what financial data to use. One important limitation, in this respect, is the lack of real time data for the comparable companies. In particular, financial data used for setting and testing various profit margins is generally only available with a lag of 5 to 6 months for North American databases, and up to 18 months for EMEA and other databases³. To account for this limitation, different approaches could be considered. These approaches range from (a) using the most recent financial data (e.g., 2016-2018 or 2017-2019) and using financial and other comparability adjustments to account for the sudden economic disruption, (b) using 2020 quarterly or half year data of public companies, to (c) using the margins from previous recessions (e.g., from the 2008-2009 financial crisis). Each of these approaches has different pros and cons and may be more or less suitable per geographic region.

In the EMEA region, some taxpayers are considering the use of the most recent comparable data (e.g., 2016-2018 or 2017-2019 financials) with appropriate adjustments to account for the availability of data and the current economic conditions. There are various options for introducing adjustments and taxpayers will need to assess, based on the facts of each case, the advantages and disadvantages of each one of them.

Approaches that do not require an adjustment to the interquartile range of existing benchmarks per se and that are easy to implement, would target a lower margin within the existing arm's length range of results. However, this approach does not specifically account for the economic circumstances of a downturn.

Approaches that introduce quantitative adjustments to account for the current economic conditions also vary in terms of their complexity. One possibility would be to adjust the latest interquartile range by a percentage change that is similar to the one observed in the previous recession of 2008. When applying this approach, it is important to consider how industries and economies might have been impacted differently by the current and previous crisis. In this respect, the depth and the timing of crisis should be carefully assessed.

Another possibility would be to use regression analyses in order to establish a statistical relationship between certain economic indicators (GDP, unemployment) and the revenues or the profitability of the comparables. Using this type of analysis would allow taxpayers to evaluate the correlation between certain variables, while controlling for factors such as the industry and the county of operations. The resulting linear equation would then be used to project the adjusted

³ CLAIR, B.; CODY, B.; EISENBERG, H.; GALGINAITIS, S.; and DE ROBERTIS, G. Covid-19 and transfer pricing policy: a lookback analysis of routine returns. *KPMG*, p. 1, 2020. Available at: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/us/pdf/2020/06/tnf-tp-wnit-june8-2020.pdf>.

performance of the comparable companies and thus create an adjusted inter-quartile range. Though technically robust, this methodology requires detailed analyses and testing of the independent variables, i.e. economic indicators, that will be used in the linear equation. At the same time, tax authorities that have little or no experience with this type of analysis, may challenge it as being too subjective and complex.

B. Medium term implications

In the medium term, once data for 2020 becomes available MNEs may consider adjusting their search strategies to include the most recent data in order to better support the results of 2020. In determining their future benchmarking strategies, MNE's should consider revisiting the industries and geographies included in their search strategies to account for the diverse effect of the economic disruption between companies, industries, or markets. Also, using one year of data instead of three years may be more appropriate to support MNEs transfer pricing positions for 2020. Furthermore, adjusting traditional benchmarking strategies that reject loss making companies may allow to partially mitigate but not completely exclude concerns of having a survival bias in the comparable sets that would skew the observed arm's-length range.

How companies adjust their transfer pricing policies and for how long is dependent the specific facts and circumstances of individual taxpayers. For any changes to the existing policies, taxpayers should review the terms, rights, and obligations included in their intercompany agreements. The provisions included in the intercompany agreements coupled with the actual conduct of the parties (in terms of their functions profile and the risks assumed by each party) will ultimately determine the implications that the contemplate adjustment may have and whether it is possible to invoke clauses that would allow then to claim relief, i.e. a force majeure clause. Please refer to section II-B for more details on related party contracts.

II. Supply chain changes

A. Restructuring

In the current turmoil many MNEs are required to revisit their global operations and assess the commercial viability and the future resilience of their supply chains. The contemplated actions differ per industry. Companies that have been negatively impacted by the sudden disruptions are taking immediate steps, such as downsizing or temporarily shutting down operations in various jurisdictions, while others are looking to manage the more long-term consequences of the current healthcare crisis by creating more agile and flexible sourcing strategies and digitalizing their business models. On the other side of the spectrum, companies with businesses that have been benefiting from this crisis (e.g. technology, life

sciences, food, or home entertainment) are scaling-up or even starting up new business operations to fulfil demand. Tax departments need to work in close co-operation with the business in order to identify possible tax opportunities and risks resulting from any business changes.

Important transfer pricing considerations that need to be addressed include, the calculation and allocation of local restructuring costs, i.e. extraordinary asset write off, redundancy costs and people lay-offs, the remuneration for a loss of a future profit potential, or any other indemnification upon the termination and/or the substantial renegotiation of an existing arrangement (e.g. manufacturing arrangements and distribution arrangements), which may or may not involve a cross-border transfer of something of value.

Chapter 9 of the OECD Transfer Pricing Guidelines⁴ outlines the framework for the transfer pricing analysis of business restructurings. This analysis includes (a) the accurate delineation of the restructuring transactions, and the identification of the functions, assets and risks analysis before and after the restructuring, (b) the identification of the business reasons and the expected benefits, including any synergies, resulting from the restructuring and (c) an analysis of the bargaining position and the options realistically available to the parties involved at arm's length. The analysis should not just consider the commercial rationale from the group's perspective but also consider the perspective of the restructured entity⁵.

The starting point for MNEs looking to downsize their operations would be to consider the relevant terms of their intercompany agreements⁶. In the absence of an indemnification clause in favour of the restructured entity upon termination or non-renewal, the parties will need to consider whether such indemnification clause would be considered in a third party situation and try to mirror this conduct in the intercompany arrangement. If the terms of the modification or termination of a contract are consistent with third party behaviour, the agreement should be respected as arm's length⁷. When no comparable transactions exist, the OECD Transfer Pricing Guideline stipulate that the bargaining positions, i.e. the options realistically available of the transferor and the transferee, will need to be considered⁸. In addition, the analysis of the arm's length nature of the indemnification term will need to consider the remuneration received by the restructured entity⁹. The OECD Transfer Pricing Guidelines highlights the case whereby the restructured entity, e.g. a manufacturing entity, has undertaken a

⁴ OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*. Paris: OECD, 2017, Chapter IX.

⁵ OECD, 2017, paragraph 9.37.

⁶ OECD, 2017, paragraph 9.81.

⁷ OECD, 2017, paragraph 9.83.

⁸ OECD, 2017, paragraph 9.84.

⁹ OECD, 2017, paragraph 9.85.

significant and specialized investment in order to be able to perform its obligations under a contract. In a third party situation, the manufacturer assuming and controlling the risk inherent in the investment made would negotiate a term that would allow him to recover and make a profit on its capital expenditures and manage the risk of an early termination through the introduction of an indemnification clause or through the agreed pricing/margin for its services¹⁰.

Once the arm's length indemnification amount has been determined the next question is who should bear these costs. Deductibility of such costs could allow MNEs to limit their tax liability and improve their overall cash position. In the case of local restructuring costs, it is expected that the entity controlling and managing the economically significant risks related to this business decision and the one that ultimately benefits from this decision will bear these costs¹¹. For example, a contract manufacturer with no control over market risk, capacity utilization and supply chain risk would not be expected to bear these restructuring costs, such as write-down, and closure costs. On the contrary, a manufacturer could bear such costs if they would have control over these risks or there was no option realistically available to the restructuring.

B. Related party contracts

The business reality during Covid-19's outbreak has forced many third parties to modify, revisit, or even terminate some of their contractual arrangements in order to address their urgent needs and requirements.

In the case of intercompany agreements, MNEs may consider invoking a common "force majeure" doctrine that is typically found in agreements. Force majeure is defined as an event that no human foresight could anticipate or which, if anticipated, is too strong to be controlled. Such event prevents either party from performing its obligations under a contract. A form of force majeure clause (similar but not identical to the common law and civil law concepts of the term) is included in Article 7.1.7 of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. The latter provided that a relief from performance is granted "if that party proves that the non-performance was due to an impediment beyond its control and that it could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences"¹².

In the medium to long term and prior to any contemplated changes in their supply chain, MNEs are required to evaluate whether the termination, non-re-

¹⁰ OECD, 2017, paragraph 9.88, 9.89 and 9.90.

¹¹ OECD, 2017, paragraph 9.93.

¹² UNIDROIT. *Principles of international commercial contracts*. Rome: International Institute for the Unification of Private Law, 2016, article 7.1.7.

new or substantial renegotiation of any of their intercompany agreements would give rise to any form of compensation or indemnification.

III. Financing and liquidity

While most governments worldwide are enforcing immediate measures to address businesses' liquidity and credit concerns resulting from the sudden demand shock, businesses are exploring options to generate or save cash in the short term, while making selective use of relief measures offered by various governments worldwide. The economic downturn has led MNEs to reassess their existing intercompany financing arrangements and to devise appropriate structures for cash and liquidity management.

A. Cash pools

Intercompany financing arrangements could be used by MNEs to deploy cash to the location where it is needed. Existing or new cash pool arrangements could serve as useful liquidity management tools in times of economic stress¹³. Cash pooling practices enable group companies to make efficient use of their available cash while reducing external funding costs, including transaction costs, and maximizing the group's total return on short-term cash. In the current economic environment, MNEs may consider practical solutions, such as increasing the balances of participating entities in the case of zero balancing cash pools, and reducing or not charging interest on short-term debit positions at least temporarily. The new Chapter 10 of the OECD Guidelines on Financial Transactions ("OECD FT")¹⁴ provides guidance on a number of important considerations, e.g. (1) when certain debit or credit positions of cash pool members will be treated as long-term deposits or loans, (2) how to determine and allocate cash pool benefits, and (3) how to determine an arm's length remunerations for the cash pool leader¹⁵.

B. Intercompany loans

The OECD FT highlights the importance of considering the lender's and borrower's perspectives and their options realistically available when analysing their commercial and financial relations and the economically relevant characteristics of an intercompany loan¹⁶. Going forward, such considerations should be

¹³ FAN, R.; ASSEF, S.; BODAPATI, R.; and VICKREY, A. Addressing liquidity issues during Covid-19 using intercompany pricing tools. *KPMG*, p. 4, 2020. Available at: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/us/pdf/2020/07/tnf-wnit-tp-july20-2020.pdf>.

¹⁴ OECD. *Transfer pricing guidance on financial transactions*. Paris: OECD, 2020.

¹⁵ OECD FT, section C.2.

¹⁶ OECD FT, section C.1.1.1.

assessed by MNEs when modifying the terms of existing intercompany loans and entering into new financial intercompany arrangements.

In order to manage the impact of the sudden economic downturn to their current cash position, corporate borrowers are looking to reassess the terms of their external financing arrangements. MNEs looking to reassess and modify the terms of their intercompany loans should consider third party behaviour, including any modification or renegotiation of the group's third-party debt. Possible adjustments may include the deferral of interest and periodic principal payments, a payment-in-kind option, or temporarily waiving the application of financial covenants. The OECD FT introduces the possibility of renegotiating the terms of intercompany loans when macroeconomic factors affect and change the financing costs in the market¹⁷. Taxpayers should proactively assess potential tax consequences resulting from a modification or adjustment to the terms of their intercompany loans¹⁸.

In the longer term, group companies may conclude new intercompany financing arrangements to access capital within an MNE. To accommodate the group borrowers' continuing liquidity issues, MNEs could consider provisions included in their third-party debt arrangements, such as the option for a payment-in-kind, and assess the possible introduction of similar provisions to their intercompany financing agreements¹⁹. For new intercompany loans to be issued to group borrowers that had their credit profile impacted by the crisis, robust documentation, including an analysis of the debt capacity and credit profile of the borrower, as well as a search for third-party debt extended to similarly credit-rated borrowers, could help support the arm's length nature of the contemplated transaction²⁰.

C. Third party debt and guarantees

In the current market conditions, parent guarantees may be required for subsidiaries that borrow directly from third-party financial institutions. Section D of the OECD FT provides guidance on how to accurately delineate and determine an arm's length price for an intercompany guarantee.

MNEs will need to determine if a parent guarantee provides an incremental economic benefit beyond implicit support to the borrowing subsidiary, and, if so,

¹⁷ OECD FT, paragraph 10.60.

¹⁸ FAN, R.; ASSEF, S.; BODAPATI, R.; and VICKREY, A. Addressing liquidity issues during Covid-19 using intercompany pricing tools. *KPMG*, p. 2, 2020. Available at: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/us/pdf/2020/07/tnf-wnit-tp-july20-2020.pdf>.

¹⁹ FAN, R.; ASSEF, S.; BODAPATI, R.; and VICKREY, A. Addressing liquidity issues during Covid-19 using intercompany pricing tools. *KPMG*, p. 3, 2020. Available at: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/us/pdf/2020/07/tnf-wnit-tp-july20-2020.pdf>.

²⁰ BONEKAMP, M.; and SCHAATSBERGEN, N. Transfer pricing of financial transactions and the impact of Covid-19. *IBFD International Transfer Pricing Journal* v. 27, n. 4, p. 2, 2020.

consider an appropriate intercompany charge for such benefit. Consistent with the guidance from the OECD FT, a transfer pricing analysis will need to distinguish between guarantees that allow for more favorable terms, i.e. in the form of a reduced interest, and the ones that increase the borrowing capacity of a group company. Guarantees on loans that expand the borrower's capacity may risk having part of the loan recharacterized as being provided to the guarantor and subsequently contributed as equity to the borrower²¹.

IV. Concluding remark

As the Covid-19 outbreak is evolving, the way of doing business is drastically changing. Immediate mitigations measures and strategies are being assessed and implemented by MNEs. In this article the authors outline a number of transfer pricing considerations and opportunities that MNEs should consider in their shorter and longer-term recovery strategies.

In particular, the authors discuss transfer pricing considerations for companies looking to address operational changes in their supply chains, the revision of related party contracts. The authors outline some of the approaches that MNEs could consider when trying to adjust their transfer pricing policies at times of economic downturns. In the last sections, the authors address transfer pricing considerations for MNEs looking to manage cash and liquidity requirements.

Tax and transfer pricing will become all the more important in future years as changes in governments' fiscal policies will be required to manage looming deficits and restore public finances. In this respect, more audits and scrutiny of intercompany transactions is expected. Well supported and documented transfer pricing policies may allow taxpayers to manage future scrutiny from tax authorities.

²¹ OECD FT, paragraph 10.161.

Troca entre Estados de Informações Obtidas por Meios Ilícitos

Exchange between States of Illegally Obtained Information

Clara Gomes Moreira

Professora Colaboradora do Curso do Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Desenvolvimento do Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Doutora e mestre em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo. Advogada.

Natália Lucero Frias Tavares

Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Assessora no Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Roberto Codorniz Leite Pereira

Professor Colaborador do Curso do Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Desenvolvimento do Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Doutor em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Tributário Internacional (*International Tax Law*) pela Wirtschaftsuniversität Wien e em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Advogado.

Resumo

Este estudo analisa a utilização de provas obtidas ilicitamente pelas autoridades fiscais brasileiras em razão da troca de informações para fins fiscais com autoridades fiscais estrangeiras. Apesar da importância da transparência e do intercâmbio de informações para a coordenação fiscal na perspectiva internacional, os direitos dos contribuintes permanecem essencialmente no âmbito do direito doméstico. Com efeito, nos termos do art. 5º, inciso LVI, da Constituição brasileira, a prova obtida ilicitamente é inadmissível no processo e, por conseguinte, as autoridades fiscais não podem efetuar lançamentos tributários com base nesta. Quanto à prova derivada de outra obtida ilicitamente, os tribunais tendem a admitir o seu uso, dada a ponderação entre o devido processo legal e a restrição ao emprego de prova ilícita, e a igualdade e o poder de tributar/o interesse arrecadatório – prevalecendo estes últimos em detrimento daqueles primeiros –, sem prejuízo da necessidade de que tal prova derivada traduza razões suficientes para demonstrar certos fatos.

Palavras-chave: provas obtidas ilicitamente, troca de informações para fins fiscais, provas derivadas, sigilo bancário.

Abstract

This study analyses the use of illegally obtained evidence received by the Brazilian tax authorities from foreign tax authorities in the exchange of information for tax purposes. Despite the importance of transparency and exchange of information for international coordination, taxpayers' rights re-

main essentially under domestic law. According to article 5th (LVI) of the Brazilian Constitution, illegally obtained evidence is inadmissible in court. Therefore, tax authorities may not issue a tax notice based on it, although the illegality has happened in another jurisdiction following foreign law. In the case of evidence derived from initial unlawful conduct, courts tend to admit its use, whether it brings sufficient reasons to prove the facts, as the due process of law and the prohibition of use of illegally obtained evidence is balanced with equality and taxing power/tax collection, and the latter ones prevail over the former ones.

Keywords: evidence obtained illegally, exchange of information for tax purposes, evidence obtained indirectly from illegal activity, banking secrecy.

Introdução

A governança fiscal internacional apresenta-se, atualmente, fortemente substanciada na transparência e na troca de informações para fins fiscais, mormente quando se busca a cooperação internacional para assegurar a eficácia das leis tributárias de direito interno¹.

A adesão progressiva dos Estados aos chamados padrões internacionais de transparência e troca de informações, inicialmente, na modalidade a pedido e, recentemente, nas modalidades automática e espontânea, induzida pelo papel desempenhado por atores internacionais – especialmente, pelo Fórum Global de Transparência e Troca de Informações para Fins Fiscais, pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e pelo G20 – e pela celebração de convenções bilaterais e multilaterais destinadas a essa finalidade, assegura a quase universalização de uma ideia de que a transparência e a troca de informações são patamares mínimos de cooperação que se espera dos Estados.

Nesse contexto, é fundamental que se questione a extensão dos direitos que devem ser conferidos aos contribuintes, sobretudo diante da constatação de que os compromissos políticos e jurídicos firmados entre os Estados para implementar os padrões internacionais de transparência e troca de informações promovem, diretamente, os interesses arrecadatórios dos Estados.

Em matéria tributária, geralmente, compete ao direito interno dos Estados proteger os direitos e as garantias fundamentais dos contribuintes. As convenções fiscais destinadas a disciplinar a troca de informações para fins fiscais, com efeito, quando muito resguardam aos Estados a prerrogativa de não trocar informações obtidas ilicitamente – o que não significa que tais Estados, a despeito da ilicitude do meio de obtenção dos dados, não possam ainda assim os enviar a outros Estados, porquanto se trata de um poder destes, segundo o seu próprio ordenamento jurídico –, mas não regulam quais requisitos devem ser observados para que haja a licitude na obtenção das informações a serem intercambiadas.

¹ Cf. DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal internacional*. Coimbra: Almedina, 2018.

A proposta deste estudo, assim, consiste na análise do direito interno brasileiro para que possamos determinar os requisitos a serem observados para a utilização das informações objeto de troca entre os Estados, visando à posterior instrução de procedimentos investigatórios que poderão culminar no lançamento tributário. Para isso, partiremos da investigação atinente ao tratamento conferido pelo direito constitucional, e mais especificamente pelo direito processual penal, à prova obtida por meios ilícitos. Exploraremos, nesse sentido, os conceitos de prova derivada e ilicitude por derivação, os quais nos parecem ser os conceitos-chave para este estudo, além das garantias constitucionais aplicáveis. Identificaremos, também, as possíveis restrições no plano das convenções fiscais ao intercâmbio de dados adquiridos ilicitamente.

1. Perspectivas atuais da troca de informações para fins fiscais e dos direitos dos contribuintes

A cooperação fiscal internacional por meio da troca de informações está longe de ser algo novo. De fato, mecanismos de troca de informações já existiam muito tempo antes das primeiras convenções modelo elaboradas pela Sociedade da Liga das Nações, cujos trabalhos vieram a ser desempenhados pela ONU e pela OCDE, culminando na inclusão de cláusulas de troca de informações em todas as suas convenções modelo.

Ocorre que, com a intensificação do processo de globalização que se verificou no final dos anos 1980, o combate à dupla não tributação da renda passou a ser uma prioridade, senão maior, com a mesma importância do combate à dupla tributação da renda. Precipuamente, a opacidade fiscal e a ausência de troca de informações foram vistas como elementos caracterizadores da chamada “concorrência fiscal lesiva”, realizada por intermédio de paraísos fiscais e jurisdições fiscais detentoras de regimes fiscais privilegiados². Posteriormente, a transparência e a troca de informações passaram a ser concebidas como um padrão mínimo de cooperação internacional, o qual deveria ser adotado por toda a comunidade internacional.

Progressivamente, por meio dos esforços de atores internacionais, desenvolveu-se a noção de que o sigilo das informações bancárias irrestrito, bem como o chamado “requisito do interesse nacional para a obtenção de informações a serem intercambiadas” – que, na prática, servia de subterfúgio para se negar a troca de informações com outros Estados – deveriam ser abolidos³.

O Fórum Global de Tributação, criado em 2000, contou com a participação ainda restrita dos então Estados-membros da OCDE e de alguns poucos Estados

² Cf. OECD. *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*. Paris: OECD Publishing, 1998.

³ Cf. OECD. *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*. Paris: OECD Publishing, 2000.

adicionais, e teve como propósito promover o patamar global mínimo de cooperação, consistente na adoção de *standards* de troca de informações consubstanciada “na troca de informações fiscais na modalidade a pedido a respeito de toda e qualquer matéria destinada a assegurar a administração e execução da legislação tributária interna, a despeito do interesse do Estado requerido em obter a informação solicitada para a aplicação de sua própria legislação tributária interna e da existência de sigilo bancário para fins tributários”. Esse tema também incluiu “a ampla proteção da confidencialidade das informações trocadas”⁴.

Desenvolveu-se, em 2002, a Convenção Modelo para a Troca de Informações para Fins Fiscais⁵ para refletir o *standard* citado, a qual foi sucedida pelas alterações realizadas pela OCDE, em 2005 e 2012, e pela ONU, em 2011, ao art. 26 de suas Convenções Modelo, com a finalidade de colocá-las em compasso com o *standard* apresentado.

Houve um progressivo aumento da celebração de convenções bilaterais destinadas ao intercâmbio de informações, bem como um relativo sucesso na multilateralização desse *standard*, pela proposta, em 2010, de uma Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua em Matéria Fiscal que, em julho de 2020, conta com 137 Estados signatários⁶.

Em 2009, o Fórum Global de Tributação foi reformulado, transformando-se no atual Fórum Global de Transparência e Troca de Informações para Fins Fiscais com um mandato muito mais ambicioso do que o seu antecessor⁷ graças ao apoio político conferido pelo G20 à OCDE. Substituiu-se a revisão da estrutura jurídica e administrativa dos Estados participantes por um processo de *peer review*, em cujas fases 1 e 2 buscava-se aferir, em suma, se os Estados participantes não apenas dispunham de toda a estrutura jurídica e administrativa necessária para a troca de informações (*i.e.*, o acesso a informações bancárias e de composição societária de entidades jurídicas, e mecanismos jurídicos que permitissem a troca de informações), como também a sua efetiva prática em trocar informações⁸.

⁴ Cf. OECD. *Tax Co-Operation 2010: Towards a Level Playing Field – Assessment by the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*. Paris: OECD Publishing, 2010.

⁵ OECD. *Agreement on Exchange of Information on Tax Matters*. 2002. Disponível em: <http://www.oecd.org/newsroom/oecdreleasesmodelagreementonexchangeofinformationintaxmatters.htm>. Acesso em: 15 ago. 2020.

⁶ Cf. OECD. *Jurisdictions Participating in the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*. Disponível em: https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020.

⁷ OECD. *Summary of Outcomes of the Meeting of the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Held in Mexico on 1-2 September 2009*. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/43610626.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

⁸ OECD. *2016 Terms of Reference to Monitor and Review Progress Towards Transparency and Exchange of Information on Request for Tax Purposes*. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/transparency/global-forum-handbook-2016.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

Os resultados mais recentes do *peer review* demonstram uma ampla adoção substancial dos *standards* de troca de informações para fins fiscais na modalidade a pedido (o chamado *EOI Standard*)⁹.

Diante disso, uma questão de especial relevo que se coloca são os direitos dos contribuintes. Se, por um lado, é verdade que o *EOI Standard* deve coexistir com a proteção da confidencialidade das informações trocadas e não é incompatível com a garantia de participação do contribuinte prévia à troca de informações¹⁰, por outro lado, o referido *standard* não é capaz de assegurar um conteúdo mínimo aos direitos que devem ser conferidos aos contribuintes. Não se pode ignorar, porém, que a exigência da troca de informações apenas quando estas sejam consideradas “previsivelmente relevantes” já é um requisito que visa a conceder ao contribuinte a certeza de que os seus direitos de sigilo não serão relativizados em quaisquer situações, mas apenas quando o pedido formulado por um Estado atenda ao critério apontado, de modo a não violar o princípio da proporcionalidade¹¹.

Com a promulgação do *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) pela Administração Fiscal Norte-Americana, em 2010, segundo o qual as instituições financeiras estrangeiras passaram a ser obrigadas a fornecer informações bancárias a respeito de contribuintes norte-americanos localizados em quaisquer localidades do mundo – lembre-se, neste ponto, que os Estados Unidos adotam a nacionalidade como critério de conexão para o exercício de sua jurisdição fiscal –, acelerou-se a troca automática de informações¹².

Em 2013, o Fórum Global propôs que o novo padrão de troca de informações passasse a ser o automático e tivesse como foco as informações de natureza financeira (*Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters – AEOI Standard*). Desenvolveu-se, assim como ocorreu na modalidade a pedido, uma convenção modelo bilateral para que os Estados as utilizassem como ponto de partida para a negociação e a celebração de convenções bilaterais, pautadas ainda em um padrão comum de declaração (*Common Reporting Standard*) para assegurar a uniformidade das informações trocadas¹³.

⁹ Cf. OECD. *Ratings*. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/transparency/documents/exchange-of-information-on-request-ratings.htm>. Acesso em: 15 ago. 2020.

¹⁰ Cf. OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Condensed Version*. Paris: OECD Publishing, 2017. Commentary on article 26, paragraph 14.1, p. 499.

¹¹ Cf. DOURADO, Ana Paula. Op. cit., p. 314 e 360.

¹² A autora Caroll Tello sustenta que o FATCA teria sido um “catalisador” da troca automática de informações para fins fiscais, ao “compelir” os Estados a celebrarem os *Inter-Governmental Agreements* (IGA) para possibilitar a troca automática de informações. Cf. TELLO, Caroll. Catalyst for Global Cooperation in Exchange Tax Information. *Bulletin for International Taxation*. Amsterdam: IBFD, 2014. p. 97.

¹³ Cf. OECD. *Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters*. Paris: OECD Publishing, 2014.

Em relação ao *AEOI Standard*, o multilateralismo acabou por influir decisivamente para a generalização dessa prática em vista da proposta de uma Convenção Multilateral de Autoridades Competentes para a Troca Automática de Informações Financeiras que, em dezembro de 2019, já contava com 108 Estados signatários¹⁴.

No âmbito da troca automática de informações, não podemos deixar de fazer menção à troca de *Country-by-Country Reports (CbC Report)*, fruto do Plano de Ação n. 13 do Projeto de Combate ao fenômeno chamado *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)* de iniciativa da OCDE¹⁵. Nesse caso, de igual modo, foi celebrada uma convenção multilateral destinada à troca de *CbC Reports* entre os Estados.

Colocando novamente os direitos dos contribuintes em perspectiva, o que se observa é que garantir direitos aos contribuintes (*e.g.*, participação prévia, intimação, acesso às cortes judiciais, entre outros) na modalidade automática é uma tarefa muito mais complexa do que se imagina¹⁶. Como a troca de informações na modalidade automática envolve dados agregados relativos a uma quantidade elevada de contribuintes, na maioria das vezes não identificados individualmente, a intimação prévia e a eventual apresentação de petições por parte dos contribuintes certamente tornariam esse intercâmbio de informações, senão inviável, altamente custoso.

Há, ainda, a troca de informações para fins fiscais na modalidade espontânea. Recentemente, no âmbito do Plano de Ação n. 5 do BEPS, foi feita a recomendação de que houvesse a troca “compulsória” e espontânea de *tax rulings* entre Administrações Fiscais, ou seja, de “aconselhamentos, informações ou compromissos fornecidos pelas autoridades fiscais a determinado contribuinte ou a um grupo de contribuintes relativos à sua situação tributária, nos quais eles supostamente deverão confiar para guiar o seu comportamento”¹⁷, pretendendo transparecer a outros Estados orientações normativas – nem sempre de caráter público – conferidas aos contribuintes sobre o tratamento fiscal aplicável.

O problema com o qual nos deparamos atualmente é que, sendo os instrumentos que permitem a troca de informações para fins fiscais concebidos e celebrados por Estados conforme os seus interesses arrecadatórios, a tutela dos direi-

¹⁴ Cf. OECD. *Signatories of the Multilateral Competent Authority Agreement on Automatic Exchange of Financial Account Information*. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/crs-mcaa-signatories.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

¹⁵ Cf. OECD. *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD Publishing, 2015.

¹⁶ Cf. PISTONE, Pasquale. Exchange of Information and Rubrik Agreements: the Perspective of an EU Academic. *Bulletin for International Taxation*. Amsterdam: IBFD, abr.-mar./2013. p. 216.

¹⁷ Cf. OECD. *Counteracting Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 46-51.

tos dos contribuintes remanesce a cargo dos ordenamentos jurídicos internos, e não do direito internacional.

Não por outra razão a Corte de Justiça da União Europeia (CJUE) reconheceu que os instrumentos jurídicos supranacionais destinados à assistência administrativa mútua em matéria de tributos diretos – sobretudo, a Diretiva 77/799/EEC, de 19 de dezembro de 1977, e a Diretiva 2011/16/EU, de 15 de fevereiro de 2011 – não concedem aos contribuintes um direito específico quanto ao procedimento de troca de informações, mas apenas estabelecem as bases jurídicas para a coordenação entre os Estados-membros da União Europeia¹⁸.

A jurisprudência da CJUE reforça a ideia de que esta é uma questão de direito interno. Semelhante situação ocorre no tocante às convenções fiscais, conquanto estas contenham mecanismos que podem ser utilizados para a recusa da troca de informações obtidas ilicitamente, não se prestam a resguardar direitos específicos dos contribuintes. Vale dizer, quando muito, não são incompatíveis com o exercício de direitos individuais – mesmo assim, com reservas, pois na troca de informações na modalidade automática assegurar todas as garantias aos contribuintes, como visto, torna-se difícil –, mas não são o instrumento para a sua realização. Esses direitos e limites à troca de informações para fins fiscais, notadamente quando os dados são obtidos ilicitamente, hão de ser buscados no direito interno.

Por essa razão, este estudo volta-se ao ordenamento jurídico brasileiro para o exame das consequências da troca de informações – a pedido, automática ou espontânea –, quando as informações intercambiadas entre os Estados foram eivadas de vícios, de maneira a macular os direitos dos contribuintes.

2. Utilização de provas ilícitas fornecidas por outros Estados para fins criminais

Considerando o contexto descrito, analisaremos, neste tópico, o tema da utilização de provas obtidas por meios ilícitos, sob a perspectiva do direito processual penal, porquanto, nesse tocante, como se verá, há uma convergência entre os limites provenientes dessa ramificação do direito com o tratamento oriundo do direito tributário às informações trocadas entre os Estados. Isto é, o desenvolvimento desse tema, em linha com o direito processual penal, é fundamental para definirmos a validade jurídica, sobretudo da utilização de provas lícitas derivadas de provas ilícitas que tenham sido enviadas por outro Estado em um intercâmbio de informações mantido para fins fiscais.

¹⁸ CJUE. Caso C-276/12, Sabou, Jiří Sabou vs. Finanční ředitelství pro hlavní město Prahu, 22 de outubro de 2013.

2.1. Prova no processo penal: análise da ilicitude, ilicitude por derivação e quebra da cadeia de custódia

Ao mesmo tempo em que o processo penal funciona como um instrumento de retrospectiva, permitindo a reconstrução aproximativa de determinado fato histórico¹⁹, destina-se à limitação do exercício do poder punitivo estatal, devendo restringir o seu manejo somente nas hipóteses autorizadas pelo ordenamento. Vale dizer, limitam-se as condutas incompatíveis com o devido processo legal e, por conseguinte, com o próprio princípio do Estado democrático de direito.

A disciplina da prova exerce reconhecido protagonismo no direito processual, uma vez que a decisão judicial se constrói com base nas pretensões das partes e nos elementos probatórios produzidos ao longo do processo²⁰. No processo penal, a prova funciona como um efetivo instrumento (i) cognitivo, ao permitir que o julgador, indiretamente, conheça a natureza de um fato histórico narrado pela acusação; e (ii) persuasivo, por contribuir para a construção do convencimento do julgador e servir de efetivo embasamento para a tomada de uma decisão.

Partindo da concepção do processo como limitador do exercício arbitrário do poder estatal de perseguir e punir, faz-se indispensável a compreensão da atividade probatória em conformidade com as regras impostas pelo ordenamento.

A garantia da jurisdição consiste no direito de ser julgado com base na prova produzida no curso do processo, sob o crivo do contraditório e perante o juiz natural, sendo assegurada a proteção dos direitos e das garantias da pessoa processada. Em vista da necessidade de observância destes últimos para fins de evitar o manejo arbitrário do processo penal, a concepção garantista fundada por Ferrajoli²¹ delimita de maneira clara aquilo que configuraria um “mínimo necessário” para o funcionamento lógico, coerente e justo do processo. Dentro desse mínimo compreendem-se os princípios da jurisdicionalidade, acusatório, ônus da prova, ampla defesa e contraditório.

Faz-se oportuno destacar que a Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso LVII, consagrou expressamente a presunção de inocência. Tal positividade instituiu um *standard* probatório ao estabelecer a necessidade de comprovação da culpa, ao mesmo tempo em que introduziu uma regra de tratamento – limita-se, por conseguinte, a imposição de sanções prévias – e distribuiu o ônus *probandi*, que resta sobre os ombros do acusador em benefício do acusado.

A distinção entre os elementos de investigação e os elementos probatórios no que tange à possibilidade de valoração e ao emprego para fins de fundamentação

¹⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 341.

²⁰ KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no processo penal brasileiro. In: FERNANDES, Antônio Scaranze; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide (coord.). *Provas no processo penal – estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

da decisão judicial, como se depreende da leitura do art. 155 do Código de Processo Penal²², pode ser facilmente interpretada como um desdobramento lógico da garantia de jurisdição aludida. Uma vez que o elemento de investigação é usualmente angariado na fase pré-processual, não sendo possível o exercício imediato do contraditório por parte da defesa durante as fases probatórias, esse elemento não poderá figurar como o único elemento probatório para fins de formação do convencimento do juízo²³. Embora os elementos de investigação não possam, isoladamente, embasar uma decisão condenatória, é incontestável a possibilidade de que estes sejam conhecidos pelo julgador. Tal possibilidade, contudo, não se estende às provas ilícitas e ilegítimas.

Partindo da premissa de que a observância da forma constitui garantia e limite do poder, a restrição ao uso de provas ilícitas e ilegítimas coloca-se como uma decorrência basilar do princípio acusatório e devido processo legal. Enquanto a prova ilícita resulta da violação a uma norma jurídica de direito material ou da Constituição, quando do momento de sua coleta – fora do processo –, a prova ilegítima resulta da violação a uma regra de direito processual durante a sua produção em juízo – no curso do processo²⁴.

Quanto à admissibilidade da prova ilícita no processo penal, podem ser identificados quatro posicionamentos doutrinários²⁵. O primeiro, já superado em decorrência de sua clara incompatibilidade com o princípio acusatório e devido processo legal, reconhecia como admissível a prova ilícita desde que a sua utilização observasse as regras processuais. O segundo posicionamento decorre da literalidade do art. 5º, inciso LVI, da Constituição, segundo o qual é vedado o uso de prova ilícita no processo penal, não conhecendo qualquer possibilidade de sua flexibilização.

²² “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

²³ Ainda que o elemento de investigação tenha sido obtido em conformidade com as regras processuais e constitucionais, a limitação instituída pelo art. 155 do Código Processo Penal se faz indispensável para fins de limitação dos impactos decorrentes do exercício diferido do contraditório e contato prévio do julgador com as informações, em uma tentativa de limitar as chances de tomada de decisão antes mesmo do exercício do direito de defesa. Sobre a questão da contaminação do julgador pelo contato com a informação não contraditada e distinção entre crença e evidência pela via do constrangimento probatório, *vide* MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

²⁴ Considerando o recorte temático proposto neste artigo, será analisada de modo mais detido apenas a problemática da admissibilidade de provas ilícitas e ilegítimas por derivação. Quanto às provas ilegítimas, recomenda-se a obra de BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

²⁵ Segundo Teresa Armenta Deu, nos países europeus, as teorias de proibição da prova têm origem na “conexão da doutrina sobre a ilicitude probatória com a busca da verdade, assim como pelos limites que deve respeitar”. DEU, Teresa Armenta. *A prova ilícita: um estudo comparado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 24.

As duas últimas correntes compreendem ser possível a admissibilidade de prova ilícita em nome do princípio da proporcionalidade, uma em sentido mais amplo e a outra apenas quando *pro reo*. À luz do ordenamento vigente, parece mais acertada a quarta corrente, a qual admite a prova ilícita tão somente quando for favorável ao réu, *e.g.*, na comprovação do estado de necessidade ou legítima defesa, afastando, portanto, a ilicitude de sua conduta²⁶.

Superada a questão da (in)admissibilidade da prova ilícita, examinamos o tema da contaminação da prova lícitamente obtida, cuja produção, no entanto, tem origem em provas ilícitas. O art. 157 do Código de Processo Penal²⁷ determina que as provas ilícitas são inadmissíveis e deverão ser desentranhadas²⁸ dos autos. Com a reforma de 2008, promovida pela Lei n. 11.690, o direito processual penal pátrio passou a tratar expressamente das provas ilícitas por derivação, importando as teorias que relativizavam a inadmissibilidade destas.

Por assim dizer, a teoria da ilicitude da prova no processo penal brasileiro é marcada por claras importações de práticas e entendimentos consagrados pelo direito norte-americano. A proibição do uso de provas obtidas com a infração de garantias constitucionais decorre do emblemático julgamento da Suprema Corte no caso *Weeks v. United States* de 1914. Em *Silverthorne Lumber & Co. v. United States* de 1920, por sua vez, surge o reconhecimento do princípio da contaminação e, em *Nardone v. United States* de 1937, aparece a famosa expressão “frutos da árvore envenenada” (“*fruits of the poisonous tree*”), cunhada pelo juiz da Suprema Corte, Frankfurter. A decisão afirma que “proibir o uso direto de certos métodos, mas

²⁶ Importa ressaltar que a admissibilidade da prova ilícita, segundo esta corrente, destina-se exclusivamente à exoneração do réu, sendo inadmissível seu emprego contra terceiros.

²⁷ “Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (...)

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão”.

²⁸ A redação introduzida pela Lei n. 11.690/2008 gera claras incongruências, uma vez que fala sobre a inadmissibilidade da prova ilícita ao mesmo tempo em que prevê o seu desentranhamento dos autos. Ora, se uma prova é inadmissível, sequer deverá ingressar no processo, reputando-se impossível o seu desentranhamento. Assim, em que pese a previsão expressa de desentranhamento, assevera-se que a inadmissão do elemento de prova decorrente, direta ou indiretamente, de violação à regra de direito material ou à Constituição está mais claramente alinhada à vedação do uso da prova ilícita, que detém *status* de cláusula pétrea. Contudo, considerando a atuação prática que vem sendo adotada pelo Judiciário em relação ao tema, será feito o uso do termo desentranhamento ao longo deste artigo.

não pôr limites ao seu uso pleno indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos da liberdade pessoal”²⁹.

O princípio da contaminação consiste na compreensão de que os atos probatórios que têm por base uma prova maculada por ilicitude carregam em si o vício originário em mesma intensidade de sua fonte. A prova derivada de uma prova ilícita, logo, seria igualmente inadmissível por uma decorrência lógica, devendo receber idêntico tratamento à prova ilícita. No direito brasileiro, isso implicaria o seu desentranhamento dos autos, tornando-a inapta à comprovação da prática do crime, objeto de investigação.

Importa destacar que a teoria da prova derivada permite a relativização da vedação ao uso desta nas hipóteses em que há a quebra do nexo entre a prova ilícita e a derivada, sendo elas: (i) a atenuação do vício, fundada em três elementos: a flagrância da ilegalidade inicial, o tempo transcorrido entre a prática da ilegalidade e a aquisição da prova derivada e a ocorrência de eventos intervenientes; (ii) a independência da fonte; e (iii) a descoberta inevitável.

Embora o Código de Processo Penal tenha restringido, como regra, o uso das provas ilícitas por derivação, o legislador incorporou ao ordenamento brasileiro as possibilidades de relativização de seu uso, como demonstram os parágrafos do art. 157, na medida em que há expressa autorização ao uso do referido elemento probatório quando não for evidenciado o nexo causal entre os meios de prova ou quando a prova puder ser obtida por uma fonte independente daquela considerada ilícita. Como bem aponta Badaró, a redação do art. 157, § 2º, foi infeliz ao tentar esclarecer o conceito de fonte, parecendo “ter definido outra exceção, da descoberta inevitável, fazendo-o, porém, em termos tão amplos que pode anular a própria regra geral da vedação das provas ilícitas derivadas”³⁰.

Em uma tentativa de melhor delimitar a relativização da vedação à admissão da prova ilícita derivada, parece mais acertado interpretar que o conceito de descoberta inevitável compreende a hipótese em que o referido elemento de prova chegaria inevitavelmente a conhecimento público (e do juízo) por outro meio, que não envolveria a utilização da prova ilícita originária. Já a fonte independente envolve a quebra do nexo causal, apontando a possibilidade de obtenção da prova derivada emanada de outra fonte não maculada por ilicitude.

Contextualizada a vedação ao uso da prova ilícita e suas derivações, podemos abordar a necessidade de observância da cadeia de custódia para fins de utilização das provas lícitas no processo penal. O art. 158-A do Código de Processo Penal, acrescido por força da Lei n. 13.964/2019, conceitua cadeia de custódia como “o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a

²⁹ PIEROBOM DE ÁVILA, Thiago André. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 152.

³⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 143.

história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte”. A observância da cadeia de custódia destina-se à manutenção da credibilidade/da fiabilidade da prova, impedindo a ocorrência de manipulação ou deterioração indevida, em observância aos princípios da mesmidade e desconfiança³¹. Embora o art. 158-B tenha instituído dez etapas necessárias e cumulativas para assegurar a cadeia de custódia – (i) reconhecimento; (ii) isolamento; (iii) fixação; (iv) coleta; (v) acondicionamento; (vi) transporte; (vii) recebimento; (viii) processamento; (ix) armazenamento; e (x) descarte –, salientamos que as peculiaridades dos distintos meios de prova acabam por demandar a formulação de protocolos específicos e individuais para cada um destes³².

A quebra da cadeia de custódia, para Lopes Jr. e Rosa, deveria gerar a proibição de sua valoração probatória, bem como a sua exclusão física e de tudo que dela deriva:

“É a ‘pena de *inutilizzabilità*’ consagrada pelo direito italiano. Mas é importante que não se confunda a ‘teoria das nulidades’ com a ‘teoria da prova ilícita’, ainda que ambas se situem no campo da ilicitude processual, guardam identidades genéticas distintas. É por isso que não se aplicam às provas ilícitas as teorias da preclusão ou do prejuízo. Esse é um diferencial crucial, não raras vezes esquecido”. (2015)

Diante da indispensabilidade da comprovação da fidedignidade do elemento de prova, especialmente considerando o dever de observância das regras processuais – *lato sensu* – por parte do Estado punitivo, compreendemos como mais adequada a adoção do entendimento apontado, reconhecido como a nulidade absoluta decorrente da quebra da cadeia.

2.2. Utilização de provas fornecidas por outros Estados para fins criminais

A possibilidade de utilização de provas fornecidas por outros Estados não é tema inédito na seara processual penal, assim como na seara tributária. Os fenômenos da globalização e o desenvolvimento tecnológico não apenas contribuíram para o encurtamento de distância, mas também para a configuração de práticas delitivas complexas de natureza internacional ou mesmo transnacional. Em face da complexidade dos crimes cometidos nesse contexto, torna-se indispensável o empreendimento de esforços conjuntos para fins de elucidação das infrações e processamento de seus autores.

³¹ PRADO, Geraldo. Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas. *Boletim do IBCCrim*, n. 262, set./2014, p. 16-17.

³² MATIDA, Janaína. Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. In: *Arquivos da resistência: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP*. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019.

O Ministério da Justiça, em 2019, publicou um manual³³ versando sobre os procedimentos de cooperação internacional utilizados em matéria penal. Evidencia-se pela leitura da referida publicação que o seu propósito central consiste na investigação da criminalidade complexa, facilmente enquadrada na definição de Sutherland³⁴ como crimes de colarinho branco.

Em que pese a relevância do tema da produção probatória via cooperação, o tema proposto neste artigo centra-se no uso de prova fornecida por outro Estado para fins criminais no Brasil. A pergunta a ser respondida é a seguinte: *Quando um Estado fornece ao Estado brasileiro evidências do cometimento de crimes, essas informações podem ser utilizadas para fins de processamento e condenação da pessoa física ou jurídica envolvida?*

A verificação da admissibilidade das informações recebidas deve ter como ponto de partida as considerações quanto à produção probatória apontadas no tópico anterior. Na hipótese de se tratar de informação obtida em consonância com as regras de direito material e constitucional, cujas fases de produção e processamento foram devidamente catalogadas, não vislumbramos qualquer óbice à sua valoração, desde que submetida ao crivo do contraditório.

A jurisprudência pátria e a doutrina majoritária vêm caminhando, não obstante, no sentido de verificar a licitude da prova fornecida pelo Estado estrangeiro à luz do ordenamento vigente naquele país. Embora tal filtro venha encontrando aceitação à luz do regramento constitucional, impõe-se um questionamento: *Deve ser admitida a prova produzida em conformidade com o ordenamento estrangeiro que aceita práticas vedadas pela lei brasileira (ex. 1: o Estado que fornece a informação não prevê direito ao sigilo dos dados bancários e envia as informações ao Brasil)?* Mais além, quando se tem conhecimento de que a obtenção da informação fornecida pelo país estrangeiro viola regras de ambos os ordenamentos, subsiste a possibilidade de admissão e valoração da informação (ex. 2: o Estado que fornece a informação prevê sigilo dos dados bancários e obteve informações sem autorização judicial)?

Com base no ordenamento vigente e nas regras que decorrem da adoção do sistema acusatório, a simples valoração das informações, em ambos os cenários descritos, aparenta flagrante violação à vedação de provas ilícitas, ao direito à ampla defesa e contraditório e, mais especificamente, ao direito ao sigilo dos dados bancários.

³³ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Manual de Cooperação Jurídica Internacional: Matéria Penal e Recuperação de Ativos*. 4. ed. 2019.

³⁴ SUTHERLAND, Edwin Harding. *Crimes de colarinho branco*: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.

Apesar da relevância e da magnitude das violações apontadas, não se perde de vista que tal posicionamento não encontra eco em decisões judiciais recentes e em parte da doutrina. Quanto ao primeiro cenário, no qual a informação é obtida em conformidade com a legislação do país que a remete, vislumbra-se uma clara tendência na aceitação de uso irrestrito da informação intercambiada para fins probatórios, fazendo-se indispensável, contudo, a observância da cadeia de custódia. Quanto ao segundo exemplo, na hipótese em que se detém o conhecimento de que o Estado estrangeiro oferece informação obtida por via ilícita, parece adequado transportar as considerações realizadas acerca das provas ilícitas e ilícitas por derivação, no sentido de inviabilizar a utilização das informações.

3. Utilização de provas ilícitas fornecidas por outros Estados para fins fiscais

Neste tópico, voltamos-nos à possibilidade de as autoridades fiscais brasileiras, uma vez que possuam informações obtidas ilicitamente e transmitidas por outros Estados – a pedido, automaticamente ou espontaneamente –, efetuarem lançamentos tributários fundados nestas. Observe-se, inicialmente, que, em linha com o art. 13 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro³⁵, a produção de provas obedece às normas do Estado em que feita, o que, em princípio, legitimaria a utilização de provas que violassem o ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com o art. 17 do mesmo diploma³⁶, todavia, a prova lícita – segundo o sistema jurídico estrangeiro em que concebida – pode ser ineficaz se violar “a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

Problematizando as regras em questão, na primeira hipótese, quando uma prova é obtida ilicitamente, em consonância com o ordenamento jurídico do Estado transmissor, a ciência do vício pelas autoridades fiscais de ambos os Estados envolvidos ou o desconhecimento destas não impacta no tratamento jurídico aplicável. Em outras palavras, nessa situação, sob o argumento de desinformação das autoridades fiscais, não se afasta a ilicitude originária da prova. Essa ponderação mostra-se importante diante de posicionamentos quanto à possibilidade de uso dessas informações, na medida em que as autoridades fiscais brasileiras não causaram a ilicitude. A verificação do ilícito, porém, novamente, orienta-se pelas normas estrangeiras, o que implica que os eventos seguintes, como a remessa e a entrega das informações, não alterem a origem viciada da prova.

³⁵ “Art. 13. A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça”.

³⁶ “Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

Poder-se-ia ainda imaginar a hipótese em que, a despeito de lícita em conformidade com as normas do Estado transmitente, a prova atente contra a soberania nacional, a ordem pública e/ou os bons costumes. Todas essas expressões caracterizam-se pela elevada indeterminação que acompanha a sua interpretação. A despeito dessa dificuldade, pergunta-se de maneira mais específica se uma prova lícita segundo as normas estrangeiras, mas ilícita de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro poderia caracterizar uma violação à soberania nacional, à ordem pública e/ou aos bons costumes. Apesar da multiplicidade de particularidades concretas, mais comumente espera-se que uma controvérsia similar em matéria tributária diga respeito a uma possível violação da ordem pública. Ressaltamos, nesse tocante, uma ponderação de Dolinger³⁷: esse argumento – a proteção da ordem pública – deve ser utilizado com parcimônia por seu aplicador, compreendendo exclusivamente casos de elevada gravidade, então, excepcionais, sob pena de uma prática diversa configurar um subterfúgio para não seguir o direito alienígena ou internacional – notadamente, as convenções fiscais – quando a própria norma brasileira faz remissão ao sistema jurídico estrangeiro.

Para que este estudo não ganhe uma dimensão muito abstrata, o que dificultaria, inclusive, o traçado de limites à troca de informações, contextualizamos um pouco melhor uma circunstância específica para a análise. Resgatamos que, nos últimos anos, foram noticiados vários casos de informações retiradas ilicitamente do banco de dados de instituições financeiras e sociedades de auditoria fiscal. Essas informações, que foram objeto de condutas ilícitas, foram entregues ou adquiridas por Estados, os quais, por sua vez, realizaram sucessivos intercâmbios de dados com outros Estados, transmitindo as aludidas informações ilícitas. Nesse contexto, construímos este artigo para examinar a utilização destas nos lançamentos fiscais realizados por autoridades fiscais brasileiras, os quais conjugam habitualmente a exigência do tributo e a imposição de penalidades. Enfatize-se que, nesse caso, não se discute a ilicitude da informação em sua origem, segundo o ordenamento jurídico estrangeiro. Em outras palavras, sabe-se sem sombra de dúvidas que a prova foi obtida ilicitamente.

Por assim dizer, extrai-se uma conclusão inicial sobre essa situação: a utilização das informações ilícitas recebidas pelas autoridades fiscais, de maneira a fundamentar eventuais autuações fiscais, é incompatível com o art. 13 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, sem prejuízo da violação do próprio art. 5º, inciso LVI, da Constituição, porquanto se trata de informações adquiridas ilicitamente, em consonância com o direito estrangeiro.

³⁷ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Parte Geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 422-423.

3.1. Utilização de provas derivadas de provas ilícitas fornecidas por outros Estados para fins fiscais

A maior controvérsia reside na questão da prova derivada, ou seja, na possibilidade de a autoridade fiscal, visto que ciente da fonte ilícita de uma prova, repeti-la ou buscar outros meios de prova. Sobre isso, retomamos as considerações anteriores atinentes ao direito processual penal. Tal como sinalizado, há uma tendência de mitigação da vedação às provas ilícitas, no sentido de aceitar as provas derivadas, a partir de um exame de ponderação entre as normas conflitantes.

Antes que continuemos, importa reconhecer que esse tema – a utilização de provas derivadas de provas ilícitas provenientes de informações trocadas entre Estados para fins fiscais – jamais foi apreciado pelos tribunais nacionais. O seu ineditismo, todavia, não obsta que nos orientemos por outros indícios, como decisões cujos objetos tangenciam-no.

A experiência alemã merece aqui um estudo um pouco mais detido, na medida em que esta pode indicar um caminho a ser seguido pelos tribunais pátrios. O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (*Bundesverfassungsgericht*), no caso 2 Bvr 2101/09³⁸, foi chamado a se manifestar sobre a constitucionalidade do uso de informações obtidas por meios ilícitos. Trata-se de informações que foram furtadas por um ex-empregado de uma instituição financeira que, em posse de um cadastro bancário dos clientes dessa instituição, os quais revelavam uma multiplicidade de ilícitos tributários e criminais cometidos por estes, vendeu tais informações a vários Estados, dentre os quais à Alemanha. O tribunal concluiu pela constitucionalidade do uso dessas informações ilícitas – essas informações não foram objeto de troca entre Estados, mas o racional empregado nessa decisão apresenta-se como relevante à hipótese desta pesquisa –, já que estas foram utilizadas para consubstanciar uma suspeita inicial, a ser confirmada por outros elementos de prova que deveriam ser confeccionados pelas autoridades fiscais. São importantes as seguintes afirmações feitas por esse tribunal: (i) não há uma vedação absoluta ao uso de provas obtidas ilicitamente, salvo se demonstrado o dano à vida; esta seria a única restrição absoluta aceita por essa Corte; e (ii) a ponderação concreta determinou a ausência de um dano substancial aos direitos do contribuinte.

No contexto brasileiro, além da aludida tendência em matéria criminal – usamos o parâmetro criminal, uma vez que este, em princípio, traduz maior rigor considerando a punição de maior intensidade atrelada à privação da liberdade em comparação à restrição à propriedade consequente da imposição de um pagamento de tributo –, o Supremo Tribunal Federal³⁹ conta com uma pluralidade de

³⁸ ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht*. Caso 2 Bvr 2101/09, 9 de novembro de 2010.

³⁹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 601.314/SP e Ações Direta de Inconstitucionalidade n. 2.859/DF, 2.390/DF, 2.386/DF e 2.397/DF, 24 de fevereiro de 2016.

casos em que ponderou o sigilo bancário e a igualdade e o interesse arrecadatório do Estado em matéria fiscal. Essa ponderação revelou menor tutela do sigilo bancário em contraposição aos demais princípios. Estes traduziriam um ideal de proteção do interesse público conjugado com uma manifestação da isonomia tributária, na medida em que as informações descobertas pelas aludidas fontes ilícitas revelariam práticas evasivas, por meio das quais determinados contribuintes não apenas poderiam erodir progressivamente a base tributável do Estado, como também não suportariam idêntico ônus tributário a outros contribuintes em situação similar. Essas decisões acompanham um movimento internacional de redução da intensidade de proteção do sigilo bancário dos contribuintes.

Em vista dessa lógica de ponderação, quando se investiga a utilização de provas derivadas, tal como nas situações narradas, identificamos haver uma tendência que as cortes nacionais admitam essas provas, embora em sua origem sejam maculadas por um vício de legalidade. Às críticas a essa relativização da ilicitude originária das provas, no entanto, fazemos aqui remissão às considerações já desenvolvidas no âmbito do direito processual penal. Assumindo, porém, o uso da prova derivada, traçamos alguns limites para essas provas, visando a manter o equilíbrio entre os princípios jurídicos em conflito. Por assim dizer, em primeiro lugar, a prova derivada deve ser efetivamente despida de qualquer vício concernente à sua licitude. Em segundo lugar, tal meio de prova deve compreender razões suficientes para embasar uma autuação fiscal, sob pena de eventualmente se verificar que o verdadeiro fundamento para sustentar a autuação fiscal reside na prova ilícita originária. Alcançando essa conclusão, a afirmação subsequente é que haveria um vício insanável, porquanto essa prova, em linha com o art. 13 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro e o art. 5º, inciso LVI, da Constituição, seria inadmissível e sem ela a autuação fiscal seria despida de justificação. Acrescentamos, em terceiro lugar, que a prova derivada, no momento oportuno, deverá ser submetida ao contraditório. Não desconhecemos aqui que algumas dessas informações ilícitas vieram a público, de maneira que poderia se questionar sobre a necessidade de sua repetição ou mesmo de se buscar fontes probatórias autônomas. Em consonância com o exposto, no entanto, não é possível uma convalidação do vício pela publicidade conferido aos dados, mantendo-se os apontamentos anteriores sobre a necessidade de produção da prova derivada.

4. Troca de informações obtidas ilicitamente e convenções fiscais

Neste tópico, analisaremos em que medida a troca de informações obtidas ilicitamente está em acordo com as convenções fiscais (bilaterais ou multilaterais) destinadas à troca de informações na modalidade a pedido.

Conforme apontamos anteriormente, o chamado *EOI Standard* encontra-se refletido no texto do art. 26 das Convenções Modelo da OCDE e da ONU, na Convenção Modelo para a Troca de Informações para Fins Fiscais e na Conven-

ção Multilateral sobre Assistência Mútua em Matéria Fiscal, além de outras convenções modelo adotadas por atores internacionais de caráter regional. Para facilitar a análise aqui realizada, faremos menção ao art. 26 da Convenção Modelo da OCDE.

Ao investigarmos os limites que devem ser observados para a troca de informações, é preciso averiguar as hipóteses de recusa previstas nas convenções modelo adotadas pelos países como ponto de partida para a celebração de suas próprias convenções. O § 3º do art. 26 da Convenção Modelo da OCDE dispõe que:

“Artigo 26

Troca de Informações

[...]

3. Em nenhum caso, as disposições dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo serão interpretadas no sentido de impor a um Estado Contratante a obrigação de:

- a) tomar medidas administrativas contrárias às suas leis e práticas administrativas ou às do outro Estado Contratante;
- b) fornecer informações que não possam ser obtidas com base na sua legislação ou no curso normal de suas práticas administrativas ou nas do outro Estado Contratante;
- c) fornecer informações que revelariam qualquer segredo comercial, empresarial, industrial ou profissional, ou processo comercial, ou informações cuja revelação seria contrária à ordem pública”.

Como se vê, o § 3º do art. 26 da Convenção Modelo permite que os Estados contratantes se neguem a fornecer informações, uma vez caracterizadas as situações objetivas expostas em suas alíneas “a”, “b” ou “c”. Diga-se “permite”, pois nada impede que mesmo havendo o preenchimento objetivo das hipóteses de recusa, o Estado requerido pode decidir enviar as informações que lhe foram solicitadas⁴⁰. Não se trata de um direito conferido ao contribuinte, mas de uma prerrogativa de recusa por parte do Estado requerido. Avaliando a troca de informações obtidas ilicitamente, merecem especial atenção as hipóteses de recusa presentes nos incisos “a” e “b”.

Ambos os incisos corporificam o *princípio da reciprocidade*, em que um Estado contratante, ao receber um pedido de troca de informações de outro Estado contratante, não está obrigado a fornecê-las caso, para tanto, tenha de infringir o seu próprio ordenamento jurídico ou as suas práticas administrativas. As referidas hipóteses, ademais, vedam que o Estado contratante requerente venha a se aproveitar da cláusula de troca de informações para obter informações que não seriam lícitas nos termos de seu sistema jurídico interno⁴¹.

⁴⁰ OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Condensed Version*. 2017. Paris: OECD Publishing, 2017. Commentary on article 26, paragraphs 15-17, p. 500-502.

⁴¹ *Ibidem*.

Ocorre que, a despeito das hipóteses previstas, em se tratando de situações envolvendo a obtenção ilícita de provas e o seu posterior intercâmbio, serão os ordenamentos jurídicos internos dos Estados contratantes que determinarão em que condições a prova obtida ilicitamente deve ou não ser admitida. Obviamente, em situações em que os Estados contratantes possuam diferentes tratamentos acerca da aceitação de provas ilícitas, essa diferença pode obstar a troca desse tipo de informações. A assimetria de tratamentos será, portanto, um potencial empecilho à troca de informações no caso concreto.

Por fim, cumpre um breve esclarecimento quanto à hipótese de recusa do fornecimento de “informações cuja revelação seria contrária à ordem pública”, prevista na parte final da alínea “c”. Considerando a vagueza do conceito de “ordem pública”, em virtude de sua natureza de conceito jurídico indeterminado, como visto, e o risco de utilização dessa hipótese de dispensa de forma ampla para negar o intercâmbio de informações, a OCDE destaca, em seus comentários, que este conceito se aplica a situações excepcionais de dispensa que ocorreriam, apenas, diante de circunstâncias extremas (*e.g.*, perseguição política, racial ou religiosa) ou que envolvessem um “interesse vital” do Estado (*e.g.*, um segredo de Estado)⁴².

Na hipótese de ser adotada essa interpretação restritiva do conceito de “ordem pública” – fato que nos parece ser consistente com a finalidade desse dispositivo⁴³ que visa a promover a troca de informações –, cremos que a ilicitude na obtenção das provas, notadamente quando não ficar clara a ilicitude por derivação ou a prova obtida ilicitamente puder ser repetida de forma lícita, não será capaz de atrair a aplicação dessa dispensa se atendidos aos direitos dos contribuintes.

Conclusão

Avaliamos nas páginas anteriores o tratamento das provas obtidas por meios ilícitos e transmitidas às autoridades fiscais brasileiras na troca de informações entre Estados para fins fiscais. A despeito da relevância da transparência e da

⁴² Ibidem, commentary on article 26, paragraphs 19.5, p. 504.

⁴³ Cf. art. 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados: “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. 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; 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. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes”.

troca de informações, sob a perspectiva dos Estados em um cenário de cooperação fiscal internacional, voltamo-nos às garantias dos contribuintes considerando o ordenamento jurídico nacional, porquanto essa temática ainda escapa, ao menos diretamente, de diplomas internacionais. Demonstramos, neste estudo, em atenção aos arts. 5º, inciso LVI, da Constituição, e 13 e 17 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, a impossibilidade do uso de provas ilícitas – identifica-se a sua ilicitude segundo o ordenamento jurídico dentro do qual produzidas e, excepcionalmente, de acordo com aquele brasileiro – para fundamentar eventuais autuações fiscais realizadas pela Administração Tributária.

A relativização dessa condição reside nas provas derivadas, apesar de a sua produção ter como “gatilho” inicial uma prova ilícita. Nessa hipótese, surgem duas alternativas: (i) ou se repete a prova ilícita de maneira lícita de acordo com o sistema jurídico estrangeiro; (ii) ou se buscam novas provas. Em quaisquer dos casos, a prova derivada deve ser lícita e traduzir razões suficientes para comprovar, inequivocamente, a prática de uma conduta ilícita pelo contribuinte para que essa prova atinja o seu fim. Enfatizamos, ademais, que esse raciocínio se funda em uma ponderação entre o devido processo legal e a vedação à prova ilícita e a igualdade tributária e o poder arrecadatório do Estado, na medida em que as informações em questão prestam-se a garantir que os contribuintes suportem, em princípio, idêntico ônus tributário em consonância com os critérios legais.

Referências bibliográficas

- ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. Caso 2 Bvr 2101/09, 9 de novembro de 2010.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.
- _____. *Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. *Manual de Cooperação Jurídica Internacional: Matéria Penal e Recuperação de Ativos*. 4. ed. 2019.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 601.314/SP e Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2.859/DF, 2.390/DF, 2.386/DF e 2.397/DF, 24 de fevereiro de 2016.
- CJUE. Caso C-276/12, Sabou, Jiří Sabou vs. Finanční ředitelství pro hlavní město Prahu, 22 de outubro de 2013.
- DEU, Teresa Armenta. *A prova ilícita: um estudo comparado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado. Parte Geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DOURADO, Ana Paula. *Governança fiscal internacional*. Coimbra: Almedina, 2018.

- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- KERR, Vera Kaiser Sanches. A disciplina da prova no processo penal brasileiro. In: FERNANDES, Antônio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MO-RAES, Maurício Zanoide (coord.). *Provas no processo penal – estudo comparado*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- _____; ROSA, Alexandre Moraes da. *A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal*. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal#top>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- MARTINS, Rui Cunha. *O ponto cego do direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MATIDA, Janaina. Standards de prova: a modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. In: *Arquivos da resistência: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP*. Florianópolis: Tirant lo blanch, 2019.
- OECD. *2016 Terms of Reference to Monitor and Review Progress Towards Transparency and Exchange of Information on Request for Tax Purposes*. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/transparency/global-forum-handbook-2016.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- _____. *Agreement on Exchange of Information on Tax Matters*. 2002. Disponível em: <http://www.oecd.org/newsroom/oecdreleasesmodelagreementonexchangeofinformationintaxmatters.htm>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- _____. *Counteracting Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 5 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD Publishing, 2015.
- _____. *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*. Paris: OECD Publishing, 1998.
- _____. *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*. Paris: OECD Publishing, 2000.
- _____. *Jurisdictions Participating in the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*. Disponível em: https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf. Acesso em: 15 ago. 2020.
- _____. *Model Tax Convention on Income and on Capital – Condensed Version*. Paris: OECD Publishing, 2017.
- _____. *Ratings*. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/transparency/documents/exchange-of-information-on-request-ratings.htm>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- _____. *Signatories of the Multilateral Competent Authority Agreement on Automatic Exchange of Financial Account Information*. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/crs-mcaa-signatories.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- _____. *Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters*. Paris: OECD Publishing, 2014.

- _____. *Summary of Outcomes of the Meeting of the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes Held in Mexico on 1-2 September 2009*. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/43610626.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- _____. *Tax Co-Operation 2010: Towards a Level Playing Field – Assessment by the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*. Paris: OECD Publishing, 2010.
- _____. *Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD Publishing, 2015.
- PIEROBOM DE ÁVILA, Thiago André. *Provas ilícitas e proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- PISTONE, Pasquale. Exchange of Information and Rubrik Agreements: the Perspective of an EU Academic. *Bulletin for International Taxation*. Amsterdam: IBFD, abr.-mar./2013.
- PRADO, Geraldo. Ainda sobre a quebra da cadeia de custódia das provas. *Boletim do IBCCrim*, n. 262, set./2014.
- SCHILCHER, Michael; SPIES, Karoline; ZIRNGAST, Sabine. Mutual Assistance in Direct Tax Matters. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.). *Introduction to European Tax Law on Direct Taxation*. 4. ed. Wien: Linde, 2016.
- SUTHERLAND, Edwin Harding. *Crimes de colarinho branco: versão sem cortes*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014.
- TELLO, Caroll. Catalyst for Global Cooperation in Exchange Tax Information. *Bulletin for International Taxation*. Amsterdam: IBFD, 2014.

Brasil: a Reação ao “Abuso” no Âmbito dos Acordos de Bitributação em um País sem GAAR que Adota “*Principal Purpose Test Clauses*”

Brazil: Addressing Tax Treaty Abuse in a State without Domestic GAAR by Adoption of Principal Purpose Test Clauses

Luís Flávio Neto

Professor e Coordenador do Mestrado em Direito Tributário Internacional do IBDT. Doutor e Mestre em Direito Tributário pela USP. Postdoctoral Research Fellow do IBFD (Holanda). Sócio da área tributária do KLA Advogados. Ex-conselheiro Titular da Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF.

Roberto Codorniz Leite Pereira

Professor Colaborador do Mestrado em Direito Tributário Internacional do IBDT. Doutor em Direito Tributário pela USP. Mestre em Direito Tributário Internacional pela Wirtschaftsuniversität Wien (WU) e em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Advogado.

Resumo

Neste artigo, os autores analisam as possíveis interações entre as normas gerais antielisivas de direito interno e as cláusulas PPT (*Principal Purpose Test* ou Teste do Propósito Principal), previstas nos acordos de bitributação enquanto condição para a concessão de benefícios convencionais. Os autores defendem que entre as normas gerais antielisivas de direito interno e as cláusulas PPT não existe qualquer relação de dependência, tampouco qualquer convergência necessária em termos de redação e finalidades buscadas. Portanto, não há qualquer razão capaz de impedir que um Estado opte por não adotar qualquer norma geral antielisiva no seu direito interno, mas mantenha, como política de celebração de tratados, a orientação de incluir cláusulas PPT nos acordos de bitributação celebrados. Além disso, a interpretação porventura pacificada na jurisprudência das cortes nacionais acerca da aplicação das normas gerais antielisivas domésticas não poderá ser diretamente aplicada no âmbito dos acordos de bitributação para definir o modo e o escopo de aplicação das cláusulas PPT. As cortes nacionais e os intérpretes devem guiar-se pelas normas que orientam a interpretação de tratados internacionais, o contexto que permeia o tratado e as cláusulas do tratado objeto de interpretação, o seu objetivo e propósito, e as diferenças de redação porventura existentes entre as normas gerais antielisivas de direito interno e as cláusulas PPT.

Palavras-chave: norma geral antielisiva, cláusula do teste do propósito principal, acordos de bitributação.

Abstract

In this article, the authors analyze the possible interaction between domestic general anti-avoidance rules (GAAR) and the PPT Clauses provided by double taxation conventions. The authors support that between domestic general anti-avoidance rules and treaty-based PPT Clauses there are neither relation of dependence nor any necessary convergence in terms of wording and purposes. Therefore, there is nothing that prevents a State from not adopting any GAAR in its domestic law while practicing the treaty policy of including PPT Clauses in double tax conventions. Besides, the interpretation adopted by domestic courts while applying the domestic GAAR cannot be directly applicable in the context of PPT Clauses. National courts and practitioners must take into account the rules that guide treaty interpretation, the context of the treaty, its aim and purpose and differences in terms of wording arising between domestic GAAR and PPT Clauses.

Keywords: domestic general anti-avoidance rules, principal purpose test, double taxation conventions.

1. Introdução

Este texto foi escrito nos dias que precederam ao VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional, para a composição do livro que registra os anais desse evento. Seu tema, inspirado também em discussões da Mesa de Debates do IBDT¹, diz respeito à relação existente entre: (a) a decisão do legislador de um determinado país quanto à não adoção de uma *norma geral de intolerância ao planejamento tributário* (General Anti-Avoidance Rule – GAAR); e (b) a validade de cláusulas de acordos internacionais baseadas em cláusulas semelhantes a uma GAAR, como o teste do propósito negocial.

Nessa breve análise relacional de dois planos do direito tributário (internacional e nacional), os autores procuram contribuir ao debate sustentando a hipótese de que: (i) não há relação de dependência; (ii) não se requer sequer convergência; (iii) especialmente na consideração dos fatos e na identificação do abuso, não se pode descartar a pragmática influência da experiência que cada Estado tem com sua própria GAAR, o que pode refletir tanto em riscos de aplicação equivocada do tratado, como no acerto de sua aplicação isenta de excessos.

O texto adota o sistema jurídico brasileiro e acordos de bitributação celebrados pelo Brasil como referência para análise. Nesse contexto, será relevante considerar que está na pauta do Supremo Tribunal Federal (STF)² decidir se o parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional (CTN), introduzido pela

¹ Mesa n. 1.606, realizada em 06.08.2020. O tema em discussão, apresentado por João Francisco Bianco, foi o voto da ADI n. 2.446 em face das cláusulas PPT dos tratados celebrados para evitar a dupla tributação da renda. Ata e íntegra da reunião em formato de vídeo disponíveis em: <https://ibdt.org.br/site/mesa-de-debates/mesa-de-debates-2020/>. Acesso em: 25 ago. 2020.

² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 2.446/DF, Ministra Relatora: Cármen Lúcia. *JusBrasil* (julgamento pendente de conclusão).

Lei Complementar n. 104/2001, corresponderia a uma *norma geral de intolerância ao planejamento tributário* (GAAR), bem como debater a sua constitucionalidade.

A questão é objeto da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) n. 2.446, pendente de julgamento final no momento em que os autores escrevem este texto. No entanto, o teor do voto da Exma. Relatora, Ministra Cármen Lúcia, acompanhado pelos Ministros Marco Aurélio Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, já foi amplamente divulgado e tem sido objeto de extenso debate no meio acadêmico. Conforme o seu entendimento, o art. 116 do CTN não seria uma GAAR propriamente dita: “a denominação ‘norma antielisão’ é de ser tida como inapropriada, cuidando o dispositivo de questão de norma de combate à evasão fiscal”. Além disso, em conformidade com as regras vigentes do CTN, o recurso à analogia para a cobrança de tributos seria vedado, e não haveria espaço para a assim chamada “interpretação econômica”.

A prevalecer esse entendimento manifestado pelos referidos ministros do STF, que há muito vem sendo sustentado por uma série de autores³, não restarão quaisquer dúvidas de que a administração fiscal brasileira apenas deve reagir a operações simuladas, cometidas com o dolo para a evasão de tributos, nos termos do que já constava no art. 149 do CTN, desde a sua redação original (1966).

Ao mesmo tempo, no âmbito dos recentes tratados celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação da renda, o que se observa é a tendência de adoção de cláusulas que estabelecem um “teste do propósito principal” (*Principal Purpose Test Clause, PPT Clause*) como critério para aplicação ao caso concreto dos benefícios previstos no tratado.

Boa parte dos 35 tratados celebrados pelo Brasil não possui cláusulas dessa natureza. Cláusulas PPT passaram a ser adotadas como constante nos acordos mais recentes⁴, como reflexo da recomendação da OCDE no âmbito do Plano de Ação n. 6 de combate ao fenômeno da erosão das bases imponíveis e da alocação

³ Nesse sentido, *vide*: SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento tributário: limites à norma antiabusos. *Direito Tributário Atual* v. 24, 2010; OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Norma geral antielisão. *Direito Tributário Atual* v. 25, São Paulo: IBDT/Dialética, 2011, p. 132-146; OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Reinterpretando a norma antielisão do parágrafo único do art. 116 do Código Tributário Nacional. *Revista Dialética de Direito Tributário* v. 76, São Paulo: Dialética, 2002, p. 81-101; NETO, Luís Flávio. Segregação operacional e societária de fontes produtoras de rendimentos: “planejamento tributário” ou “evasão fiscal”? In: LÍVIO, Marcos; ROCHA, Sergio André; FARIA, Aline Cardoso de (org.). *Planejamento tributário sob a ótica do CARF*: análise de casos concretos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 265-291. NETO, Luís Flávio. Normas de competência e o regramento brasileiro aplicável aos planejamentos tributários. In: SOUZA, Priscila de (org.). *50 anos do Código Tributário Nacional*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 817-846. NETO, Luís Flávio. Planejamento tributário com *star companies*, residência fiscal de artistas e esportistas e acordos internacionais para evitar a dupla tributação. In: MORAES E CASTRO, Leonardo Freitas de (org.). *Tributação internacional: análise de casos*. São Paulo: MP, 2015. v. 2, p. 55-92.

⁴ *Vide*, por exemplo, os acordos com Argentina, Israel, México, Rússia, Turquia, Venezuela, já em vigor, e com a Suíça, ainda pendente de aprovação final por parte do Congresso Nacional.

artificial de resultados tributáveis (*Base Erosion and Profit Shifting – BEPS*)⁵. O seu teor também está refletido no § 9º do art. 29 da Convenção Modelo da OCDE⁶.

A questão que surge, então, é saber se o referido julgamento do STF deveria influenciar a (não) aplicação das referidas cláusulas do teste do propósito principal presentes em alguns dos tratados destinados a eliminar a dupla tributação da renda celebrados pelo Brasil.

Como provocação a esse debate, ainda que de forma sucinta, este ensaio está dividido em três tópicos: o tópico 2 analisa a relação mantida entre direito tributário internacional e o direito interno dos países que celebram acordos de bitributação; o tópico 3 expõe questões quanto à possibilidade de convivência de distintas normas de reação ao planejamento tributário nos distintos planos do direito internacional e do direito doméstico; enquanto o tópico 4 pondera em que medida a experiência doméstica que os intérpretes e as cortes nacionais eventualmente possuam com a aplicação de GAAR previstas na legislação interna podem afetar positiva ou negativamente a aplicação das cláusulas PPT presentes nas convenções fiscais.

2. Independência do direito internacional e do direito interno

Na conhecida lição de Klaus Vogel⁷, “the treaty acts like a stencil that is placed over the pattern of domestic law and covers over certain parts”. Essa ilustração explica de forma bastante clara a eficácia normativa dos acordos de bitributação, ou seja, o funcionamento da relação entre o direito tributário internacional e o direito doméstico. Os acordos de dupla tributação são vocacionados a cobrir o sistema jurídico de dois diferentes Estados. Há independência entre o direito tributário internacional e o direito tributário doméstico de tais Estados, bastando que os conceitos e categorias do primeiro sejam capazes de se sobrepor total ou parcialmente aos conceitos e categorias do segundo, levando-os, nessa parcela de contato, à sombra (ou melhor, à não aplicação do direito interno). As normas domésticas de incidência tributária que permanecerem iluminadas serão aplicadas normalmente, tal como acordado entre ambos os Estados contratantes por meio do tratado de bitributação⁸.

A existência desses dois planos também pode ser verificada no âmbito da validade. O direito tributário internacional reconhece como inválido dispositivo

⁵ Cf. OECD. *Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances*. Action 6 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 10.

⁶ Cf. OECD. *Model tax convention on income and on capital: condensed version 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017, p. 50.

⁷ VOGEL, Klaus. *Klaus Vogel on double taxation conventions*. London: Kluwer, 1999, p. 31-32.

⁸ Nesse sentido, ainda: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 125-126; NETO, Luís Flávio. *Direito tributário internacional: contextos para interpretação e aplicação dos acordos de bitributação*. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2018, p. 123 e s.

de acordo de dupla tributação que ofenda direito interno de importância fundamental e manifesta; a avaliação quanto à validade de uma norma relativa a um acordo de dupla tributação deve levar em consideração fatores de direito internacional e, em especial, normas constitucionais dos Estados contratantes⁹. Se, por um lado, o direito internacional reconhece expressamente que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” (Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados – CVDT, art. 27), por outro lado, há ressalva que permite afastar a norma convencional na hipótese de o acordo ter sido firmado em violação a uma disposição do direito interno dos Estados contratantes que se mostre manifesta e de importância fundamental (CVDT, art. 46)¹⁰.

O intérprete deve realizar, portanto, duas análises, paralelas ou em conjunto, de forma a verificar se a norma é válida perante o direito internacional e, ainda, perante o direito doméstico¹¹.

Tratados em matéria tributária, enquanto fontes formais do direito internacional público¹², são instrumentos de delimitação da jurisdição estatal¹³: a partir de sua soberania, um Estado negocia com outro (ou outros) restrições ao exercício de sua própria jurisdição. Do mesmo modo, tais Estados soberanos também podem condicionar a aplicação desses tratados ao atendimento a determinados requisitos, a exemplo de teste que leve em consideração o propósito principal buscado pelas operações realizadas pelos contribuintes.

Por sua vez, ao contrário do que algumas vezes sugerem os Comentários da OCDE¹⁴ e também parte da literatura especializada¹⁵, os tratados de bitributação devem ser acordados de forma compatível com as normas constitucionais dos Estados contratantes (CVDT, art. 46). Assim, cláusulas PPT e quaisquer outros dispositivos de um acordo internacional devem manter coerência com as normas constitucionais dos Estados envolvidos.

⁹ VOGEL, Klaus, 1999, p. 38.

¹⁰ NETO, Luís Flávio, 2018, p. 123 e s.

¹¹ Sobre o tema da interpretação das convenções fiscais, leiam-se: JONES, John F. Avery. The 1992 OECD Model Treaty: Article 3 (2) of the OECD Model Convention and the commentary to it: treaty interpretation. *European Taxation*. Amsterdam: IBFD, Aug. 1993; BAKER, Philip. *Double taxation conventions: a manual on the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital*. London: Sweet & Maxwell, 2001.

¹² Confira-se o art. 38, alínea a, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: “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; (...)”.

¹³ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Tax treaty override: a jurisdictional approach. *Intertax v. 42*, Netherlands: Kluwer Law International, 2014, p. 682-694.

¹⁴ OECD. *Model tax convention on income and on capital: condensed version 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017. Commentaries on Article 3, p. 94-104.

¹⁵ Cf. LANG, Michael. *Introduction to the law of the double taxation conventions*. Vienna: Linde, 2013, p. 41-63.

Na hipótese de não haver conflito entre cláusulas PPT e normas constitucionais, surge a questão da existência (ou não) de relação entre esta e GAAR eventualmente vigente nos Estados contratantes. No entanto, assim como uma GAAR doméstica não pode ser utilizada como fundamento para negar a aplicação dos benefícios de um tratado internacional, em geral a existência de cláusulas PPT em um tratado não mantém relação necessária, ou mesmo lastro, com eventual GAAR vigente no sistema doméstico dos Estados contratantes. Em especial, assim como se dá no sistema jurídico brasileiro, a ausência de uma norma geral antielisão no ordenamento jurídico-tributário interno em nada interfere na aplicação das cláusulas PPT dos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil.

É importante observar que tais assertivas se referem apenas aos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil com cláusulas PPT ou dispositivos semelhantes vocacionados a regular planejamentos tributários internacionais. Em relação aos acordos de bitributação em que não há traços de tais dispositivos, notadamente os acordos de bitributação mais antigos, não é legítimo pressupor a existência de norma implícita de reação ao planejamento tributário se não houve consenso bilateral quanto aos critérios para a identificação do “abuso”. Na ausência de tais cláusulas, portanto, operações caracterizadas como *treaty shopping* não podem ser consideradas *a priori* repelidas pelos Estados contratantes¹⁶.

Não se pode ignorar a posição que chegou a ser sustentada por Klaus Vogel, no sentido de que os tratados celebrados para evitar a dupla tributação da renda teriam uma cláusula antiabuso implícita, capaz, inclusive, de coibir a prática do *treaty shopping*¹⁷. Para o professor alemão, como uma maioria expressiva dos países possuiria cláusulas gerais de reação ao abuso em seus ordenamentos jurídicos internos, seria possível depreender a existência de um princípio geral de direito (reconhecido pelas nações civilizadas) que afetaria a aplicação das convenções fiscais internacionais. Destaque-se que princípios gerais de direito são fontes materiais do direito internacional público¹⁸, mas não é qualquer princípio de direito interno que é capaz de atingir esse *status*, sendo necessário que os princípios sejam passíveis de *transposição* da ordem jurídica interna para a internacional¹⁹.

¹⁶ Nesse sentido: NETO, Luís Flávio. A tolerância e a intolerância ao *treaty shopping*: os casos Prévost, Indofood, Eagle I e Eagle II. *Revista de Direito Tributário Atual* v. 23, São Paulo: Dialética/IBDT, 2009, p. 321-340.

¹⁷ Nesse sentido: VOGEL, Klaus. Double tax treaties and their interpretation. *International Tax and Business Lawyer* v. 4, n. 1, 1986, p. 82-85; VOGEL, Klaus. *On double taxation conventions*. Netherlands: Kluwer Law, 1991, p. 78-84.

¹⁸ Confira-se o art. 38, alínea c, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça: “A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; (...)”.

¹⁹ Cf. PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *Cooperação fiscal internacional e troca de informações*. São Paulo: IBDT, 2020. (Série Doutrina Tributária, 31). p. 235; NETO, Luís Flávio. *Direito tributário internacional: contextos para interpretação e aplicação dos acordos de bitributação*. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2018.

A aludida posição de Vogel, embora tenha encontrado ressonância doutrinária²⁰, tem sido frequentemente criticada em face da rejeição da existência de um princípio geral uniforme, capaz de proibir o abuso das convenções, bem como do risco do afastamento do tratado por conta de uma GAAR doméstica caracterizar *treaty override*²¹. O caso brasileiro é emblemático quanto a essa questão: conforme o posicionamento que predomina até o momento no julgamento da ADI n. 2.446, o Brasil sequer possuiria em seu ordenamento uma GAAR, de forma que representaria um exemplo eloquente quanto à inexistência de tal uniformidade sobre o tema.

3. Inexigibilidade de convergência: convivência de normas de reação ao planejamento tributário distintas, nos distintos planos do direito internacional e do direito doméstico

Cláusulas PPT podem naturalmente apresentar redação distinta da adotada por GAAR doméstica²². Dispositivos dessa natureza, que adotam a teoria do propósito negocial (*business purpose test*) em âmbito doméstico, não raro convivem com a ideia de que agentes privados sempre devem considerar as consequências tributárias ao estruturar os seus negócios, diferenciando situações em que esta é finalidade exclusiva das operações. Por sua vez, a redação do § 9º do art. 29 da Convenção Modelo da OCDE tem gerado interpretações *a priori* extremistas, que negam acesso aos benefícios do tratado se apenas um dos propósitos da operação, entre outros tantos existentes, seja a obtenção de vantagens fiscais²³.

²⁰ Tulio Rosembuj defende a existência de um princípio antielisão e antievasão de Estado o qual os proibiria de praticar concorrência fiscal lesiva com os demais Estados com vistas a atrair capital amparado em um princípio geral de direito. Confirmam-se as seguintes obras em que o autor advoga a favor dessa tese: ROSEMBUJ, Tulio. *Derecho fiscal internacional*. Barcelona: El Fisco, 2001; ROSEMBUJ, Tulio. Harmful tax competition. *Intertax v. 27*, n. 10. Netherlands: Kluwer Law International, 1999.

²¹ Confirmam-se os seguintes autores: LANG, Michael. *Introduction to the law of double taxation conventions*. Vienna: Linde, 2013, p. 66; SCHOUERI, Luís Eduardo. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: RT, 1995, p. 115-133; KALLERGIS, Andréas. *La compétence fiscale*. Paris: Dalloz, 2018, p. 601-603.

²² Cite-se o exemplo de GAAR que pode ser encontrado na legislação tributária da Alemanha e a geralmente existente nos acordos de bitributação. *Vide*: JOCHUM, Heike; THIELE, J. Philipp. *Introduction to German Tax Law*. Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, 2018, p. 58.

²³ Essa interpretação é, inclusive, sugerida pela própria OCDE nos seus comentários ao § 9º do art. 29 da sua Convenção Modelo. Confira-se, especialmente, o teor do § 180 dos referidos comentários: “180. The reference to ‘one of the principal purposes’ in paragraph 9 means that obtaining the benefit under tax convention need not be the sole or dominant purpose of a particular arrangement or transaction. It is sufficient that at least one of the principal purposes was to obtain the benefit. For example, a person may sell a property for various reasons, but if before the sale, that person becomes a resident of one of the Contracting States and one of the principal for doing so is to obtain a benefit under a tax convention, paragraph 9 could apply notwithstanding the fact that there may also be other principal purposes for changing residence, such as facilitating the sale of property or the re-investment of the proceeds of the alienation”. Veja-se: OECD. *Model tax*

Este texto não pretende analisar detalhadamente o equívoco da aplicação de cláusulas PPT de maneira excessivamente restritiva. Nos lindes deste estudo, vale apenas observar que a promoção do efeito útil (“*ut res magis valeat quam pereat*”) e a interpretação harmônica dos acordos de dupla tributação são diretrizes do direito tributário internacional, que devem ser adotadas em conformidade com a CVDT²⁴. Em particular, o art. 31 da CVDT estabelece, em seu § 1º, que “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”. A interpretação das disposições convencionais há de ser feita de boa-fé e à luz do contexto e do objeto e da finalidade dos tratados.

Afastando-se os referidos excessos na interpretação das cláusulas PPT, não se pode desconsiderar a possibilidade de que os dispositivos mencionados, presentes em acordos de bitributação, sejam acordados pelos Estados contratantes de maneira mais ou menos restritiva do que GAAR adotada nos sistemas jurídicos internos dos aludidos Estados. Países com elevado grau de intolerância ao planejamento tributário em âmbito interno podem acordar tratados com dispositivos mais permissivos, e vice-versa.

Por essa razão, ainda que os tribunais de um Estado possuam jurisprudência harmoniosa quanto à aplicação de GAAR em âmbito doméstico, esta não poderá ser transposta imediatamente à aplicação de acordos de bitributação, inclusive para a interpretação de cláusulas de teste de propósito principal, sobretudo porque, a par das diferenças de redação e conteúdo entre elas, se não houver determinação nos tratados para que se busque, na experiência interna, uma interpretação que se tornaria obrigatória (no sentido de vinculante) no âmbito convencional, não se poderá afastar as regras convencionais que orientam a interpretação das disposições dos tratados.

4. A influência da experiência adquirida com a aplicação de GAAR e os desafios da adequada implementação de cláusulas PPT

As ideias apresentadas neste estudo rejeitam a relação de dependência, ou mesmo a necessidade de convergência das cláusulas dos acordos de bitributação com GAAR mantida no sistema jurídico interno dos Estados contratantes. Com isso, contudo, não se quer sustentar ambientes hermeticamente fechados, em que a tradição dos Estados contratantes no trato do planejamento tributário por meio de GAAR se torne absolutamente estéril durante a aplicação de cláusulas PPT eventualmente presentes nos acordos de bitributação.

Especialmente na consideração dos fatos e na identificação do abuso, não se pode descartar a pragmática influência da experiência que cada Estado tem com

convention on income and on capital: condensed version 2017. Paris: OECD Publishing, 2017. Commentaries on Article 29, p. 591.

²⁴ NETO, Luís Flávio, 2018, p. 219 e s.

sua própria GAAR. Dessa influência podem advir consequências tanto positivas, traduzindo-se na aplicação mais calibrada das cláusulas PPT, quanto negativas, consistentes em excessos da sua aplicação que, em última instância, negariam a concessão dos benefícios convencionais em situações em que as partes fazem jus à sua aplicação.

Suponha-se, por hipótese, que um determinado sistema jurídico incorpore testes capazes de discernir planejamentos tributários tolerados e não tolerados, com arraigada aceitação de liberdades econômicas e juízes hábeis a reconhecer situações que, embora denotem escolhas menos tributadas do contribuinte, não se mostrem “abusivas”. Cláusulas com importante grau de abstração como as PPT, presentes nos acordos de bitributação, possivelmente seriam interpretadas com naturalidade de maneira menos restritiva por julgadores deste sistema jurídico, em comparação com juízes experientes em sistemas jurídicos altamente intolerantes ao planejamento tributário.

Embora a promoção do efeito e a interpretação harmônica dos acordos de dupla tributação sejam diretrizes na aplicação do direito tributário internacional, é possível supor que julgadores inseridos nesse segundo universo, ou mesmo em sistemas que não possuam relevante estabilidade no trato dessa matéria, podem ser mais suscetíveis a interpretações extremistas, capazes de negar qualquer efeito útil aos acordos de bitributação, tornando sem eficácia seus propósitos e objetivos.

Neste caso, o que se tem não é uma dentre diversas interpretações possíveis dos acordos para evitar a dupla tributação, mas uma interpretação inconsistente com as demais normas de direito internacional que devem orientar a atividade interpretativa do aplicador do direito.

Lembre-se, neste ponto, que a interpretação de tratados está sujeita a normas específicas que não se fazem presentes no ambiente doméstico (*i.e.*, as normas previstas pelo próprio acordo de bitributação e da CVDT), devendo o intérprete, independentemente do ambiente em que se desenvolve a atividade interpretativa, guardar *consistência*, a qual se concretiza mediante a interpretação dos enunciados normativos em questão de modo *coerente* com as demais normas presentes naquele ambiente específico, enquanto imperativos do sistema jurídico considerado e da segurança jurídica²⁵.

Nesse sentido, a experiência na aplicação da GAAR de direito interno pode ser benéfica quando da interpretação de cláusulas PPT se o intérprete se atentar para os distintos contextos e sistemas jurídicos em que cada categoria de normas se insere. Neste caso, caberá ao intérprete observar as diferenças de redação das normas em questão, os distintos contextos em que inseridas, as normas de inter-

²⁵ Sobre o tema, confira-se: ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 350; GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p. 285-294.

pretação aplicáveis e os objetivos e finalidades que permeiam cada um dos ambientes.

No caso do Brasil, teorias jurídicas quanto ao “abuso” no planejamento tributário têm sido edificadas de maneira frágil e reiteradamente dissociadas da decisão do legislador.

De um lado, em meio a parcela da administração fiscal, há instaurado elevado grau de intolerância, com a aplicação de procedimentos que se tornam definitivos em razão de receio do contribuinte à contestação, custos de defesa muitas vezes elevados e, ainda, pela cultura do “Refis”²⁶. Ao enfrentar esse cenário, os tribunais administrativos têm desenvolvido teorias do “abuso” no planejamento tributário.

Por outro lado, tais teorias não encontram eco nas reiteradas decisões do Poder Legislativo brasileiro, o qual compreende suficiente o combate à evasão fiscal, notadamente com vistas ao instituto da simulação. Exigências muitas vezes aleatórias, rotuladas de “propósito negocial”, vêm sendo repudiadas pelo Poder Judiciário, com a condenação do Poder Público sucumbente²⁷.

No caso brasileiro, portanto, a maciça experiência doméstica quanto à verificação dos propósitos tributários de uma operação pouco colaborará, o que exigirá cautela redobrada dos operadores do direito tributário internacional na aplicação de cláusulas PPT.

No entanto, vale a todos, inclusive ao Brasil, a necessidade de vigilância para que as peculiaridades e o contexto de cada acordo de bitributação sejam considerados, de forma a diferenciar a decisão adotada reciprocamente por dois (ou mais) Estados soberanos das normas adotadas internamente por estes.

Referências bibliográficas

- ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BAKER, Philip. *Double taxation conventions: a manual on the OECD Model Tax Convention on Income and on Capital*. London: Sweet & Maxwell, 2001.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 2.446/DF, Ministra Relatora: Cármen Lúcia. *JusBrasil* (julgamento pendente de conclusão).
- _____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação/Remessa Necessária n. 5009900-93.2017.4.04.7107/RS. Relator: Rômulo Pizzolatti, j. 10.12.2019, 2ª Turma.
- GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

²⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. O Refis e a desjudicialização do planejamento tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário* v. 232, 2015, p. 103-115.

²⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação/Remessa Necessária n. 5009900-93.2017.4.04.7107/RS. Relator: Rômulo Pizzolatti, j. 10.12.2019, 2ª Turma.

- JOCHUM, Heike; THIELE, J. Philipp. *Introduction to German Tax Law*. Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, 2018.
- JONES, John F. Avery. The 1992 OECD Model Treaty: Article 3 (2) of the OECD Model Convention and the commentary to it: treaty interpretation. *European Taxation*. Amsterdam: IBFD, Aug. 1993.
- KALLERGIS, Andréas. *La compétence fiscale*. Paris: Dalloz, 2018.
- LANG, Michael. *Introduction to the law of double taxation conventions*. Vienna: Linde, 2013.
- NETO, Luís Flávio. A tolerância e a intolerância ao *treaty shopping*: os casos Prévost, Indofood, Eagle I e Eagle II. *Revista de Direito Tributário Atual* v. 23, São Paulo: Dialética/IBDT, 2009.
- _____. *Direito tributário internacional: contextos para interpretação e aplicação dos acordos de bitributação*. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2018.
- _____. Normas de competência e o regramento brasileiro aplicável aos planejamentos tributários. In: SOUZA, Priscila de (org.). *50 anos do Código Tributário Nacional*. São Paulo: Noeses, 2016.
- _____. Planejamento tributário com *star companies*, residência fiscal de artistas e esportistas e acordos internacionais para evitar a dupla tributação. In: MORAES E CASTRO, Leonardo Freitas de (org.). *Tributação internacional: análise de casos*. São Paulo: MP, 2015. v. 2.
- _____. Segregação operacional e societária de fontes produtoras de rendimentos: “planejamento tributário” ou “evasão fiscal”? In: LÍVIO, Marcos; ROCHA, Sergio André; FARIA, Aline Cardoso de (org.). *Planejamento tributário sob a ótica do CARF: análise de casos concretos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- OECD. *Model tax convention on income and on capital: condensed version 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017.
- _____. *Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances*. Action 6 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Norma geral antielusão. *Direito Tributário Atual* v. 25, São Paulo: IBDT/Dialética, 2011.
- _____. Reinterpretando a norma antielusão do parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional. *Revista Dialética de Direito Tributário* v. 76, São Paulo: Dialética, 2002.
- PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *Cooperação fiscal internacional e troca de informações*. São Paulo: IBDT, 2020. (Série Doutrina Tributária, 31)
- ROSEMBUJ, Tulio. *Derecho fiscal internacional*. Barcelona: El Fisco, 2001.
- _____. Harmful tax competition. *Intertax* v. 27, n. 10. Netherlands: Kluwer Law International, 1999.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2017.

- _____. O Refis e a desjudicialização do planejamento tributário. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 232, 2015.
- _____. *Planejamento fiscal através de acordos de bitributação: treaty shopping*. São Paulo: RT, 1995.
- _____. Planejamento tributário: limites à norma antiabuso. *Direito Tributário Atual* v. 24, 2010.
- _____. Tax treaty override: a jurisdictional approach. *Intertax* v. 42, Netherlands: Kluwer Law International, 2014.
- VOGEL, Klaus. Double tax treaties and their interpretation. *International Tax and Business Lawyer* v. 4, n. 1, 1986.
- _____. *On double taxation conventions*. Netherlands: Kluwer Law, 1991.
- _____. *Klaus Vogel on double taxation conventions*. London: Kluwer, 1999.

Tributação de Ganhos de Capital nas Vendas Indiretas de Participações Societárias de Empresas Brasileiras por Não Residentes: Questão de Alocação de Direito de Tributar ou Esquema Artificial de Elisão Fiscal?*

Taxation of Capital Gains on Indirect Sales of Shares of Brazilian Companies by Non-Residents: The Allocation of Taxing Rights or Tax Avoidance Schemes?

Isabel Garcia Calich da Fonseca

LLM (2007) e PhD (2012), pela London School of Economics and Political Science (LSE).

Professora do Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e

Desenvolvimento do IBDT. Sócia do escritório Huck, Otranto, Camargo Advogados.

E-mail: isabel.calich@lhoc.com.br.

Resumo

Este manuscrito tem como objetivo analisar o alcance da legislação tributária brasileira sobre o ganho de capital auferido por não residente, na venda indireta de ações de sociedades brasileiras. A tributação de não residentes pressupõe a existência de elemento de conexão do ganho de capital com o território brasileiro, bem como a reserva do direito de tributar tal situação. Nesse contexto, questiona-se: é necessária uma mudança na legislação para garantir o direito de tributar a venda indireta de participação societária de empresa brasileira; ou a redação da legislação em vigor é suficiente, uma vez que o problema da venda indireta de ações decorre não da reserva do direito de tributar, mas de esquemas artificiais de elisão fiscal, sendo sempre necessária uma análise caso a caso?

Palavras-chave: ganhos de capital de não residentes, venda indireta de ações, alocação do direito de tributar, elisão fiscal, política fiscal de países em desenvolvimento.

Abstract

This manuscript aims to analyse the scope of Brazilian tax law on capital gains earned by non-residents on the indirect sale of shares of Brazilian companies. Non-resident taxation requires the existence of an element of connection of the capital gain with the Brazilian territory, as well as the reservation of the right to tax such situation. In this context one question is raised: is it necessary to change the Brazilian legislation in order to guarantee the right to tax indirect sale of shares in which the main underlying asset is a Brazilian

* O trabalho original em inglês foi publicado no *Bulletin for International Taxation* v. 74, n. 6, em 19 de maio de 2020, na Revista IBFD. O boletim está disponível *on-line* em: <http://www.ibfd.org>. Traduzido e reproduzido com permissão.

asset; or is the wording of current legislation sufficient, since the problem involving indirect sales of shares stems not from the allocation of the right to tax, but from tax avoidance schemes, and a case-by-case analysis is always necessary?

Keywords: capital gains of non-residents, indirect sale of shares, allocation of taxing rights, tax avoidance, developing countries' tax policy.

I. Introdução

O tema deste artigo – a tributação de ganhos de capital nas vendas indiretas de participações societárias de empresas brasileiras por não residentes – foi escolhido por se tratar de assunto atual, tendo em vista as inúmeras operações envolvendo fundos de investimento estrangeiros que exigem a aquisição do controle de empresa brasileira através de veículo no exterior. Este modelo fiscal, eficiente perante legislação estrangeira, deve ser avaliado com cuidado do ponto de vista da legislação brasileira e da jurisprudência administrativa.

A situação analisada por este artigo considera um acordo de compra e venda (“SPA”) entre duas empresas não residentes (empresa A – vendedora e empresa B – compradora), que consiste na aquisição de ações de controle da empresa C, subsidiária 100% da empresa A, também constituída no exterior, cujo maior ativo é formado por participação societária da empresa D, sociedade brasileira.

A análise realizada está focada nos precedentes brasileiros em relação à alienação indireta de ações e esquemas antielisão. Por sua vez, isso é seguido por uma consideração da experiência internacional em relação ao problema da alienação indireta de ações.

A análise permite verificar o escopo da legislação tributária brasileira sobre ganhos de capital auferidos por não residentes na venda indireta de ações de empresas brasileiras. A tributação de não residentes exige a existência de um elemento de conexão com relação ao ganho de capital com o território brasileiro, bem como a reserva do direito de tributar tal situação. Com relação à venda indireta de ações, a situação é mais complexa, porque o elemento de conexão, ou seja, o “ativo brasileiro”, está indiretamente associado ao não residente.

Nesse contexto, surge a questão: é necessário alterar a legislação brasileira para garantir o direito de tributar as operações de venda indireta de ações nas quais o principal ativo subjacente é um “ativo brasileiro”, ou a redação da legislação vigente é suficiente (pois o problema de venda indireta de ações não surge da alocação do direito de tributar, mas de esquemas de evasão fiscal)?

Ao responder a essa pergunta, na opinião da autora, a situação ideal no Brasil seria promulgar nova legislação que contenha uma disposição clara para tributação da venda indireta de ações por não residentes, juntamente com uma regra específica de prevenção contra a elisão fiscal. Tal situação surge, pois é necessário não apenas promulgar uma lei que conceda à fonte o direito de tributar nessas circunstâncias, mas também incluir uma regra para coibir esquemas artificiais de elisão fiscal.

Com relação à nova legislação, o desafio seria definir o que seria “ativo brasileiro”, ou seja, o elemento de conexão com o Estado da fonte que daria origem à tributação no País, bem como as exceções à sua aplicação. Enquanto a nova lei nacional não for promulgada, a venda indireta de ações só será tributada no Brasil se os contribuintes adotarem esquemas artificiais de elisão fiscal para evitar a tributação. Consequentemente, uma análise caso a caso é necessária.

II. Tributação de ganho de capital de não residentes no Brasil

O Brasil é um dos principais destinos de investimento externo direto (“IED”) no mundo¹, portanto, a tributação de ganhos de capital auferidos por não residentes em vendas de ações (diretas ou indiretas) é uma questão relevante para investidores estrangeiros.

Em termos de política tributária, não há coordenação entre a tributação de dividendos e ganhos de capital na política fiscal brasileira. Embora ambos sejam ganhos com substância econômica semelhante, os dividendos pagos por entidades brasileiras a investidores estrangeiros estão isentos², enquanto os ganhos de capital são tributados com alíquotas progressivas de 15% a 22,5%³, de imposto de renda retido na fonte, conforme discutido a seguir.

As regras gerais sobre tributação de ganhos de capital auferidos por não residentes estão estabelecidas nos arts. 741 e 745 do Regulamento de Imposto de Renda (RIR/2018), aprovado pelo Decreto n. 9.580 de 2018, que estabelecem: “Ficam sujeitos à incidência do imposto sobre a renda na fonte, a renda e os proventos de qualquer natureza provenientes de fontes situadas no País, quando percebidos pelas pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior” e “o ganho de capital auferido por residente ou domiciliado no exterior será apurado e tributado de acordo com as regras aplicáveis aos residentes no País, e ficará sujeito à incidência do imposto sobre a renda com a aplicação das alíquotas previstas no art. 153 [...]”.

De acordo com as regras mencionadas, o ganho de capital auferido por não residentes só poderia ser tributado no Brasil se tanto a fonte de produção (ou seja, o ativo vendido) quanto a fonte de pagamento (ou seja, o comprador) estivessem no Brasil. Assim, a legislação exigia elementos cumulativos de conexão para tributação de ganhos de capital auferidos por não residentes no Brasil. Na prática, isso significava que o ganho de capital auferido por não residentes decorrente de

¹ Em 2016, o Brasil estava na 6ª posição (US\$ 58 bilhões) em um *ranking* dos 20 maiores destinos de FDI, de acordo com dados da UNCTAD publicados no *World Investment Report 2018*, disponível em: www.unctad.org.

² Art. 10 da Lei n. 9.249/1995.

³ Art. 745 do RIR/2018. Todavia, os ganhos de capital auferidos por investidores estrangeiros na bolsa de valores são isentos, quando atendidas as condições estabelecidas na legislação (Lei n. 8.981/1995).

uma transação realizada com outro não residente não poderia ser tributada no Brasil, mesmo que o objeto da transação fosse um ativo (incluindo ações, por exemplo) localizado no País, uma vez que a fonte de pagamento não estava localizada aqui, embora a fonte de produção estivesse.

Entretanto, em 2003, a lei sobre tributação de ganhos de capital auferidos por não residentes foi alterada, e a nova lei⁴ estabeleceu: “O adquirente, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, ou o procurador, quando o adquirente for residente ou domiciliado no exterior, fica responsável pela retenção e recolhimento do imposto de renda incidente sobre o ganho de capital a que se refere o art. 18 da Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995⁵, auferido por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior que alienar bens localizados no Brasil”.

A alteração mais significativa introduzida pelo art. 26 da Lei n. 10.833/2003 refere-se à incidência de um imposto de renda retido na fonte no Brasil sobre os ganhos de capital auferidos por não residentes, mesmo que o comprador e o vendedor estejam localizados no exterior. Isso significa que as transações que ocorrem no exterior devem ser tributadas no Brasil se o objeto da transação for ativo localizado no País. Como consequência, a fonte de pagamento não é mais relevante como elemento de conexão para o Brasil ter o direito de tributar uma transação na qual ganhos de capital são auferidos por não residentes. Assim, atualmente o elemento exclusivo de conexão que sustenta o direito do Brasil de tributar ganhos de capital auferidos por não residentes é a fonte de produção, ou seja, o objeto da transação ser um ativo localizado no Brasil⁶.

A discussão na doutrina está focada em dois aspectos do art. 26 da Lei n. 10.833/2003: (i) se apenas um elemento de conexão (ou seja, a fonte de produção) é suficiente para justificar os direitos tributários do Brasil de cobrar um imposto

⁴ Art. 26 da Lei n. 10.833/2003.

⁵ O art. 18 da Lei n. 9.249/1995 estabelece que o ganho de capital de não residente será tributado no Brasil, de acordo com as regras que forem aplicadas aos residentes no País. Neste contexto, o art. 128 do RIR/2018 determina que, na apuração do ganho de capital, serão consideradas as operações que importem a alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou a cessão ou a promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como: compra e venda; permuta; adjudicação; desapropriação; dação em pagamento; doação; procuração em causa própria; promessa de compra e venda; cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos; e contratos afins. Assim, ganhos de capital podem surgir em qualquer transação que tenha as características descritas. Quanto à definição de ganho de capital, o art. 148 do RIR/2018 estabelece que o ganho de capital será determinado pela diferença positiva entre o valor de alienação e o custo de aquisição, apurados nos termos estabelecidos no art. 134 ao art. 147. Em relação à alíquota incidente sobre ganhos de capital, o art. 745 do RIR/2018 faz referência ao art. 153 do mesmo dispositivo, para determinação das alíquotas, que variam de 15% a 22,5%, a depender do valor do ganho de capital. No entanto, nos casos em que o beneficiário é residente em país com tributação favorecida, a alíquota aplicada é de 25% (parágrafo 4º, art. 745, do RIR/2018).

⁶ XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 440-441.

retido na fonte sobre ganhos de capital auferidos por não residentes; e (ii) se a responsabilidade fiscal pela cobrança do imposto pode ser atribuída ao procurador do comprador estrangeiro, que não está diretamente ligado ao fato gerador do imposto⁷.

Em relação ao primeiro aspecto, João Francisco Bianco entende que não há restrição para a incidência de imposto de renda na fonte sobre a renda externa de não residentes (ausência de fonte de pagamento no País) se houver um elemento de conexão que justifique a tributação no Brasil. Para sustentar esse argumento, o autor analisa o § 1º do art. 43 do Código Tributário Nacional (após alteração pela Lei Complementar n. 104/2001), que permite a tributação da renda externa mesmo que a fonte de pagamento não esteja localizada no País, referindo-se ao aspecto material do princípio da territorialidade. De acordo com o aspecto material do princípio da territorialidade, a legislação tributária de uma jurisdição pode alcançar transações realizadas no exterior se houver um elemento de conexão suficiente que justifique sua aplicação⁸. Portanto, seguindo essa linha de raciocínio, o Brasil poderia tributar os ganhos de capital de não residentes, uma vez que a fonte de produção (ou seja, ativo localizado no Brasil) representa um elemento de conexão suficiente para justificar a tributação no País.

Especificamente com relação à territorialidade material, Ramon Tomazela Santos enfatiza que a exigência de localização do bem no território nacional não é mero capricho do legislador brasileiro, que pode ser suprido ou desconsiderado na interpretação do art. 26 da Lei n. 10.833/2003. Ao contrário, o exercício do poder de tributar pelo Estado brasileiro exige relação entre o fato econômico e sua jurisdição⁹.

Em relação ao segundo aspecto, além da discussão sobre a legalidade do dispositivo (ou seja, se o art. 26 da Lei n. 10.833/2003 respeita o art. 128 do Código Tributário Nacional, considerando os limites para atribuição de obrigação tri-

⁷ MARTINS, Natanael; e MENDEZ, Juan Manuel Calonge. A tributação do ganho de capital auferido por não residente em operação com outro não residente tendo por objeto alienação de bem situado no Brasil infringe as disposições legais referentes ao imposto de renda brasileiro? *Revista de Direito Tributário Internacional* n. 7. Coord. de Clovis Panzarini et al. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 113-127; BOLAN, Ricardo Ferreira; e VIDIGAL, Carolina dos Santos. Tributação do ganho de capital auferido por não residente na alienação de participação societária. *Revista de Direito Tributário Internacional* n. 6. Coord. de Clovis Panzarini et al. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 101-126; ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação internacional sem sujeito passivo: uma nova modalidade do imposto de renda sobre ganhos de capital? In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2006. v. 13. p. 106-161.

⁸ BIANCO, João Francisco. O Imposto de Renda e a Nova Redação do art. 43 do CTN. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2001. v. 5. p. 197-211.

⁹ SANTOS, Ramon Tomazela. O ganho de capital auferido por não residente – a alienação indireta de participação societária e a alienação de *American depositary receipts* – análise do artigo 26 da Lei n. 10.833/2003. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 235. São Paulo: Dialética, 2015. p. 131.

butária a uma terceira pessoa diferente do contribuinte), com o qual a opinião dominante da doutrina nacional concorda, o aspecto prático da disposição também é preocupante. Ana Cláudia Utumi enfatiza que, para calcular o ganho de capital, o procurador do comprador precisa ser informado pelo vendedor do custo do ativo. Além disso, se o comprador estrangeiro não transferir os fundos para o Brasil, o procurador do comprador não conseguirá recolher o imposto de renda retido na fonte¹⁰. Consequentemente, o exercício desse direito de tributar é substancialmente difícil de ser implementado na prática.

De acordo com os dispositivos legais analisados, torna-se evidente que no Brasil deve ser tributado ganho de capital de não residentes, mesmo que a fonte de pagamento não esteja localizada no País, bastando apenas a localização no país da fonte de produção.

No caso de venda indireta de participação societária, o ativo direto, objeto do contrato de venda e compra entre duas empresas não residentes (empresa A – vendedora e empresa B – compradora), seriam ações de controle da empresa C, subsidiária 100% da empresa A, também constituída no exterior, cujo maior ativo é formado por participação societária da empresa D, sociedade brasileira. Note-se que tal situação não seria alcançada pelo art. 26 da Lei n. 10.833/2003, pelo simples fato de o ativo direto, objeto de negociação, serem ações de sociedade no exterior, localizada fisicamente fora do território brasileiro, não obstante o ativo subjacente serem ações de sociedade brasileira.

Na conjuntura atual, a aplicação do art. 26 da Lei n. 10.833/2003 só seria possível se houvesse desconsideração da personalidade jurídica do alienante no exterior, hipótese não admitida no ordenamento jurídico brasileiro, com exceção dos esquemas artificiais de elisão fiscal, como tratado a seguir¹¹.

III. Jurisprudência brasileira sobre alienação indireta de participações societárias e esquemas artificiais de elisão fiscal

Como a legislação brasileira não prevê a tributação de ganhos de capital decorrentes da venda indireta de participações societárias no Brasil por não residentes, via de regra, estas operações não deveriam ser tributadas aqui, pois não haveria elemento de conexão com o País. Entretanto, analisando-se as decisões administrativas identificadas sobre este tema, verifica-se que certas operações de venda indireta de ações foram objeto de autuação pelo fisco brasileiro, sob a justificativa de se tratar de estruturas artificiais.

Especificamente sobre alienação indireta de participação societária, foram identificadas quatro decisões no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

¹⁰ UTUMI, Ana Cláudia Akie. A tributação por Imposto de Renda dos ganhos de capital auferidos por não-residente. *Revista de Direito Tributário* n. 96. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 239-252.

¹¹ SANTOS, Ramon Tomazela. Op. cit., p. 139.

(“CARF”) que corroboram o entendimento de que só haveria tributação no Brasil se houvesse simulação na estrutura societária utilizada.

A primeira decisão administrativa identificada, o Acórdão n. 12-16114, proferido pela 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro, em 20 de setembro de 2007, no Processo Administrativo n. 19515.003180/2005-22, manteve autuação fiscal sob alegação de haver simulação na alienação de ações de empresa brasileira por empresa estrangeira. A ementa do caso dispõe:

“Ementa: IRRF. Ganho de capital. Alienação indireta de bem situado no Brasil por empresa estrangeira. A alienação de quotas de empresa estrangeira por sua controladora, também do exterior, a empresa nacional, enseja a apuração de ganho de capital, se o patrimônio da primeira formado por bem situado no Brasil, tendo em vista que a situação de fato é a alienação de bem situado no País por empresa estrangeira a empresa brasileira. Multa agravada. Simulação. Falta de comprovação da existência das empresas estrangeiras. Permanece a imputação de simulação em virtude da falta de provas da alegação da existência das empresas no exterior. Ano-calendário: 01/01/2000 a 31/12/2000”.

Note-se que o Acórdão n. 12-16114 diz respeito a período anterior à Lei n. 10.833/2003, e o adquirente era empresa brasileira, isto é, não se tratava de operação entre não residentes no Brasil. Além disso, a justificativa da autuação foi tratar-se de operação simulada por não ter sido comprovada a existência das partes estrangeiras.

No CARF, em recurso voluntário, o acórdão supramencionado foi reformado pelo Acórdão n. 2202-00.346, pois, apesar de ter sido comprovada nos autos a operação simulada correspondente à alienação de bens pertencentes a pessoas físicas por intermédio de pessoa jurídica não residente, na época (*i.e.*, no ano 2000, período anterior à Lei n. 10.833), o sujeito passivo do imposto devido a título de ganho de capital seria o alienante, e não o contribuinte que foi adquirente das quotas de capital. Caso essa autuação tivesse ocorrido após a edição da Lei n. 10.833, haveria fundamento legal para exigência do IRRF sobre o ganho de capital do adquirente da participação societária.

Outro caso é o Acórdão n. 2201-002.666, proferido pela 2ª Câmara/1ª Turma Ordinária do CARF, em sessão de 10 de fevereiro de 2015, no qual se analisou a venda indireta de quotas da Esso Brasileira de Petróleo Ltda. por duas *holdings* holandesas (ExxonMobil International Holding B.V. e ExxonMobil Brazil Holding B.V.) para uma empresa brasileira, a Cosan S.A. Indústria e Comércio. O principal aspecto discutido no acórdão foi a identificação do objeto do negócio firmado entre os grupos ExxonMobil e Cosan, ou seja, se o contrato de compra e venda se referia à aquisição das quotas da Esso ou à participação societária nas *holdings* holandesas. Nesse sentido, na análise fática tanto do contrato de compra e venda quanto dos documentos societários das *holdings* holandesas, verificou-se que o objeto da negociação era empresa brasileira, e que as *holdings* holandesas

havia tido um curto prazo de existência: criadas alguns meses antes do negócio e extintas após a transferência da participação societária.

Outro aspecto relevante no Acórdão n. 2201-002.666 diz respeito ao cálculo de apuração do ganho de capital, pois a autuada, a Cosan Lubrificantes e Especialidades S.A., arguiu que haveria equívoco no valor utilizado como custo de aquisição, pois o valor registrado como capital no contrato social da Esso Brasileira de Petróleo Ltda., o qual equivalia ao valor de investimento registrado no Banco Central do Brasil – BACEN, não refletia o total dos valores investidos, pois teriam sido efetuados reinvestimentos com lucros apurados pela sociedade no período pré-alienação. Contudo, baseado no contrato de venda e compra de participação societária, que não permitia o pagamento de lucro às vendedoras durante o período de realização do negócio, concluiu-se não ser possível apurar o valor reinvestido. Além disso, foi considerado líquido o preço pago na operação, sendo reajustada (*Gross up*) a base de cálculo do IRRF devido, pois o contrato de compra e venda atribuiu ao Grupo Cosan a responsabilidade do ônus financeiro pelo IRRF.

A última decisão identificada sobre venda indireta de participação societária é o Acórdão n. 1401-002.650, da 4ª Câmara, 1ª Turma Ordinária do CARF, proferido em sessão de 12 de junho de 2018, na qual a Fazenda Nacional recorreu de decisão da DRJ que reconheceu inexistência de vícios no negócio jurídico praticado e de abuso no planejamento tributário, devendo o fisco respeitar as formas e institutos do Direito Privado adotados pelo contribuinte, em operação de venda e compra de participação societária de empresas brasileiras, alienadas por não residentes após reorganização societária.

Em breve síntese, o Recurso de Ofício da Fazenda Nacional no caso da Elektro Eletricidades e Serviços S.A. visou reformar decisão de primeira instância, para manutenção de auto de infração no qual se exigia que a alienação de participação societária de empresa brasileira fosse realizada por sociedades brasileiras, detentoras de participação societária em uma terceira empresa brasileira, pré-processo de reorganização patrimonial, no qual se transferiu o controle das sociedades brasileiras para sociedade estrangeira, residente na Holanda. No contexto da reorganização, a sociedade adquirente, brasileira e pertencente ao grupo espanhol Iberdola, reteve e recolheu o IRRF devido pela alienante holandesa (que havia adquirido o controle de sociedade brasileira – objeto da venda – de controladoras brasileiras), nos termos do art. 26 da Lei n. 10.833/2003.

O Acórdão n. 1401-002.650 negou por unanimidade de votos provimento ao Recurso de Ofício, baseado no fato de que a desqualificação de planejamento em que há auto-organização societária procede se o motivo não for predominantemente fiscal, ainda que determinado negócio jurídico vise a redução da carga tributária, conquanto se apoie em razões de ordem empresarial, destituídas de abuso de direito. Assim, foi aceita a reorganização societária pré-alienação de empresas brasileiras, em que a figura do alienante foi alterada, *i.e.*, passou de

pessoa jurídica residente no Brasil para pessoa jurídica residente no exterior. Houve, portanto, redução da carga fiscal da operação (de 34% para 15%-22,5%), mas esta provou estar apoiada em justificativa empresarial.

As análises das decisões administrativas sobre venda indireta de participação societária de empresas brasileiras demonstram que foi necessário apurar as características das operações societárias para verificar se houve simulação nas operações, uma vez que a legislação brasileira reserva para o Brasil o direito de tributar apenas alienação direta de participação societária de empresa brasileira.

Além disso, nas decisões analisadas, o adquirente de participação societária era um residente no País, o que facilitou a cobrança do IRRF quando houve a interposição artificial de sociedades estrangeiras pelo vendedor. O art. 26 da Lei n. 10.833/2003 prevê ainda a situação em que o adquirente seja não residente, de forma que seu procurador seria responsável pela retenção do IRRF. Não se verificaram decisões em que tenha ocorrido tal situação, que dificultaria a autuação fiscal na hipótese de não ser identificado procurador no Brasil.

IV. Sugestões da comunidade internacional para o problema da alienação indireta de participação societária

Em uma iniciativa conjunta do Fundo Monetário Internacional (FMI), a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a Organização das Nações Unidas (ONU) e o Grupo do Banco Mundial, a pedido do G20, criou-se a “Plataforma de Colaboração sobre Tributação”, na qual foi desenvolvida uma série de relatórios, *i.e.*, “*kits* de ferramentas”, para ajudar a orientar os países em desenvolvimento. Uma das questões identificadas pelos próprios países em desenvolvimento foi a tributação das transferências indiretas de ativos no exterior¹².

O relatório descreve dois modelos principais para a tributação das alienações indiretas de participações societárias pelo país no qual o ativo subjacente está localizado. Um desses métodos (Modelo 1) trata a transferência como uma alienação presumida do ativo subjacente. Isto é, o Modelo 1 (tributação presumida de venda direta por um residente) visa tributar a entidade local que detém diretamente o ativo em questão, tratando essa entidade como alienando e readquirindo seus ativos pelo seu valor de mercado quando há uma mudança de controle (por exemplo, no aporte de ações de uma entidade local em outra entidade *offshore*). O outro (Modelo 2) trata a transferência como sendo feita pelo vendedor real, *offshore*, mas o ganho de capital dessa transferência é tratado como se tivesse ocorrido dentro do país de localização do ativo subjacente, permitindo sua tributação pelo Estado da fonte¹³.

¹² IMF, OECD, UN, WBG. The Platform for Collaboration on Tax. Draft Version 2: The Taxation of Offshore Indirect Transfers – a Toolkit, 2017. p. 42.

¹³ Ibidem.

O Modelo 1 descrito acima se assemelha a dispositivo da legislação brasileira aplicável à integralização de quotas de fundos ou clubes de investimentos por meio da entrega de títulos ou valores mobiliários. A esse respeito, o Ato Declaratório Interpretativo n. 7, de 2007, exige que a integralização seja realizada a valor de mercado. Caso houvesse regra similar para a integralização de capital de sociedade no exterior com participação societária de empresa brasileira, seria exigida a realização do ganho de capital nessas operações em momento em que ainda há elemento de conexão com a jurisdição brasileira, permanecendo no Brasil o direito de tributar eventual ganho de capital, que só ocorreria na etapa subsequente da operação, *i.e.*, na venda indireta de participação societária para terceiro.

Tal dispositivo, todavia, poderia dificultar a entrada de capital estrangeiro no Brasil, pois na maioria das vezes os fundos de investimento estrangeiros que pretendem investir na economia local exigem que o aporte de recursos seja realizado em veículo no exterior, e se houver a necessidade de que a integralização das quotas e/ou ações de sociedade brasileira seja feita a valor de mercado, a operação será ineficiente do ponto de vista fiscal, pois o ganho de capital se realizará antes da alienação, isto é, no aporte.

O legislador, portanto, deve ter cautela na hipótese de prever qualquer dispositivo legal que vise resguardar o direito do Brasil de tributar a venda indireta de participações societárias, pois isso poderá afetar o fluxo de investimento externo direto no País. Assim, apesar de a situação atual exigir a análise casuística para verificar hipóteses de simulação na venda indireta de participação societária, caso haja modificação na legislação brasileira, esta deve ser cuidadosamente desenvolvida, de forma a prever, por exemplo, que nem todos os casos de aporte tenham que ser realizados a valor de mercado, a depender da mudança do controle no curto prazo.

Por outro lado, para residentes no Brasil que aportam suas participações societárias de empresas brasileiras em veículos no exterior, do ponto de vista de eficiência fiscal, a estrutura é questionável, pois o ganho de capital na pessoa física no Brasil é tributado às alíquotas de 15% a 22,5%, enquanto que a alienação por empresa no exterior, apesar da venda indireta realizada por pessoa jurídica residente em país com tributação favorecida não sofrer tributação no momento da alienação, o ganho corresponde a lucro da pessoa jurídica no exterior, e, na sua distribuição ao acionista brasileiro, haverá a incidência de 27,5% a título de rendimentos do exterior.

Já no Modelo 2, o não residente vendedor seria tributado no país de localização do ativo subjacente. Para implementação deste modelo, é necessária a previsão de regra de fonte de renda (*source of income rule*) que tribute o não residente. Essa regra de fonte de renda deve prever que um ganho de capital é obtido no país da fonte quando o valor do interesse alienado é derivado, direta ou indiretamente, de bens imóveis localizados naquele país. Uma regra de origem relaciona-

da a ganhos provenientes da alienação de outros ativos também pode ser considerada, incluindo participações substanciais em empresas residentes. A regra de fonte de renda pode estar vinculada à regra de ativo tributável, que pode limitar, por exemplo, a aplicação da regra de fonte da renda para alienações de participações substanciais (participação societárias acima de 10%) para excluir de seu escopo investimentos em portfólio¹⁴.

O art. 26 da Lei n. 10.833/2003 determina a tributação de não residente na alienação de ativos localizados no Brasil. Tal redação limita a aplicação do dispositivo às alienações feitas por não residentes de ativos fisicamente localizados no Brasil. Fundamentado no aspecto material do princípio da territorialidade, deve haver um elemento de conexão suficiente para tributar o não residente. Todavia, a redação atual limita o elemento de conexão a ativo localizado fisicamente no Brasil.

Para seguir o Modelo 2, a legislação brasileira precisaria ser alterada, de forma a ampliar o elemento de conexão, hoje limitado a ativo localizado no Brasil, para, por exemplo, ativo brasileiro¹⁵. Em tal contexto, seria necessário a legislação definir também o que seria ativo brasileiro e, seguindo essa linha de raciocínio, incluir participações societárias de empresas no exterior, cujo valor derive de ativos localizados no País.

Em outras palavras, a definição de ativo brasileiro expressaria o princípio da fonte de produção da renda, que atribuiria o direito ao Estado brasileiro de tributar tal situação¹⁶. Sobre a definição de fonte de renda, Klaus Vogel ensina que não se trata de um conceito *a priori*, mas que tem que ser definido no contexto das regras legais que regem um determinado problema, seguindo os mesmos critérios que levam ou levaram ao estabelecimento dessa regra¹⁷.

No contexto brasileiro, considerando os contornos da legislação vigente, *i.e.*, as limitações do art. 26 da Lei n. 10.833/2003, as alienações indiretas de partici-

¹⁴ IMF, OECD, UN, WBG. The Platform for Collaboration on Tax. Draft Version 2: The Taxation of Offshore Indirect Transfers – a Toolkit, 2017. p. 42.

¹⁵ Sobre a evolução do princípio da territorialidade, Luís Eduardo Schoueri esclarece: “Ao mesmo tempo, alerta-se para o fato de que embora mantida a expressão ‘territorialidade’, o referido princípio perdeu sua ligação com o território, passando a ser entendido como a exigência de uma conexão com o Estado tributante” (SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios do Direito Tributário Internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto (coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 337).

¹⁶ A respeito da relação entre o princípio da fonte e o da territorialidade, Luís Eduardo Schoueri explica: “Não se confunde o princípio da fonte com o da territorialidade. Mas estão numa relação de conteúdo (fonte) e continente (territorialidade), já que o princípio da fonte atende à territorialidade mas não a esgota” (SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. cit., p. 342).

¹⁷ VOGEL, Klaus. World-wide *vs.* source taxation of income – a review and reevaluation of arguments. In: MCLURE, Charles E.; MUSGRAVE, Peggy; MUSGRAVE, Richard; SINN, Hans-Werner; VOGEL, Klaus (eds.). *Influence of tax differentials on international competitiveness*. Deventer: Kluwer, 1990. p. 117-167.

pações societárias brasileiras são tributadas no Brasil apenas quando se comprova tratar-se de estruturas artificiais de elisão fiscal. Na situação atual, portanto, o ganho de capital nas alienações indiretas de participação societária por não residentes não é tributado como uma questão de princípio com base em um direito substantivo de tributar no país da fonte.

Além disso, a informação sobre a mudança do controlador não era disponibilizada até recentemente nem à Receita Federal do Brasil, nem ao Banco Central do Brasil. Este último possuía registro apenas do controlador direto da estrutura, ou seja, do veículo no exterior que detinha a participação societária na empresa brasileira. Todavia, com a mudança na legislação doméstica e a necessidade de informar à d. autoridade fiscal a identidade do beneficiário efetivo de ativos detidos no Brasil, a Receita Federal deverá ser informada quando houver a venda indireta de participação societária de empresa brasileira, pois haverá alteração do beneficiário final¹⁸.

Isto significa, na conjuntura atual, em que a legislação brasileira não prevê a tributação de venda indireta de participação societária de empresa brasileira, que haverá aumento da fiscalização e controle de tais operações, pois a d. autoridade fiscal será informada da operação e terá que analisar caso a caso para verificar se se trata de estrutura artificial.

V. A experiência dos países em relação à tributação da venda indireta de ações

Não é apenas o Brasil que se preocupa com a tributação sobre ganho de capital no contexto da venda indireta de ações. Outros países introduziram nova legislação para tributar a venda de *holdings* estrangeiras com participações acionárias em empresas locais.

Nesse sentido, Laura Kurth Marques Carvalho avaliou a política tributária da Austrália, Chile, China e Índia em relação à transferência indireta de ações. Ela destacou as diferenças entre essas políticas, as quais são muito úteis quando se pensa em como desenvolver uma política tributária brasileira para tributar a venda indireta de ações. A principal diferença entre as abordagens de cada país diz respeito a se o dispositivo legal é estruturado como uma norma antielisão ou como uma regulamentação objetiva para tributar a alienação indireta de ações, com uma definição clara de seu escopo e isenções para sua aplicação. Por exemplo, a abordagem da China é estruturada como um dispositivo antielisão, exigindo, assim, a avaliação das autoridades fiscais para determinar se uma transferência indireta é tributável de acordo com a lei chinesa. Por outro lado, a Austrália e a Índia adotaram abordagens objetivas, estabelecendo limites claros e parâmetros específicos para a tributação da venda indireta de ações, o que proporciona

¹⁸ Instrução Normativa RFB n. 1.863, de 27 de dezembro de 2018.

maior segurança aos contribuintes. O Chile adotou uma abordagem diferente, combinando as duas estratégias, ou seja, parâmetros objetivos para determinar se uma transferência indireta de ações é tributável no Chile, complementados por uma norma antielisão para garantir que as vendas indiretas com características de simulação também sejam capturadas¹⁹.

A mesma autora também destacou o fato de que alguns países desenvolvidos, como Estados Unidos e Noruega, optaram por não promulgar legislação de venda indireta de ações. No entanto, considerando as características do Brasil (um país em desenvolvimento e rico em recursos naturais), Marques Carvalho conclui que essa legislação seria útil, pois geraria mais certeza aos contribuintes, argumento com o qual a autora deste artigo concorda²⁰.

O verdadeiro desafio é como elaborar essa legislação para minimizar o risco de dupla tributação ou mesmo as dificuldades de cobrança de impostos. A definição de “ativo brasileiro” seria uma questão fundamental, além das exceções à sua aplicação. Esta situação implica: (i) se o conceito envolveria apenas bens imóveis ou móveis; (ii) qual seria o percentual da *holding* vendida e o percentual de sua participação na empresa brasileira que daria origem à tributação no Brasil; (iii) quais seriam as exceções à sua aplicação, ou seja, em relação a reorganizações intragrupo (sem mudança de controle) e investimentos em carteira; e (iv) se um dispositivo específico antielisão seria necessário (por exemplo, transações realizadas em jurisdições com menor carga tributária do que o Brasil seriam tributáveis, ou mesmo transações realizadas em jurisdições de baixa tributação ou com regimes tributários preferenciais listados²¹ pelas autoridades fiscais brasileiras seriam sempre tributáveis).

VI. Conclusões

O Brasil é um dos principais destinos de IED, mas sua legislação não reserva o direito de tributar ganhos de capital de não residentes na venda indireta de ações. Como a aplicação do art. 26 da Lei n. 10.833/2003 se limita aos casos de alienação de ativos localizados no Brasil, nos casos de alienação indireta de ações brasileiras, cada caso requer uma análise individual para verificar se existe um propósito negocial na estrutura adotada por contribuintes não residentes. Dada a recente mudança na lei tributária brasileira, que exige o relato às autoridades fiscais do beneficiário efetivo de ativos mantidos no Brasil, as autoridades fiscais estarão cientes da venda indireta de ações de uma empresa brasileira.

¹⁹ CARVALHO, Laura Kurth Marques. Taxation of offshore indirect transfers in Brazil in need of reform. *Bulletin for International Taxation* v. 74, n. 3, sec. 4. (2020), Journal Articles & Papers IBFD.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Instrução Normativa RFB n. 1.037/2010.

Tendo em vista as questões levantadas no início deste artigo, quais sejam: é necessário alterar a legislação brasileira para garantir o direito de tributar a venda indireta de transações com ações, ou a redação atual da legislação é suficiente (como o problema da venda indireta de ações deriva não da alocação do direito tributário, mas de esquemas de elisão fiscal)? Após a análise realizada, conclui-se que a situação ideal seria a promulgação de uma nova legislação que previsse um dispositivo claro para a tributação da venda indireta de ações por não residentes. No entanto, como demonstra a experiência internacional, a alocação de direitos tributários pode não ser suficiente, pois, em muitas ocasiões, esse tipo de transação está associado a estruturas artificiais.

Assim, no que diz respeito ao Brasil, seria necessário promulgar uma legislação não apenas com uma alocação objetiva de direitos tributários para tributar a venda indireta de ações, mas também com um dispositivo específico antielisão. Para lidar com a alienação indireta de ações no Brasil, é necessário abordar a questão de dois ângulos: (i) a alocação de direitos tributários ao país da fonte; e (ii) uma regra específica antielisão. Segundo essa nova legislação, o desafio seria definir o conceito de “ativos brasileiros”, ou seja, o elemento de conexão que daria origem à tributação no País, bem como as exceções à sua aplicação. Enquanto uma nova lei não for promulgada, a venda indireta de ações somente será tributada no Brasil quando os contribuintes adotarem esquemas artificiais de elisão fiscal para implementá-la, exigindo, portanto, uma análise caso a caso.

O Procedimento Amigável (*Mutual Agreement Procedure*) no Brasil: Entre os Tratados, os *Standards* da OCDE e a Legislação Interna

The Mutual Agreement Procedure in Brazil: between Tax Treaties, OECD Standards and Internal Law

Paulo Ayres Barreto

Professor Associado de Direito Tributário da Universidade de São Paulo. Advogado.

Paulo Arthur Cavalcante Koury

Doutorando e mestre em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo.

LLM pela Cambridge University – Reino Unido. Advogado.

Resumo

O presente artigo visa a examinar o contexto normativo brasileiro relativamente ao procedimento amigável (*Mutual Agreement Procedure* – MAP), à luz das atuais recomendações da OCDE. O artigo inicia com o exame histórico do procedimento amigável no contexto da convenção modelo da OCDE e orientações posteriores. Em seguida, examinam-se os tratados brasileiros e suas disposições a respeito do MAP. Por fim, o artigo analisa a regulamentação do MAP no Brasil, empreendida pela Instrução Normativa RFB 1.846/2018. Especial atenção é dispensada para a interação entre o MAP e decisões administrativas e judiciais no Brasil, bem como ao MAP genérico, que não foi coberto pela regulamentação brasileira.

Palavras-chave: procedimento amigável, MAP, Brasil, OCDE.

Abstract

This article aims at examining the Brazilian normative context concerning the Mutual Agreement Procedure (MAP), in light of current OECD recommendations. The article begins with the historical examination of the mutual agreement procedure in the context of the OECD model tax convention and subsequent OECD guidance. Then, the article examines Brazilian double taxation agreements and their provisions regarding MAP. Finally, the article analyses the regulation of MAP in Brazil via Normative Instruction RFB 1.846/2018. Special attention is given to the interaction between MAP and administrative and judicial decisions in Brazil and the generic MAP procedure, which is not covered by the regulation.

Keywords: Mutual Agreement Procedure, MAP, Brazil, OECD.

Introdução

Desde a exposição midiática de planejamentos tributários internacionais por parte de grandes empresas, que deu origem à “febre” do Direito Tributário Inter-

nacional a que alude Brauner¹, passou a ser discutida e adotada, em todo o mundo, uma série de medidas para mitigar os efeitos indesejados desses arranjos. Nesse contexto, assume especial relevo o Projeto BEPS², promovido pela OCDE com o apoio do G20, cujas principais conclusões ainda estão em discussão e revisão, no âmbito da própria OCDE³⁻⁴.

À medida que diversos países “apertam o cerco” contra o planejamento tributário internacional, por meio de medidas unilaterais ou mesmo multilaterais, justifica-se a preocupação com casos de dupla tributação. Nesse caso, assumem grande importância os chamados mecanismos de resolução de conflitos internacionais em matéria tributária.

A título de exemplo, na União Europeia, existe, desde 1990, a Convenção de Arbitragem, que trata apenas de questões envolvendo preços de transferência, por meio de procedimento amigável e arbitragem internacional⁵. Em 2017, ela foi complementada pela Diretiva sobre Mecanismos de Resolução de Disputas Tributárias⁶, cujo escopo é mais amplo, englobando quaisquer disputas sobre interpretação e a aplicação de acordos e convenções sobre a eliminação de dupla tributação. Na União Europeia, justificam-se esses diplomas normativos com abrangência relativamente ampla por conta do objetivo da construção de um mercado interno comum, com eliminação de barreiras à circulação de pessoas, capital, mercadorias e serviços⁷. Com efeito, a dupla tributação consubstancia barreira para a consecução do mercado interno unificado almejado pela União Europeia.

Naturalmente, a dupla tributação decorrente de medidas para evitar a elisão fiscal internacional também se verifica entre países que não compõem a União Europeia ou outro bloco econômico com algum nível de integração. Nessa hipótese, as possibilidades disponíveis para a resolução de controvérsias a respeito de casos específicos de dupla tributação são significativamente mais restritas. Dentre os principais instrumentos, nesse contexto, está o Procedimento Amigável (*Mutual Agreement Procedure* – MAP), previsto no art. 25 da Convenção Modelo da OCDE sobre a Tributação da Renda e Capital⁸, bem como no art. 25 da Conven-

¹ BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida Tax Review*, v. 16, n. 2, Gainesville, Universidade da Florida, 2014, p. 57-58.

² Cf. OECD. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD Publishing, 2013.

³ Cf. OECD. *Public consultation document: Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One*. Paris: OECD Publishing, 2019.

⁴ Cf. OECD. *Public consultation document: Global Anti-Base Erosion Proposal (“GloBE”) – Pillar Two*. Paris: OECD Publishing, 2019.

⁵ EU. Arbitration Convention 90/436/EEC.

⁶ EU. Council Directive 2017/1852 on Tax Dispute Resolution Mechanisms.

⁷ Cf. EU. Preâmbulo do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

⁸ OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Paris: OECD Publishing, 2017.

ção Modelo das Nações Unidas sobre a Dupla Tributação entre Países Desenvolvidos e em Desenvolvimento⁹.

Considerando-se que os tratados bilaterais contra a dupla tributação firmados pelo Brasil seguem, em largas linhas, o modelo da OCDE, bem como que o País solicitou formalmente o ingresso a essa instituição, este artigo focará neste modelo. O seu objetivo consiste em examinar o contexto normativo brasileiro em relação ao procedimento amigável, à luz das atuais recomendações da OCDE. Para tanto, inicia-se com a análise da evolução histórica do procedimento amigável na Convenção Modelo da OCDE, para, em seguida, examinar tratados contra a dupla tributação firmados pelo Brasil e as respectivas previsões acerca do tema. Por fim, será analisada a regulamentação do procedimento amigável por meio da Instrução Normativa RFB n. 1.846/2018. Especial atenção será conferida à interação do procedimento amigável com processos administrativos e judiciais em matéria tributária no Brasil, bem como ao chamado procedimento amigável genérico, que não é objeto da referida regulamentação.

1. Evolução do procedimento amigável na Convenção Modelo da OCDE

O procedimento amigável está previsto na Convenção Modelo da OCDE desde o Projeto de 1963¹⁰. No art. 25 daquele projeto, havia a previsão do procedimento amigável relativamente a hipóteses em que o contribuinte entendesse que a tributação se dera em desacordo com a convenção. Nesse caso, ele poderia apresentar uma reclamação à autoridade tributária competente do país em que fosse residente (§ 1º). A autoridade, então, poderia modificar a sua posição se entendesse justificada a argumentação do contribuinte. Caso contrário, considerando-se que o potencial conflito com a convenção representa uma dualidade de visões das duas autoridades tributárias sobre a aplicação da convenção, possivelmente resultando em dupla tributação, iniciar-se-ia o procedimento amigável, por meio do qual as autoridades tributárias dos dois países envidariam esforços para resolver a questão (§ 2º). Não se trata de obrigação de chegar a um acordo, mas apenas de envidar esforços para tanto.

Desde essa versão da Convenção Modelo, já existia a previsão do procedimento amigável genérico. Conforme o § 3º do art. 25, as autoridades tributárias também poderiam consultar-se mutuamente para a eliminação de casos de dupla tributação não previstos pela convenção. Esse dispositivo permite que o procedimento amigável abranja tributos não previstos na convenção contra a dupla tributação (no Brasil, normalmente restrita ao Imposto sobre a Renda e à Contribuição

⁹ UN. *United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*. New York: United Nations, 2017.

¹⁰ OECD. *Draft Double Taxation Convention on Income and Capital*. Paris: OECD Publishing, 1963.

Social sobre o Lucro Líquido), bem como situações não previstas na convenção, como uma série de situações envolvendo mais de dois países¹¹.

Na Convenção Modelo de 1977, foi incluído o limite temporal de três anos desde a tributação (potencialmente) em desacordo com a convenção, para que este apresente o requerimento do procedimento amigável (§ 1º)¹². Ademais, foi inserida previsão no § 2º, no sentido de que o acordo eventualmente alcançado deverá ser aplicado independentemente de limitações temporais da legislação doméstica.

A próxima alteração relevante ocorreu apenas na Convenção Modelo de 2008, por intermédio da qual foi incluído o § 5º no art. 25, prevendo a arbitragem vinculante e obrigatória no caso de fracasso do procedimento amigável¹³. Conforme esse dispositivo, a arbitragem se aplica na hipótese de o procedimento amigável não ter êxito após o decurso de dois anos desde a data em que colhidas as informações necessárias para o seu deslinde. Nesse caso, o contribuinte poderá requerer a arbitragem, desde que uma decisão não tenha sido tomada por nenhum tribunal de qualquer dos países sobre o tema. Outrossim, uma vez tomada a decisão no âmbito do procedimento arbitral, o contribuinte deverá aceitá-la para que ela vincule os países envolvidos.

Em 2015, no âmbito do Projeto BEPS, foi emitido o Relatório Final da Ação 14, que tratou sobre o MAP. A par de incentivos de caráter não vinculante à adoção mais ampla da arbitragem tributária internacional, o relatório previu um *standard* mínimo envolvendo os procedimentos de acordo mútuo, sujeito a procedimento de *peer review* a ser conduzido pela OCDE. Dentre os elementos do referido *standard* mínimo, destacam-se: (i) a garantia de que as obrigações decorrentes dos tratados em relação ao MAP serão cumpridas em boa-fé e de maneira célere¹⁴; (ii) a previsão de procedimentos administrativos na legislação doméstica para a resolução de procedimentos amigáveis¹⁵; e (iii) a garantia de que os contribuintes que satisfaçam as condicionantes do art. 25, § 1º, dos tratados tenham acesso ao MAP¹⁶. Além disso, há previsão de uma série de “melhores práticas” (*best practices*), cuja adoção é incentivada.

Como se sabe, o Projeto BEPS deu origem à Convenção Multilateral para Implementação de Medidas para Evitar a Erosão da Base e o Deslocamento de Lucros Relativas a Tratados Tributários (*Multilateral Convention To Implement Tax*

¹¹ HARRIS, Peter. *International Commercial Tax in a Post-Beps World*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University, 2020. p. 581.

¹² OECD. *Model Double Taxation Convention on Income and Capital*. Paris: OECD Publishing, 1977.

¹³ OECD. *Model Double Taxation Convention on Income and Capital*. Paris: OECD Publishing, 2008.

¹⁴ OECD. *Action 14: 2015 Final Report – Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective*. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 13.

¹⁵ *Ibidem*, p. 17.

¹⁶ *Ibidem*, p. 21.

Treaty Related Measures To Prevent Base Erosion And Profit Shifting), que previu elementos do *standard* mínimo em seu art. 16. Embora o Brasil não tenha assinado a referida Convenção Multilateral, o país vem adotando algumas das medidas do *standard* mínimo, tendo se submetido ao procedimento de *peer review* da OCDE em 2019¹⁷. Antes de analisar as medidas adotadas pelo País e sua avaliação pela OCDE, faz-se necessário perquirir sobre o conteúdo da obrigação do procedimento amigável nos tratados firmados pelo Brasil.

2. Previsão do MAP nos tratados firmados pelo Brasil

Atualmente, o Brasil possui tratados contra a dupla tributação firmados com trinta e quatro países e devidamente incorporados ao Direito Nacional. Ademais, há três tratados em procedimento de ratificação (Paraguai, Singapura e Suíça). Todos os tratados em vigor possuem o art. 25, que prevê o procedimento amigável, na forma da Convenção Modelo da OCDE.

Entretanto, nenhum deles conta com a versão do § 5º mencionada na Convenção Modelo de 2008, que prevê a arbitragem vinculante e obrigatória. Conforme Natália Quiñones, é relativamente comum que Estados busquem justificar a não adoção da arbitragem, em seus tratados contra a dupla tributação, alegando questões atreladas à soberania nacional¹⁸. Especificamente em relação ao Brasil, Schoueri identifica uma série de argumentos normalmente utilizados contra a arbitragem internacional, incluindo a violação à legalidade e às competências do Presidente e do Congresso Nacional, bem como suposta violação ao direito de acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da CF/1988)¹⁹. Contudo, como bem alega o autor, esses argumentos não se aplicam em matéria de arbitragem internacional. Além de a arbitragem ser prevista no próprio tratado ratificado conforme determina a Constituição, o que afasta qualquer violação às competências do Poder Executivo e do Poder Judiciário, deve-se ter em conta que: (i) o próprio texto do § 5º do art. 25 da Convenção Modelo exclui a possibilidade de arbitragem na hipótese de haver decisão judicial sobre o tema; e (ii) o contribuinte precisa assentir não somente com a instalação da arbitragem, mas também com o seu resultado, para que esta possa ser implementada. Embora a arbitragem não seja o foco deste artigo, percebe-se haver a necessidade de maior discussão a respeito de sua adoção no âmbito dos tratados brasileiros.

¹⁷ OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 1): Inclusive Framework on BEPS: Action 14, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD Publishing, 2019.

¹⁸ CRUZ, Natalia Quiñones. International Tax Arbitration and the Sovereignty Objection: the South American Perspective. *Tax Notes International*, v. 51, n. 6, Washington, Tax Analysts, 2008, p. 534.

¹⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Arbitragem no Direito Tributário Internacional. *Direito Tributário Atual*, n. 23, São Paulo, Dialética/IBDT, 2009, p. 209-210.

Mais importante para fins deste trabalho é a circunstância de apenas 14 (quatorze) tratados brasileiros conterem a previsão do MAP genérico que, conforme exposto, aplica-se a qualquer hipótese de dupla tributação, ainda que não coberta pela Convenção. São estes tratados:

Países em cujos tratados com o Brasil há previsão do MAP genérico
Argentina
Áustria
Canadá
China
Coreia do Sul
Dinamarca
Equador
Espanha
Finlândia
França
Índia
Japão
Luxemburgo
Suécia

Os tratados referidos contêm cláusula conforme a qual as autoridades competentes “poderão também consultar-se mutuamente com vistas a eliminar a dupla tributação nos casos não previstos na Convenção” (art. 25, § 3º, do Protocolo ao Tratado com a Argentina – Decreto n. 9.482/2018).

Nesse contexto, no âmbito do procedimento de *peer review* conduzido pela OCDE no Brasil no ano de 2019, a entidade observou que, a par da falta de previsão do MAP genérico em mais da metade dos tratados brasileiros, a maior parte deles não contém a previsão de que o MAP deve ser implementado não obstante os prazos da legislação interna, bem como que uma minoria dos tratados não prevê o prazo de três anos para ser requerido o MAP. No tocante ao número de casos de MAP iniciados e encerrados entre o início de 2016 e o final de 2018, a entidade traçou o seguinte quadro²⁰:

²⁰ OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 1): Inclusive Framework on BEPS: Action 14, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD Publishing, 2019. p. 12.

2016-2018	Opening inventory 01.01.2016	Cases started	Cases closed	End inventory 31.12.2018	Average time to close cases (in months)
Attribution/ allocation cases	5	12	2	15	23.28
Other cases	7	9	4	12	28.01
Total	12	21	6	27	26.43

Como se vê, poucos casos de procedimento amigável são iniciados no Brasil (21 em um período de três anos) e menos de um terço dos casos iniciados no período de reporte foi encerrado. Frise-se, a esse respeito, que a circunstância de um caso ser encerrado não significa que tenha havido efetiva solução para o problema apontado pelo contribuinte, mas apenas que as negociações entre as autoridades competentes de ambos os estados foram encerradas.

Não obstante, o Projeto BEPS e o procedimento de *peer review* foram responsáveis por um importante avanço da legislação brasileira relativamente ao MAP, consistente em sua regulamentação pela Receita Federal, a cuja análise se passa.

3. O regulamento do procedimento amigável no Brasil

3.1. Aspectos gerais

Em 29 de novembro de 2018, foi publicada pela Receita Federal do Brasil a Instrução Normativa n. 1.846, que “dispõe sobre o procedimento amigável no âmbito dos acordos e das convenções internacionais destinados a evitar a dupla tributação da renda de que o Brasil seja signatário”.

Na forma prevista no art. 25 da Convenção Modelo da OCDE, a Instrução Normativa em questão divide o procedimento amigável entre a fase unilateral, em que a Receita Federal do Brasil analisa o pleito do Requerente, e a fase bilateral, em que são envolvidas as autoridades estrangeiras (art. 3º).

A par do procedimento de apresentação do requerimento de MAP à RFB e das pessoas autorizadas a fazê-lo (art. 4º), a Instrução Normativa prevê uma série de informações que devem constar do referido requerimento (art. 5º). Dentre essas informações, estão a questão de a mesma matéria ter sido submetida a apreciação administrativa ou judicial no Brasil ou no exterior, inclusive por meio de consulta ou acordo relativo a preços de transferência (*Advance Pricing Arrangement* – APA) no exterior (art. 5º, §§ 1º, inciso XII, e 2º). Ademais, a IN dispensa tradução juramentada relativamente a documentos em inglês e espanhol (art. 5º, § 3º), o que representa importante passo de desburocratização.

Também na forma do Modelo da OCDE, a IN condiciona a implementação do resultado do procedimento amigável à aceitação expressa do requerente (art.

13, inciso I) e à desistência de ações judiciais e remédios administrativos sobre o tema (art. 13, inciso II).

Não obstante seus aspectos positivos, a regulamentação do procedimento amigável por meio da Instrução Normativa RFB n. 1.846/2018 apresenta deficiências, especialmente no que respeita à ausência de previsão do MAP genérico e ao requisito de que não haja qualquer decisão administrativa nem judicial sobre a matéria a ser abordada pelo MAP. Trata-se de questões que estão diretamente relacionadas com os próprios limites ao emprego do procedimento amigável no ordenamento jurídico brasileiro, a cuja análise se passa.

3.2. A questão do procedimento amigável genérico e a lei

Conforme exposto, a Instrução Normativa RFB n. 1.846/2018 não contempla a hipótese do procedimento amigável genérico, que é previsto em quatorze dos trinta e quatro tratados brasileiros e abrange situações não cobertas pela Convenção sobre a dupla tributação específica. Com efeito, o art. 8º limita os requerimentos ao IRPJ e à CSLL (tributos brasileiros cobertos pelos tratados) e apenas admite requerimentos relativos a outros tributos quando estes versem sobre a cláusula de não discriminação dos tratados (art. 8º, § 3º) que, conforme o próprio Modelo da OCDE, abrange quaisquer tributos. Nessa linha, o requerimento deve indicar as “medidas tomadas por um ou ambos os Estados Contratantes, com a demonstração de que elas conduziram ou poderão conduzir tributação em desacordo com o ADT” (art. 5º, § 1º, inciso V).

Aparentemente, a relutância das autoridades fiscais em relação ao procedimento amigável genérico deriva de considerações a respeito do princípio da legalidade (arts. 5º, inciso II, e 150, inciso I). Trata-se de preocupação justificada, uma vez que, se o MAP for interpretado de maneira a permitir às autoridades tributárias decisões ao arrepio da lei, haverá violação à Constituição²¹. Com efeito, embora a *CIDE-royalties*, por exemplo, não seja coberta pelos acordos brasileiros contra a dupla tributação e possa dar ensejo a hipóteses de dupla tributação, dificilmente um pleito de procedimento amigável poderia ser acatado sem violação aos dispositivos da Lei n. 10.168/2000, que instituiu a exação.

Contudo, isso não significa que o procedimento amigável genérico não possa ser utilizado quando houver espaço para interpretações diferentes do ordenamento jurídico, uma das quais evite a dupla tributação. É dizer, há diversos casos em que o MAP poderá ser empregado para implementar soluções dentro do espectro legal. A título de exemplo, pense-se nas contribuições previdenciárias patronais. A Lei n. 8.212/1991 (arts. 12 e 22) lista como segurado obrigatório da previdência brasileira, cujos rendimentos são incluídos na base de cálculo das contribuições empresariais, o brasileiro ou o estrangeiro residente no Brasil con-

²¹ HARRIS, Peter. Op. cit., p. 581.

tratado como empregado em empresa estrangeira cuja maioria do capital votante pertença à sociedade brasileira (art. 12, inciso I, “f”). Contudo, diversos Acordos Bilaterais de Previdência Social firmados pelo Brasil com uma série de países estabelecem uma regra geral conforme a qual a legislação previdenciária do país onde o trabalho é exercido se aplica com exclusividade, salvo casos expressamente excepcionados. Tomando-se como exemplo o Acordo de Previdência Social entre o Brasil e o Canadá, promulgado por meio do Decreto n. 8.288/2014, este prevê a resolução de controvérsias relativas a “interpretação ou aplicação” do acordo, por meio de negociações entre as autoridades competentes (art. 23). Contudo, o tratado não prevê o requerimento do contribuinte para dar início ao procedimento de resolução de conflitos. Nesse contexto, e considerando-se que interpretações diversas dos fiscos nacional e estrangeiro sobre o Acordo de Previdência e sobre a sua própria legislação tributária interna podem dar ensejo a diversos casos de dupla tributação relativa a contribuições previdenciárias, o MAP genérico poderia ser muito bem empregado. Contudo, as atuais limitações da IN RFB n. 1.846/2018 não permitem esse emprego, ao limitarem o procedimento amigável aos casos de tributação em desacordo com o próprio tratado que prevê o MAP, que não abrange as contribuições previdenciárias. Nesse aspecto, a regulamentação ficou aquém do requerido pelos quatorze tratados brasileiros que albergam o MAP genérico.

3.3. A interação do MAP com os processos administrativos e judiciais e a lei

Adicionalmente, a regulamentação também foi excessivamente restritiva no que diz respeito aos casos em que o MAP verse sobre matéria que tenha sido objeto de decisão administrativa ou judicial no Brasil. Conforme o art. 10 da Instrução Normativa RFB n. 1.846/2018, o procedimento amigável não poderá resultar no afastamento de decisões administrativas ou judiciais relativas ao próprio requerente do procedimento amigável. Trata-se de limitação relevante, pois, efetivamente, o MAP é restringido aos casos em que não exista decisão administrativa nem judicial a respeito do tema.

Contudo, nos casos em que a solução encontrada no âmbito do MAP estiver de acordo com a moldura legal e o contribuinte assentir com a sua implementação, não haveria motivos para que o MAP não fosse aceito como maneira de resolver os litígios em questão, como uma modalidade de transação (art. 156, inciso III, do CTN e art. 487, inciso III, “b”, do CPC). Veja-se que o MAP corresponderia a uma transação mais ampla do que aquela veiculada pela recente Lei n. 13.988/2020, cujo art. 11, § 2º, inciso I, proíbe a realização de transação que importe redução do crédito tributário originalmente lançado. Contudo, haja vista a sua previsão nos tratados contra a dupla tributação e a necessidade de efetivo acordo com a autoridade estrangeira, não haveria motivos para negar a possibilidade de transação via concordância com o resultado de procedimento amigável, desde que este corresponda a uma interpretação coerente da lei.

Um exemplo ajuda a esclarecer. Pense-se em questões envolvendo preços de transferência, matéria em que o procedimento amigável possui a maior relevância no âmbito internacional²². Embora a legislação brasileira sobre o tema tenha uma série de idiosincrasias, há muito defendemos que ela estará de acordo com o art. 9 dos tratados firmados com base no Modelo da OCDE, que prevê o princípio *arm's length*²³, desde que os métodos previstos na lei brasileira sejam considerados meramente sugestivos ao contribuinte, admitindo-se o emprego de outras metodologias, sempre que a aplicação das margens fixas previstas em lei resultar em violação aos conceitos de renda e lucro. Nesse contexto, nada impediria que o procedimento amigável resultasse na adoção de um método de preços de transferência diferente daquele objeto de autuação e decisões administrativas ou mesmo judiciais, desde que não houvesse coisa julgada a respeito do tema.

Desse modo, parece-nos que a Instrução Normativa n. 1.846/2018 foi excessivamente restritiva ao condicionar o MAP à inexistência de decisões administrativas ou judiciais sobre o tema no Brasil. Com efeito, considerando-se que o MAP somente poderá ser realizado no âmbito da moldura legal e que ele demanda assentimento não apenas das autoridades brasileiras e estrangeiras, como também do contribuinte, em relação ao seu resultado, nada impediria que o desfecho do procedimento amigável fosse considerado como transação apta a ser homologada em sede de procedimento administrativo ou judicial em curso.

Conclusões

Em face do exposto, percebe-se que a edição da Instrução Normativa n. 1.846/2018 representou importante passo na implementação do procedimento amigável no Brasil. Não obstante, a aferição da própria OCDE aponta para o caráter incipiente desse método de resolução de conflitos no País. Ademais, a regulamentação: (i) não abrangeu o chamado MAP genérico, que se aplica a casos de dupla tributação não previstos nos tratados firmados com base no Modelo da OCDE; e (ii) foi excessivamente restritiva em relação aos requisitos de inexistência de decisão administrativa ou judicial sobre a matéria submetida ao procedimento amigável. Como se buscou demonstrar, o MAP é cabível quando houver possíveis soluções dentro da moldura legal. Nesses casos, considerando-se que haverá consentimento das autoridades nacionais, das autoridades estrangeiras e do próprio contribuinte, o MAP genérico não conflita com o ordenamento jurídico brasilei-

²² MAISTO, Guglielmo. BEPS Action 14 vs Treaty Obligations and State Aids. *Kluwer International Tax Blog*, 2015.

²³ BARRETO, Paulo Ayres. O tratamento transnacional nos preços de transferência e seus limites constitucionais. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Tributos e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2009. v. 3. p. 140-141. Em sentido similar: SCHOUERI, Luís Eduardo. Margens predeterminadas, praticabilidade e capacidade contributiva. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Op. cit.*, 2009. p. 122 e 130.

ro. Ademais, também no caso em que a solução alcançada no âmbito do procedimento amigável estiver dentro da moldura legal, não haveria empecilhos para que essa solução fosse considerada como transação no âmbito de processos administrativos ou judiciais sem trânsito em julgado.

Referências bibliográficas

- BARRETO, Paulo Ayres. O tratamento transnacional nos preços de transferência e seus limites constitucionais. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Tributos e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2009. v. 3.
- BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida Tax Review*, v. 16, n. 2. Gainesville: Universidade da Florida, 2014.
- CRUZ, Natalia Quiñones. International Tax Arbitration and the Sovereignty Objection: the South American Perspective. *Tax Notes International*, v. 51, n. 6. Washington: Tax Analysts, 2008.
- EU. Arbitration Convention 90/436/EEC.
- _____. Council Directive 2017/1852 on Tax Dispute Resolution Mechanisms.
- _____. Preâmbulo do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.
- HARRIS, Peter. *International Commercial Tax in a Post-Beps World*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University, 2020.
- MAISTO, Guglielmo. BEPS Action 14 vs Treaty Obligations and State Aids. *Kluwer International Tax Blog*, 2015.
- OECD. *Action 14: 2015 Final Report – Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective* Paris: OECD Publishing, 2015.
- _____. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD Publishing, 2013.
- _____. *Draft Double Taxation Convention on Income and Capital*. Paris: OECD Publishing, 1963.
- _____. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 1): Inclusive Framework on BEPS: Action 14, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD Publishing, 2019.
- _____. *Model Double Taxation Convention on Income and Capital*. Paris: OECD Publishing, 1977.
- _____. *Model Double Taxation Convention on Income and Capital*. Paris: OECD Publishing, 2008.
- _____. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Paris: OECD Publishing, 2017.
- _____. *Public consultation document: Global Anti-Base Erosion Proposal (“GloBE”) – Pillar Two*. Paris: OECD Publishing, 2019.
- _____. *Public consultation document: Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One*. Paris: OECD Publishing, 2019.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Arbitragem no Direito Tributário Internacional. *Diálogo Tributário Atual*, n. 23. São Paulo: Dialética/IBDT, 2009.

- _____. Margens predeterminadas, praticabilidade e capacidade contributiva. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Tributos e preços de transferência*. São Paulo: Dialética, 2009. v. 3.
- UN. *United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*. New York: United Nations, 2017.

Instrumentos de Segurança Tributária na Era Pós-BEPS

Instruments of Tax Certainty in the Post-BEPS Era

Misabel Abreu Machado Derzi

Professora Titular de Direito Tributário e Financeiro da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e da Faculdade de Direito Milton Campos.

Tarcísio Diniz Magalhães

Professor de Direito Tributário e Política Tributária na Universidade McGill, onde também desenvolve pesquisa pós-doutoral financiada pela Fundação Ford e pelo Social Sciences and Humanities Research Council of Canada (SSHRC).

Resumo

Este capítulo dá um panorama geral de novas medidas que buscam garantir maior previsibilidade em matéria tributária internacional, por meio da mitigação de riscos, contrastando tais inovações a outras ferramentas mais tradicionais à disposição de governos e corporações. Assim, as primeiras partes descrevem brevemente o que são acordos prévios sobre preços (APAs), auditorias conjuntas e simultâneas, o procedimento amigável e a arbitragem, para então expor os conceitos de relacionamento aprimorado e *compliance* cooperativo. Em seguida, é apresentado com maior detalhe o recente desenvolvimento do *International Compliance Assurance Programme* (ICAP), em ambas as suas fases.

Palavras-chave: direito tributário internacional; BEPS; segurança tributária; relacionamento aprimorado; *compliance* cooperativo; acordos prévios sobre preços; auditorias conjuntas; procedimento amigável; arbitragem; ICAP.

Abstract

This chapter gives an overview of new measures that seek to ensure greater predictability in international tax matters, thus mitigating risks, and contrasts these innovations with more traditional tools available to governments and corporations. The first parts briefly describe advance pricing agreements (APAs), joint and simultaneous audits, mutual agreement procedures (MAP), and arbitration, further exposing the concepts of enhanced relationship and cooperative compliance. Then, it presents in more detail the recent development of the International Compliance Assurance Program (ICAP), in both its phases.

Keywords: international tax law; BEPS; tax certainty; enhanced relationship; cooperative compliance; APA; joint audits; MAP; arbitration; ICAP.

1. Introdução

Ao mesmo tempo que países ao redor do globo prosseguem com reformas do sistema tributário internacional para promover maior transparência empresarial e enfrentar os desafios da elisão fiscal agressiva, erosão de bases tributárias e

transferência de lucros, bem como da digitalização da economia, multinacionais cada vez mais expressam preocupações com o aumento de custos de *compliance* e possíveis novas situações de dupla ou múltipla tributação¹. Nesse contexto, a segurança tributária vem ganhando cada vez mais atenção de organismos internacionais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e, sobretudo, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)².

Nos últimos anos, a OCDE tem patrocinado uma série de mecanismos e iniciativas de cooperação voluntária, visando promover a divulgação de arranjos empresariais e informações relevantes, a redução de riscos tributários e interações menos coercitivas e mais baseadas na confiança entre administrações tributárias e contribuintes³. Nesse sentido, uma tendência recente entre diversos países tem sido adotar programas de “relacionamento aprimorado” (*enhanced relationship*) e “*compliance* cooperativo”⁴. Mais recentemente ainda, alguns países se uniram para testar um novo projeto piloto desenvolvido pela OCDE, o qual já se encontra em sua segunda fase, chamado International Compliance Assurance Programme (ICAP).

Este texto começa por expor cada um dos antigos instrumentos de resolução ou prevenção de conflitos fiscais transfronteiriços, para depois tratar com maior cuidado do ICAP. Ao fim, é estabelecido um paralelo entre todas essas medidas,

¹ Cf. MAJDANSKA, Alicja; and SCHOUERI, Pedro Guilherme Lindenberg. Tax compliance in the spotlight: the challenges for tax administrations and taxpayers. *Bulletin for International Taxation* v. 71, n. 11, 2017; EVANS, Chris; LIGNIER, Philip; and TRAN-NAM, Binh. The tax compliance costs of large corporations: an empirical inquiry and comparative analysis. *Canadian Tax Journal* v. 64, n. 4, 2016; ANTÓN, Ricardo García. The fragmentation of taxpayer’s rights in international dispute resolution settings: healing anxieties through judicial dialogue. *World Tax Journal* v. 10, n. 1, 2017.

² Cf. FMI; OCDE. *Tax certainty*: report for the G20 finance ministers. Washington/Paris: FMI/OCDE, mar. 2017; FMI; OCDE. *Update on tax certainty*: report for the G20 finance ministers. Washington/Paris: FMI/OCDE, jul. 2018; FMI; OCDE. *2019 progress report on tax certainty*: report for the G20 finance ministers and central bank governors. Washington/Paris: FMI/OCDE, jun. 2019; OCDE. *OECD tax certainty day*. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/administration/oecd-tax-certainty-day.htm>. Acesso em: 13 jun. 2020.

³ Cf. ROCH, María Teresa Soler. Tax administration *versus* taxpayer: a new deal? *World Tax Journal* v. 4, n. 3, 2012; SINGH, Asmita. Enforcement or cooperation: an analysis of the compliance psychology of taxpayers. *Asia-Pacific Tax Bulletin* v. 21, n. 1, 2015; MOZO, Gracia M^a Luchena. A collaborative relationship in the resolution of international tax disputes and alternative measures for dispute resolution in a post-BEPS era. *European Taxation* v. 58, n. 1, 2018; LAGARDEN, Martin. Behavioural transfer pricing: towards enhanced transparency and compliance? *International Transfer Pricing Journal* v. 26, n. 3, 2019; AHKAND, Zakir; and HUBBARD, Michael. Coercion, persuasion, and tax compliance: the case of large corporate taxpayers. *Canadian Tax Journal* v. 64, n. 1, 2016.

⁴ Cf., e.g., BRONZEWSKA, Katarzyna; and MAJDANSKA, Alicja. The new wave of cooperative compliance programmes and the impact of new technology. *European Taxation* v. 59, n. 2/3, 2019; BOLL, Karen. Securing tax compliance with collaboration: the case of cooperative compliance in Denmark. In: HASHIMZADE, Nigar; and EPIFANTSEVA, Yuliya (eds.). *The Routledge companion to tax avoidance research*. Londres: Routledge, 2018.

a partir de uma comparação entre seus efeitos e grau de certeza assegurada. Além disso, paralela e pontualmente, vamos observar as dificuldades de introdução de tais procedimentos em países como o Brasil, por exemplo.

2. Acordo prévio sobre preços

Para os fins de prevenir futuros conflitos acerca da correta precificação de uma transação internacional, a qual pode estar em desacordo com a legislação aplicável de *transfer pricing*, é prática comum ao redor do mundo oportunizar ao contribuinte celebrar com o fisco acordos sobre os preços a serem praticados entre empresas associadas. Esse mecanismo é conhecido como *advance pricing agreement* (APA), podendo ser unilateral, bilateral ou até mesmo multilateral e abranger uma série de transações ou, inclusive, todas as transações de um contribuinte específico⁵. Sendo vinculantes a ambas as partes, APAs garantem um grau máximo de certeza para os contribuintes, em antecipação a uma disputa.

3. Auditorias conjuntas e simultâneas

Alguns países têm se utilizado de acordos multilaterais para a condução de auditorias conjuntas ou simultâneas, em que agentes fiscais de diferentes governos se unem para formar um único time e fiscalizar o mesmo contribuinte ou contribuintes relacionados⁶. Vantagens no uso desse instrumento apontadas na literatura incluem: (a) menores custos de *compliance* para contribuintes e fiscos; (b) incentivo para uma relação mais eficiente entre empresas e órgãos de receita, maior cooperação entre administradores tributários e minimização de riscos tributários; (c) aprimoramento da qualidade da atuação administrativa; (d) combate à dupla não tributação, planejamento fiscal agressivo e fraude; (e) resguardo contra parasitismo (*free-rider problem*) entre autoridades fiscais de diferentes Estados; (f) ampliação de *tax compliance* e *tax morale*; (g) menor corrupção por decorrência do envolvimento de mais de um agente (*four-eyes principle*); e (h) prevenção de conflitos de interesse entre as partes⁷. Tal prática é bastante comum entre países europeus, tendo sido intentada também entre o Canadá e os Estados Unidos, embora se reconheça que, por razões geográficas, melhores resultados são obtidos no âmbito da União Europeia⁸.

⁵ Cf. RING, Diane M. On the frontier of procedural innovation: advance pricing agreements and the struggle to allocate income for cross border taxation. *Michigan Journal of International Law* v. 21, n. 2000.

⁶ Cf. OCDE. *Joint audit 2019: enhancing tax co-operation and improving tax certainty*. Paris: OCDE, 2019.

⁷ Cf. BURGERS, Irene J. J.; and CRICLIVAIA, Diana. Joint tax audits: which countries may benefit most? *World Tax Journal* v. 8, n. 3, 2018.

⁸ Cf. CICIN-SAIN, Nevja; EHRKE-RABEL, Tina; and ENGLISCH, Joachim. Joint audits: applicable law and taxpayer rights. *World Tax Journal* v. 10, n. 4, 2018.

4. Procedimento amigável

O procedimento amigável constitui técnica antiga para tentar pôr fim às comuns disputas tributárias entre Estados, encontrando-se disciplinado no artigo 25 do modelo OCDE, bem como no modelo das Nações Unidas (ONU), embora este seja mais extenso, por conter duas opções: uma sem e outra com a possibilidade de arbitragem quando as autoridades competentes não conseguem chegar a um acordo amigavelmente⁹. O MAP também está tratado no artigo 16 do Instrumento Multilateral (MLI), na parte 4, sobre melhoramento da resolução de conflitos¹⁰. A inclusão de dispositivo relativo ao MAP no MLI se explica pela necessidade, em alguns casos, de emendar inúmeros tratados bilaterais a uma só vez, com o objetivo de dar cumprimento às recomendações da Ação n. 14 do projeto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), a qual consiste em um dos quatro padrões mínimos que todos os membros do Quadro Inclusivo se comprometeram a implementar¹¹. Isso significa que tais países, ainda que não sejam parte do MLI, como é o caso do Brasil, concordaram em monitorar e ser monitorados quanto à adoção de medidas para aprimoramento dos seus processos de resolução de disputas, especificamente no sentido de fortalecer a efetividade e eficiência do MAP¹².

5. Arbitragem

Embora constitua uma das pautas mais defendidas pela OCDE, a arbitragem tributária sempre gerou bastante controvérsia, especialmente entre países em desenvolvimento, que veem a ideia de entregar questões tributárias a um tribunal arbitral composto por expertos de outros países com grande desconfiança¹³. A mais recente tentativa da OCDE de promover a arbitragem se refere à chamada “*quantia C*” (*amount C*), em sua “*abordagem unificada*” (*unified approach*) sobre como tributar a economia digital, que novamente gerou desconforto entre países em desenvolvimento¹⁴.

⁹ Cf. OCDE. *Model tax convention on income and on capital*. Paris: OECD, 12 nov. 2017; ONU. *Model double taxation convention between developed and developing countries*. Washington: ONU, 2017; WILKIE, J. Scott. Article 25: mutual agreement procedure. In: IBFD. *Global tax treaty commentaries*. Amsterdã: IBFD, 1 out. 2018.

¹⁰ *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*.

¹¹ Os outros três padrões mínimos dizem respeito a práticas tributárias prejudiciais (Ação 5), prevenção de abusos a tratados tributários (Ação 6) e relatórios país a país (*country-by-country reporting – CbCR*) (Ação 13).

¹² Cf. OCDE/G20 Base Erosion and Profit Shifting. *Making dispute resolution mechanisms more effective*: Action 14: 2015 Final Report. Paris: OCDE, 2015.

¹³ Cf. LENNARD, Michael. Transfer pricing arbitration as an option for developing countries. *Intertax* v. 42, n. 3, 2014; CHRISTIANS, Allison. Putting arbitration on the MAP: thoughts on the new U.N. model tax convention. *Tax Notes International*, 23 abr. 2012.

¹⁴ Cf. COLÓN, Annagabriella. Developing countries wary of dispute resolution proposal. *Tax Notes International*, 2019.

Como procedimento jurídico, a arbitragem é prevista no artigo 25(5) da Convenção Modelo da OCDE e no mesmo dispositivo da Convenção Modelo da ONU, mas somente em relação à alternativa B¹⁵. No MLI, a arbitragem é opcional, encontrando-se disposta na parte 6 do tratado (artigos 18 a 26).

5.1. Dificuldades na adoção da arbitragem pelo Brasil no plano interno

As dificuldades na adoção da arbitragem pelo Brasil para a solução de controvérsias de fundo tributário advêm de causas diferentes e variadas, quer no plano interno, quer nas relações internacionais. A desconfiança é uma delas, mas outras se agregam.

É preciso primeiramente deixar bem claro que o Brasil não adota ainda, internamente, a arbitragem como solução das controvérsias tributárias, embora inexistam empecilhos legislativos ou jurídicos intransponíveis para isso. A desconfiança em relação a métodos de tal natureza, diversos da solução judicial, coloca-se, pois, no âmbito doméstico igualmente.

A lei que regula a arbitragem, de forma genérica, Lei n. 9.307/1996, foi modificada pela Lei n. 13.129/2015, autorizando que a Administração Pública direta ou indireta firmasse contratos de concessões e parcerias público-privadas com adoção expressa dessa espécie de solução de conflitos. Eventualmente se tem utilizado o método arbitral, mas trata-se, não obstante, de matéria resultante de contratos públicos, convencional desde a origem.

Em outros campos, particularmente no tributário, mesmo no ambiente interno, restrições e obstáculos são levantados à eleição da arbitragem como meio de solução de conflitos tributários (alguns argumentos são postos com mais intensidade, a saber, a indisponibilidade do interesse público; a vedação da renúncia de receita; a forma de instituição dos tributos por lei rígida; a vinculação que adviria para os fiscos à sentença arbitral, entre outros), exigindo-se – segundo a maioria dos acadêmicos versados na área – a edição de outras leis, próprias e especiais, que pudessem regular a questão para oferecer mais segurança às partes. Modelos de resolução do impasse, no âmbito interno, são sugeridos ao legislador de *lege ferenda*¹⁶. A desconfiança entre fisco e contribuintes é sempre pressuposta, apesar dos esforços de aproximação e de participação inerentes às democracias contemporâneas¹⁷.

¹⁵ Como mencionado anteriormente, o modelo da ONU também oferece uma redação para o artigo 25 sem arbitragem, justamente em virtude da resistência por parte de países em desenvolvimento.

¹⁶ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. Ensaio para uma arbitragem no Brasil. In: PISCITELLI, Tathiane et al. (orgs.). *Arbitragem tributária: desafios institucionais brasileiros e a experiência portuguesa*. 2. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 379-389. O autor sugere a interessante possibilidade de se adotar a arbitragem no âmbito administrativo do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), por meio de modificação legislativa.

¹⁷ Cf. ALVIM, Leonardo de A. Rezende. Arbitragem tributária no Brasil: os motivos pelos quais ela é necessária, mas sua implementação deve ser gradual. In: PISCITELLI, Tathiane et al. (orgs.).

Além disso, a busca da segurança jurídica, da previsibilidade e da proteção da confiança gerada pelos atos estatais tem fortalecido os instrumentos próprios de uma cultura de direito escrito; da legalidade rígida e estrita; da irretroatividade da lei tributária ao fato jurídico e da anterioridade. Tudo encimado por uma Constituição farta e riquíssima em regras e princípios tributários. Conceitos gerais muitas vezes ambíguos, enunciados no plano abstrato das regras legais, resolvem-se em judicialização cada vez mais frequente. O complexo e sofisticado Poder Judiciário brasileiro, de duplo ou triplo grau de jurisdição, manejando uma miríade de recursos e garantias, forja as regras judiciais mais concretas, extraídas daquelas leis mais gerais. Regras judiciais que, não obstante, ainda consagram “teses”, aplicáveis ao caso concreto e a outros ditos similares. A vocação à abstração generalizante parece ter força inevitável. Um controle de constitucionalidade das leis em abstrato, objetivo, convive paralelamente com um controle subjetivo e, não raramente, sobre a mesma questão.

Embora não sejam mais nítidas as diferenças entre as tradições do *common law* e aquelas dos países de direito escrito, certas peculiaridades no modo de pensar dos juristas se fazem sentir. Se é que existe um modo de pensar próprio dos juristas¹⁸.

Um dos mais famosos *common lawyers* clássicos, Lord Coke, sustentou, a fim de evitar o arbítrio real nos julgamentos da corte, que o rei não estava sob o poder de nenhum outro homem, mas estaria sob o poder de Deus e do direito, uma vez que o direito não derivava da razão natural (de que o rei seria superiormente dotado), mas de uma razão artificial para o julgamento, arte que requeria anos de maestria¹⁹. Mas mesmo Coke, conforme relato de Schauer, ainda no século XVII, alertava para o fato de que a função da generalidade era inerente ao direito:

“Em lugar de tentar alcançar o melhor resultado para cada controvérsia de um modo totalmente particularístico e contextual, a meta do direito é frequentemente tornar seguro que cada resultado, para todos ou pelo menos para a maior parte dos particulares em dada categoria, seja o correto. Em outras palavras, diz Schauer, ‘para Coke, era melhor alcançar um resultado errado em uma controvérsia particular do que adotar uma regra que, parecendo produzir o que seria aparentemente o resultado correto para aquele caso, produzia o resultado errado para muitos outros’”²⁰.

Op. cit., cap. 26, p. 400-415.

¹⁸ Cf. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

¹⁹ Cf. MALCOLM, Joyce Lee. 1658: Coke, Prohibitions del Roy (Pamphlet). Editor’s Introduction. In: _____ (ed.). *The struggle for sovereignty: seventh-century English political tracts*. Indianapolis: Liberty Fund, 1999. v. 1.

²⁰ Cf. SCHAUER, F. Op. cit., p. 8. Ver ainda BUSTAMANTE, Thomas; and DECAT, Thiago. Introduction. In: _____ (orgs.). *Philosophy of law as an integral part of philosophy: essays on the jurisprudence of Gerald Postema*. Oxford: Hart Publishing, 2020, no prelo.

Se, mesmo nos países do *common law*, a generalidade e a equidade ditaram a força dos precedentes, o *stare decisis* e ainda a vinculação, certo particularismo inerente à arbitragem reduz-lhe o acolhimento, em especial nos países de direito escrito. A cultura jurídica brasileira das soluções legislativas fartas, prévias, mas sempre insuficientes, como não poderia deixar de ser, seguidas de longas discussões judiciais das quais se extraem novas regras menos indeterminadas e mais concretas, mas ainda assim gerais e obrigatórias se prolatadas pelas cortes superiores, também limita a simpatia pela arbitragem como técnica ordinária de solução de conflitos. Árbitros devem estar submetidos ao direito posto e pressuposto, às leis e regras judiciais como precedentes, mas ainda assim – no sentido horizontal – não se lhes pode syndicar a pertinência, a consistência em face de outros julgados e a equidade²¹. E tais são apenas alguns dos problemas que, no âmbito doméstico, ditam as dificuldades para a adoção da arbitragem, de forma ampla e irrestrita.

5.2. Dificuldades na adoção da arbitragem pelo Brasil no plano internacional

Não se deve estranhar, pelo que foi dito acima, que no plano internacional também surjam dificuldades para a adoção da arbitragem pelo Brasil, sendo notória, nesse sentido, a rejeição a processos arbitrais em matéria de disputas entre o Estado brasileiro e investidores estrangeiros. No entanto, outros procedimentos de cooperação e de troca de informações no plano internacional oferecem adesão mais fácil.

Releva lembrar que o Brasil tem observado o teor dos tratados e convenções internacionais que firma, os quais, à luz do art. 98 do Código Tributário Nacional, revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha. E, sendo bilaterais, somente produzem efeitos entre as partes que os celebram. A tais convenções, nossas Cortes têm reconhecido plena validade e eficácia²².

Apesar disso, problemas persistem. Conflitos de interpretação e omissões levam, em casos variados, à dupla tributação ou à dupla não tributação. A resistência brasileira à arbitragem na era pós-BEPS não será facilmente demovida, nem no plano doméstico, nem no plano internacional.

6. Relacionamento aprimorado

A expressão *enhanced relationship* foi primeiramente empregada em 2008 em um estudo conduzido pelo Fórum de Administração Tributária sobre planeja-

²¹ Cf. AMARAL, Guilherme Rizzo. O controle dos precedentes na arbitragem. In: PISCITELLI, Tathiane et al. (orgs.). Op. cit., p. 365-378.

²² Cf. BALEEIRO, Aliomar; e DERZI, Misabel de Abreu Machado. *Direito Tributário brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Forense, 2018, p. 966-968. Ver ainda XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8. ed. São Paulo: Forense, 2015.

mento tributário agressivo, a partir de uma perspectiva tripartite, abrangendo o papel de contribuintes, órgãos de receita e intermediários²³. Entendido como um passo além da simples melhoria das relações entre contribuintes e fiscos, o relacionamento aprimorado reflete uma ideia de se trabalhar em parceria e com base em confiança para a obtenção de benefícios mútuos²⁴. Apesar das aspirações do modelo, sua implementação prática se deparou com diversos desafios²⁵, levando ultimamente a OCDE a propor um novo quadro conceitual, qual seja, o *compliance* cooperativo²⁶.

7. Compliance cooperativo

Apesar de surgir como uma expressão em substituição a “relacionamento aprimorado”, “*compliance* cooperativo” é, na verdade, mais antiga, já tendo sido utilizada em nível nacional em 2005²⁷. Trata-se de um conceito que busca retratar estratégias contemporâneas de gerenciamento de risco, em especial a adoção de um “quadro de controle tributário” (*tax control framework*)²⁸. Segundo a OCDE, esse *framework* deve estar alicerçado em seis princípios:

- estabelecimento de uma estratégia tributária com documentação clara e pertencente à alta administração da empresa (isto é, no nível do conselho);
- aplicação abrangente do *framework* a todas as transações realizadas por uma empresa, já que qualquer atividade é capaz de afetar, de um jeito ou de outro, uma posição tributária;
- atribuição de responsabilidade ao conselho pelo desenho, implementação e eficácia do controle tributário e recursos suficientes ao departamento tributário da empresa;
- documentação da governança mediante um sistema de regras e relatórios, com revisão periódica, capaz de comparar transações e eventos com riscos potenciais de não conformidade;

²³ Cf. OCDE. *Study into the role of tax intermediaries*. Paris: OCDE, 2008.

²⁴ Cf. IFA. *Initiative on the enhanced relationship: key issues report*. Roterdã: 22 jan. 2012.

²⁵ Cf., e.g., DABNER, Justin; and BURTON, Mark. Lessons for tax administrations in adopting the OECD’s “enhanced relationship” model: Australia’s and New Zealand’s experiences. *Bulletin for International Taxation* v. 63, n. 7, 2009.

²⁶ Cf. OCDE. *Co-operative compliance: a framework: from enhanced relationship to co-operative compliance*. Paris: OCDE, 2013.

²⁷ ENDEN, Eelco van der; and BRONZEWSKA, Katarzyna. The concept of cooperative compliance. *Bulletin for International Taxation* v. 68, n. 10, 2014, p. 567. Cf. também BRONZEWSKA, Katarzyna; and ENDEN, Eelco van der. Tax control framework: a conceptual approach: the six nuances of good tax governance. *Bulletin for International Taxation* v. 68, n. 11, 2014; DIJK, Lisette van der Hel – van; SINGLÉ, Maarten. Cooperative compliance: tax risk management and monitoring. *Intertax* v. 44, n. 8/9, 2016; BRONZEWSKA, Katarzyna. *Co-operative compliance: a new approach to managing taxpayer relations*. Amsterdã: IBFD, 2016.

²⁸ Cf. OCDE. *Co-operative tax compliance: building better tax control frameworks*. Paris: OCDE, 2016.

- realização de teste e monitoramento da conformidade de políticas e processos;
- fornecimento de garantia às partes interessadas internas, e mesmo externas como o fisco, de que os riscos tributários estão sujeitos a controle capaz de certificar declarações fiscais, entre outros resultados.

8. ICAP 1.0

Em 2018, oito países (Austrália, Canadá, Espanha, Estados Unidos, Holanda, Itália, Japão e Reino Unido) se reuniram na capital americana, sob os auspícios do Fórum de Administração Tributária da OCDE, oportunidade em que chegaram à conclusão de que um processo multilateral cooperativo de avaliação e garantia quanto a riscos poderia ser do interesse de grandes contribuintes multinacionais. A iniciativa foi lançada pelo Secretariado da OCDE em razão de seus esforços para implementar o projeto BEPS e com o propósito de melhorar a segurança e cooperação tributária entre os Estados participantes²⁹.

Após a reunião, funcionários de cada governo retornaram às suas respectivas jurisdições para trabalhar separadamente em busca de possíveis participantes do setor privado para o programa. O ICAP não foi aberto a todos os segmentos de contribuintes, mas apenas às *ultimate parent entities* – UPE de algumas multinacionais selecionadas. Ou seja, as administrações tributárias envolvidas conduziram avaliações de risco apenas daquelas empresas que estavam dispostas a avançar com o procedimento proposto pelo ICAP. Para identificar as principais entidades controladoras interessadas em participar, as administrações tributárias procuraram diretamente algumas corporações, oferecendo-lhes a oportunidade de fazer parte de um processo em que a voluntariedade é elemento central. Os parâmetros para a realização das avaliações de risco foram todos previamente estabelecidos pelo Fórum de Administração Tributária e seguidos por cada governo membro do programa³⁰.

8.1. Etapas

Na primeira rodada do programa, havia quatro fases:

- fornecimento de pacotes de documentação e agendamento de uma reunião inicial: seis semanas;

²⁹ Cf. OCDE. *International Compliance Assurance Programme: pilot handbook*. Paris: OCDE, 2018; CALDERÓN, Jose M. The OECD International Compliance Assurance Programme: just a new multilateral and cooperative model of tax control for multinational enterprises? *Bulletin for International Taxation* v. 72, n. 12, 2018; HEIDECKE, Björn; and SLAGTER, Leonie. The International Compliance Assurance Programme and joint audits: a new epoch of transfer pricing tax audits? *International Transfer Pricing Journal* v. 25, n. 3, 2018.

³⁰ Cf. e.g., EY. OECD launches International Compliance Assurance Programme pilot. *Global Tax Alert*, 26 jan. 2018.

- avaliação de risco de nível um: oito semanas, mais quatro ou oito semanas adicionais, com possibilidade de outras oito semanas para documentação e três para garantia de risco;
- avaliação de risco de nível dois: aproximadamente cinco meses, com três semanas adicionais para garantia de risco; e
- cartas de resultado: três semanas.

As administrações tributárias usaram seus registros de contribuintes para gerar categorias de risco para cada empresa participante. Trabalhando no lado da auditoria do processo de avaliação de riscos, foram criadas categorias de risco com base nas transações submetidas a avaliação por parte das próprias empresas. Os riscos avaliados seguiram estritamente o Manual da OCDE, é dizer, apenas riscos relacionados a preços de transferência e identificação e alocação de lucros envolvendo estabelecimentos permanentes, em situações em que o contribuinte não tinha certeza de suas posições tributárias, foram cobertos pelo programa³¹.

Após a conclusão do procedimento, as administrações tributárias enviaram cartas de resultado às principais entidades controladoras das multinacionais que voluntariamente entraram no programa ICAP. Os resultados se referiam apenas às transações cobertas, que foram explicadas em cartas contendo várias informações, incluindo a classificação dos contribuintes e transações em categorias de baixo e não baixo risco.

Uma avaliação de baixo risco indica que são necessários recursos modestos de auditoria. Não sendo identificado nenhum risco tributário específico, as empresas de baixo risco receberam cartas informando que a administração tributária acredita não ser necessário dedicar tempo e esforço para realizar *compliance* cooperativo. Já em relação a contribuintes com perfil de *não* baixo risco, pode haver interesse em continuar tratativas no intuito de obter maior clareza quanto às circunstâncias que envolvem receios por parte da administração tributária, verificar a possibilidade de a empresa ser reclassificada como de baixo risco ou até mesmo entender o que poderia ser feito para garantir determinado *status* tributário. Por exemplo, sendo encontrados problemas de preço de transferência de alto risco, pode a empresa optar por prosseguir com um APA bilateral e encerrar o processo do ICAP.

Contribuintes de alto risco geralmente são aqueles em alguma linha de auditoria ou ação de *compliance*. Para empresas classificadas como de risco *não* baixo, o programa serviu como ferramenta para antecipar e resolver problemas antes que surgissem durante um processo de fiscalização. O ICAP ofereceu a chance de

³¹ Conforme o documento que disciplina a primeira versão do ICAP: “Os riscos fiscais internacionais a serem cobertos como parte do piloto (os riscos cobertos) são: risco de preço de transferência; risco de estabelecimento permanente”. OCDE. *International Compliance Assurance Programme: pilot handbook*. Paris: OCDE, 2018. p. 11.

contribuintes continuarem trabalhando com a administração tributária para obter certeza sobre seus preços de transferência e/ou posições relativas a estabelecimentos permanentes, sendo o programa visto por governos e empresas como uma oportunidade de aprenderem sobre os possíveis desafios em um contexto tributário transfronteiriço.

8.2. Regulamentação

Não foram estabelecidas regras específicas em antecipação ao projeto piloto do ICAP 1.0, na medida em que o trabalho foi realizado exclusivamente como um processo de avaliação de riscos de forma mais ou menos informal. Consequentemente, não foram necessários procedimentos jurídicos especiais para que os governos participantes pudessem prosseguir na execução do programa junto com multinacionais. As administrações tributárias utilizaram como orientação apenas o Manual da OCDE que serviu de base para o ICAP. Tal abordagem foi intencionalmente adotada para aumentar a flexibilidade do programa, pautando-se na ideia de que autoridades fiscais podem entrar em contato diretamente com contribuintes a fim de estabelecer relacionamentos aprimorados, sem qualquer necessidade de instrumentos formalizados anteriores ou de autorização jurídica especial. Isso porque tratados tributários baseados no modelo da OCDE possibilitam aos agentes fiscais contatar outros governos para discutir contribuintes específicos, uma vez que a delegação de responsabilidades às autoridades competentes é ampla e permite esse tipo de interação, conforme a segunda frase contida no artigo 25(3)³².

Apesar de a troca de informações tributárias com outros governos ser juridicamente possível em razão de tratados tributários conterem o artigo 26 das Convenções Modelo da OCDE e da ONU³³, os agentes fiscais geralmente se sujeitam a regras de confidencialidade e demais medidas de proteção de dados pessoais de contribuintes, sob pena de sanções por divulgações não autorizadas. Por exemplo, o preâmbulo da Convenção sobre Assistência Administrativa Mútua em Matéria Tributária, desenvolvida conjuntamente entre a OCDE e o Conselho Europeu em 1988 e emendada por protocolo em 2010, ressalta a necessidade de garantia de proteção à confidencialidade, enfatizando ainda que, ao coordenar esforços para o intercâmbio de informações, os países devem garantir “proteção adequada dos direitos dos contribuintes”³⁴. Em acréscimo, o manual sobre o padrão para

³² “[As autoridades competentes dos Estados Contratantes] também podem consultarem-se para eliminar a dupla tributação nos casos não previstos na Convenção.” OCDE. *Model tax convention on income and on capital*. Paris: OECD, 12 nov. 2017.

³³ A propósito, cf. RING, Diane. Article 26: exchange of information. In: IBFD. *Global tax treaty commentaries*. Amsterdã: IBFD, 6 dez. 2018.

³⁴ *Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters* – text amended by provisions of the Protocol amending the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, which entered into force on 1st June 2011.

troca automática de informações ressalva que nenhum Estado-parte poderá receber informações a menos que demonstre atender “aos mais altos padrões de confidencialidade e segurança de dados”³⁵.

Consequentemente, ao concordar em participar do ICAP, as empresas são obrigadas a assinar um memorando de entendimento, que inclui um consentimento de divulgação, a fim de permitir que as administrações tributárias envolvidas compartilhem informações entre si.

9. ICAP 2.0

O ICAP 2.0 foi lançado em 2019, após a 12^a reunião plenária do Fórum de Administração Tributária da OCDE³⁶. A reunião se concentrou em quatro prioridades: (1) cumprimento de medidas BEPS e garantia de segurança tributária; (2) melhoria da cooperação tributária; (3) apoio à digitalização contínua das administrações tributárias; e (4) construção de capacidade para os países em desenvolvimento³⁷. As jurisdições participantes do programa piloto do ICAP pediram que as administrações tributárias continuassem trabalhando em conjunto com multinacionais no intuito de encontrar soluções para problemas fiscais transfronteiriços. Nesta segunda rodada, dez novos países aderiram à iniciativa (Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Finlândia, França, Irlanda, Luxemburgo, Noruega e Polónia), e agora há um total de dezoito países participando. À medida que o ICAP 2.0 se desenvolve, os governos que lideram o projeto continuam a trabalhar com representantes da comunidade de especialistas tributários para ter uma ideia de quais outras jurisdições podem estar potencialmente interessadas em participar no futuro.

O segundo projeto piloto reformulou substancialmente o ICAP. Agora, o programa consiste em quatro etapas:

- pré-entrada;
- escopo: quatro a oito semanas;

³⁵ OCDE. *Standard for automatic exchange of financial account information in tax matters: implementation handbook*. 2. ed. Paris: OECD, 2018. p. 8.

³⁶ Cf. OCDE. *International Compliance Assurance Programme: pilot handbook*. Paris: OCDE, 2018; OCDE. *International Compliance Assurance Programme: pilot handbook 2.0*. Paris: OCDE, 2019; RUSSO, Ronald; and MARTINI, Mário Henrique. The International Compliance Assurance Programme reviewed: the future of cooperative compliance? *Bulletin for International Taxation* v. 73, n. 9, 2019; CANNAS, Francesco; and WAUTERS, Kristof. The rise of cooperative compliance programmes and the rule of law: a comparison between Belgium and Italy. *European Taxation* v. 59, n. 12, 2019.

³⁷ Cf. EY. OECD's Forum on Tax Administration agrees on collective actions on tax certainty, cooperation and digital transformation. *Global Tax Alert*, 29 mar. 2019; EY. OECD's Forum on Tax Administration announces International Compliance Assurance Programme (ICAP) 2.0 and publishes new pilot handbook. *Global Tax Alert*, 4 abr. 2019.

- avaliação de riscos e resolução de problemas: não mais que vinte semanas; e
- resultados: quatro a oito semanas.

Como se vê, agora o manual da OCDE prevê a resolução de problemas como terceira etapa do ICAP, ao lado da avaliação de riscos. No entanto, como o ICAP 2.0 é totalmente voluntário, não há propriamente um direito de recorrer das decisões administrativas. No caso de contribuintes obterem posições contraditórias das administrações tributárias envolvidas, resta-lhes retomar as discussões com as autoridades fiscais de cada país.

Além disso, enquanto o ICAP 1.0 estava restrito a preços de transferência e riscos ligados a estabelecimentos permanentes, o ICAP 2.0 pode tratar de qualquer questão tributária que a empresa multinacional decida submeter, incluindo impostos sobre valor agregado (IVA), instrumentos financeiros e entidades híbridas etc. A administração tributária principal é responsável por compartilhar com outra administração tributária coberta as questões incluídas pelos contribuintes. Os governos que concordarem adentram a fase de escopo. Isso significa que cada órgão de receita é livre para decidir o nível de risco e quais problemas merecem resolução.

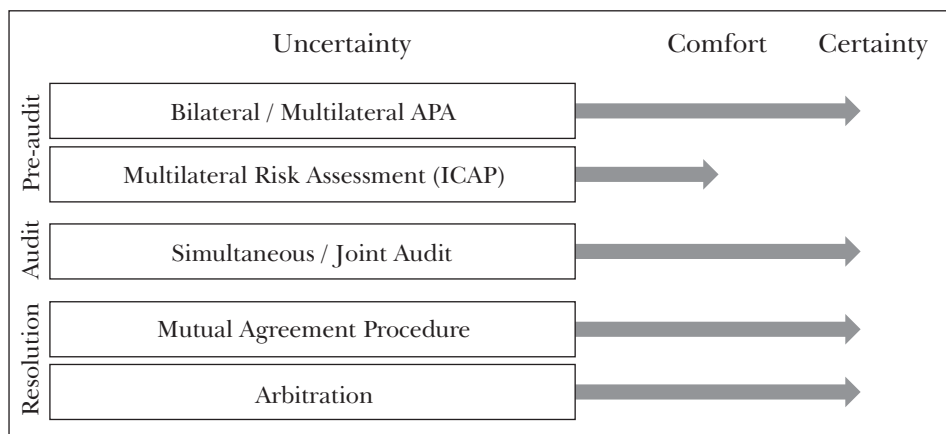
10. Comparando velhos e novos instrumentos

O ICAP tem sido descrito como um importante novo mecanismo internacional cujo objetivo é aproximar *compliance* e certeza em matéria tributária, tanto para administrações tributárias quanto para contribuintes. A ideia para esse tipo de esforço colaborativo surgiu após tratativas entre autoridades competentes no âmbito da OCDE. O que motivou essa reunião foi o desejo do Fórum de Administrações Tributárias da OCDE de aprimorar relacionamentos com multinacionais, por meio de um programa de cooperação público-privado para redução da possibilidade de conflitos tributários. Pelo menos três razões centrais explicam a aderência dos países participantes: obter um melhor *compliance* das empresas; tornar menos custosa a administração de tributos; e trazer maior certeza às declarações anuais do imposto de renda das pessoas jurídicas para ambas as partes.

Uma das formas pelas quais se espera que tais finalidades sejam alcançadas é mediante o incremento de clareza quanto às prováveis reações administrativas à precificação de transações entre entidades empresariais relacionadas. Em contraste com APAs, sejam bilaterais ou multilaterais, com auditorias conjuntas ou simultâneas, com o MAP e com a arbitragem, o ICAP proporciona conforto, em vez de certeza. Somente através de decisões vinculantes e processos de fiscalização podem os contribuintes assegurar-se do resultado de uma posição tributária em face da fazenda pública.

APAs garantem certeza prospectivamente, ao passo que auditorias, MAP e procedimentos de arbitragem promovem certeza apenas retrospectivamente. O

ICAP, por sua vez, ocupa um campo intermediário, permitindo que as partes possam trabalhar cooperativamente para reduzir o número esperado de disputas mediante uma prevenção ou mitigação *ex ante*, em vez de uma reação ou negociação *ex post*. A figura abaixo ilustra como esses instrumentos se relacionam³⁸.



11. Conclusão

Novos instrumentos estão voltados a promover segurança tributária, em complemento aos tradicionais MAP, arbitragem e auditorias multilaterais. Em um contexto de constantes e profundas mudanças nas regras da tributação de atividades econômicas transfronteiriças, o *compliance* cooperativo emerge como forma de minimizar disputas e controvérsias e, assim, estabilizar o sistema tributário internacional. Hoje, 137 países participam do projeto BEPS como membros do *Inclusive Framework* (inclusive o Brasil), e muitos são os que vêm formalizando programas de cooperação para aprimorar as relações entre administrações tributárias e contribuintes. Mais recentemente, alguns países se uniram para testar o mais novo instrumento criado pela OCDE: o ICAP. O sucesso da primeira fase conduziu à reformulação do programa, com adesão de novos governos.

O envolvimento inicial no ICAP 1.0 foi motivado por um desejo de determinar o escopo de uma potencial experiência multilateral de cooperação entre fiscais e contribuintes, com o objetivo de aprimorar o programa para sua segunda fase. Os governos participantes acreditam que há claros ganhos em se abrirem ao diálogo com grupos multinacionais, permitindo revelar aquilo que cada parte interessada vê como arriscado em um ambiente de risco. Outro benefício é reunir autoridades fiscais para discutirem coletivamente como um grupo, contribuindo para melhores relacionamentos entre os parceiros de um tratado, mais efetiva

³⁸ OCDE. *International Compliance Assurance Programme: pilot handbook*. Paris: OCDE, 2018; OCDE. *International Compliance Assurance Programme: pilot handbook 2.0*. Paris: OCDE, 2019. p. 8.

utilização de “relatórios país a país” (*country-by-country reporting* – CbCR) e assim por diante.

Da perspectiva dos contribuintes, o ICAP pode ser visto como uma iniciativa revolucionária que os ajudaria a melhorar seus perfis de risco, inclusive em face das consideráveis mudanças relacionadas à economia digital³⁹. Ao dar às multinacionais a oportunidade de entenderem melhor como as administrações tributárias conduzem avaliações de risco, o ICAP promete reduzir a incerteza, mesmo que sem garantir totalmente determinada posição tributária. Do ponto de vista das relações e disputas intergovernamentais, o ICAP provavelmente será útil aos Estados no sentido de lhes permitir compreender melhor as abordagens de seus pares e até mesmo antecipar prováveis posições de outras Receitas⁴⁰.

³⁹ Cf., *e.g.*, ARAKI, Satoru. The OECD-led International Compliance Assurance Programme: a game changer? *Tax Notes International*, 2 jul. 2019; HERZFELD, Mindy. ICAP as a tool for addressing the digital economy. *Tax Notes International*, 15 jul. 2019.

⁴⁰ Sobre o caráter conflituoso das relações tributárias internacionais, cf. MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. *Teoria crítica do Direito Tributário Internacional*. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

Possible Changes in Corporate Income Taxes and their Impacts to the Taxation of Foreign Profits: Initial Comments

José Maria Arruda de Andrade

Associate Professor of Economic Law and Political Economy at the University of São Paulo (USP). Former Assistant-Secretary of the Ministry of Finance's Economic Policy Secretariat (SPE/MF) and Former Visiting Researcher at the Max-Planck Institute for Innovation and Competition in Munich, Germany.

Paula Zugaib Destruți

Specialist in tax law by the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT) and PhD Candidate in the Economic, Financial and Tax Department at the University of São Paulo (USP).

Abstract

Under the so-called Universal Taxation Regime (UTR), Brazilian Transnational Corporations must recognize, and tax, profits ascertained by their affiliates abroad, at the end of each year, regardless of their availability or effective distribution as dividends. This paper provides a brief overview on how the potential changes in Brazilian corporate taxation could impact UTR taking into consideration that, although dividends have been exempted of income tax since 1995, both the Executive and the Legislative Branch have been assessing the possibility of imposing a Withholding Income Tax (WHT) on said income in the context of a broader tax reform, while also grating a corresponding reduction in corporate income taxes' statutory rates. If approved, the new design of corporate taxation may significantly impact the taxation levied on profits ascertained by Controlled Foreign Corporations under UTR, in force since 1995. Our initial findings on the topic suggest that the imposition WHT on dividends, combined with a reduction of corporate income taxes, could relieve the taxation on foreign profits at the company level – boosting their capacity to compete in foreign and domestic markets – but potentially increase the tax burden to shareholders due to limitations imposed on the offset of Foreign Tax Credits (FTC).

Keywords: tax reform, dividends, universal basis taxation.

I. Possible changes to corporate taxation

Brazil is in the midst of a ground changing debate concerning a potential reform in both indirect and direct taxation. Aside from the two main proposals for Constitutional Tax Reforms aiming to unify five to eight indirect taxes at federal, state and municipal levels, which are currently under analysis by the National Congress¹, the Executive Branch has also submitted a more timid proposal for

¹ Proposals for Constitutional Amendments No. 110/19 and No. 45/19: a joint commission of 25 Senates and 25 Representatives is in charge, since April 2020, of analyzing both proposals producing a single text to move forward with the tax reform.

the unification of the Contributions on Gross Revenue (the so-called PIS and COFINS) into a single Contribution on Goods and Services (CBS)². In other words, while the National Congress is adopting an “all-in” strategy, the Executive Branch has been proceeding with a more cautious approach, focusing on step-by-step changes that may be implemented through alterations in ordinary law, with less political support.

Within these step-by-step changes, the Federal Government is also considering the possibility of altering the current design of corporate taxation into a model that is more aligned with practices from members the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). Instead of imposing two taxes on corporate profits – Income Tax on Corporate Profits (IRPJ) at a 25% rate and Social Contribution on Net Profits (CSLL) at a 9% rate – and exempting dividends, the idea would be to tax profits at a lower statutory tax rate but impose some sort of taxation on dividends. Allegedly, the primary goals would be fostering the reinvestment of profits – discouraging their distribution –, tackling shortfalls in the current tax regime and reducing the differences between corporate and personal taxation.

The most recent statements from Federal Public Authorities, including from the Minister of Economy himself, suggest that one of two models could be adopted: levying Personal Income Tax (IRPF) on dividends, at sliding rates varying from zero to 27.5%, or imposing Withholding Income Tax on dividend distributions at a 15% rate. However, no formal proposal has been presented in this regard so far, as Federal Government claims to be studying an alternative to mitigate the potential impacts to revenue collection, particularly in the transaction period. This is because, if a proposal is approved, taxpayers are expected to distribute as much dividends as possible to avoid the new taxation, slashing Federal Revenue Service’s collection projections in a moment that the public budget is most tight.

As for the Legislative Branch, there are several proposals on the taxation of dividends with as many formats and models as one could wish for (or not), including the imposition of WHT at a 15% rate without any reduction in the current taxation on profits³. Nonetheless, the proposals that are more advanced and are currently being examined by the Senates’ Commission on Economic Affairs – Bill of Law No. 2015/19 and 1952/19 – set forth a 15% rate of WHT on dividends and an equivalent or partial reduction to IRPJ tax rate (which currently is 25%) either at once or after a transaction period. The differences between both proposals can be summarized as follows:

² Bill of Law No. 3887/20 is currently pending the analysis of the House of Representatives.

³ Bill of Law No. 2742/20 sponsored by Senate José Serra.

Criteria	PL 1952/19 (Senate Otto Alencar)	PL 2015/19 (Senate Eduardo Braga)
IRPJ + CSL (statutory rates)	29% overall (20% of IRPJ and 9% of CSL)	20% overall: progressive decrease of IRPJ's rates from 2021 to 2025 from 25% to 11% + 9% rate of CSL
WHT (statutory rates)	General rule: 15% Small business: exempt Tax havens or privileged regimes: 25%	General rule: progressive increase until 15% in 2025 Small business: not applicable until BRL 2.4 MM Tax havens: 25%
Combined Statutory Rates	39,65%	32%
Nature of the taxation	Legal entities: anticipation of IRPJ/CSL Medium size entities: definitive taxation Individuals: optional	Legal entities: anticipation of IRPJ/CSL Individuals: optional
Method to avoid double taxation	Offset of the WHT on received dividends with the WHT on paid dividend distributions (except for medium size business)	Not applicable if (a) the investment is recognized through the equity method – MEP; (b) the beneficiary is a non-profit or a transparent entity (including but not limited to investment funds)
Deductibility of dividends	No	No
Profits capitalization	Unclear – capitalized profits may raise the cost of the investment but no further rule is provided as to the taxation applicable on the transaction.	Profits may be capitalized without taxation and quotas and shares may be distributed to taxpayers also without taxation provided that no capital reduction is carried out in five years prior or after the capitalization.

If approved, these proposals could drastically change how the Regime of Taxation in a Universal Basis (UTR)⁴ impacts Brazilian MNEs and their shareholders. Under said regime, profits earned directly or indirectly through Controlled Foreign Corporation (CFCs) must be subject to IRPJ and CSL by the end

⁴ The taxation imposed on profits earned by CFCs, in Brazil, is significantly different from the regimes adopted by other countries. Almost no other country – except for New Zealand – taxes profits deriving from foreign operations regardless of their effective distribution as dividends. For this reason, we have chosen not to call adopt the CFC terminally in this paper.

of each calendar year, at a combined 34% tax rate⁵, regardless of their actual availability or distribution as dividends. Article 76 of Law No. 12,973/14 governs that the controlling entity in Brazil must register its investments in direct and indirect affiliates separately, meaning that the investment in direct subsidiaries must be segregated into subaccounts to individualize the profits and losses ascertained by this entity from those ascertained by indirect subsidiaries under its chain of control – as if all foreign subsidiaries were sister companies sitting below the Brazilian controlling company.

To mitigate UTR's impact, until 2022, profits and losses of CFCs may be consolidated and offset at the level of the controlling company in Brazil (horizontally) provided that the entity which ascertained them: (i) is not resident in a Country that does not share tax information with Brazil; (ii) is not resident in a tax haven nor benefits from a privileged tax regime; (iii) is not resident in a Country that taxes corporate profits at a statutory rate lower than 20%; (iv) is not controlled by an entity that meets requirements (i), (ii) or (iii); and, lastly, (iv) has at least 80% of active income (i.e., income derived from operational activities, such as the sale of goods or provision of services)⁶. Moreover, the income tax paid by CFCs abroad can be offset against the IRPJ and the CSL due by the Brazilian controlling company, however, limited to the amount of the taxation due in Brazil on such foreign profits, as to avoid the offsetting of Foreign Tax Credits (FTC) against the taxation levied on profits originated within Brazilian territory.

In light of the foregoing, this summary intends to provide a brief overview of which could the impacts of the changes in corporate taxation to UTR, taking into consideration the perspective of both companies and shareholders. This paper has no intention of exhausting the subject matter as one cannot even determine if changes will be approved and/or how they will modify the current tax system. In other words, this piece aims at providing initial thoughts for brainstorming and possibly contributing to the current ongoing debate concerning the reform of direct taxation in Brazil, with no intention of settling a definitive position on the benefits and hindrances arising from a potential taxation on dividends.

II. Potential impacts to universal taxation to business income

Under UTR, gains ascertained by CFCs must automatically be taxed in Brazil at the end of each year, and because IRPJ and CSL' statutory rates are signifi-

⁵ Contrary to previous legislation (notably Article 74 of Provisional Measure 2,158-35/01), Law No. 12,973/14 made it clear that the amounts subject to taxation in Brazil are only those relating to the profits of foreign subsidiaries, excluding, therefore, the income that corresponds to the foreign exchange variation of the investment and other accounts registered in the net equity of the subsidiary that do not correspond to actual profits. Nonetheless, there was no fundamental change in the regime.

⁶ The controlling company in Brazil cannot offset losses registered abroad with local profits but it may offset foreign profits against its Net Operating Losses in Brazil.

cantly higher than those imposed by other countries, where market prices are progressively adjusting to a lower corporate tax burden, most Brazilian MNEs experience a substantial loss of competitiveness in their overseas operations. For those companies that cannot afford to increase their prices to foreign consumers or to squeeze their profit margins, the solution is to pass on the tax cost to the domestic market, where most of MNEs have a consolidated position. For newly entrants⁷ in both foreign and domestic markets (the so-called born-global MNEs) however, UTR takes a direct hit on profit margins, increasing their net operating losses.

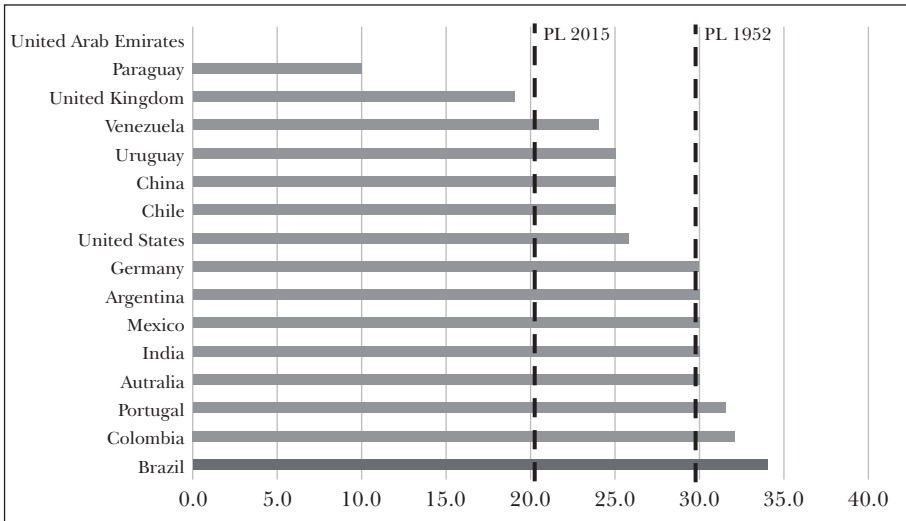
In addition, UTR has a substantial impact on the cash-flow because the controlling entity is Brazil must disburse the funds necessary to meet its tax obligations on both local and foreign profits, without having received any cash from its CFCs (since profits are taxed even before being distributed). In a less likely scenario, the controlling company may receive just enough resources from CFCs to pay the tax bill in Brazil, thus compromising its ability to make new investments abroad (chiefly due to foreign exchange variations). Therefore, even though the FTC may neutralize the taxation from a broader perspective – as further explained in the next topic – UTR is not without consequence to Brazilian MNEs, particularly for those that are expanding their activities and need to reinvest their resources.

The scenario has become more critical as other countries have considerably reduced their statutory rates of corporate income tax – sometimes broadening the tax base and sometimes not – in the past two decades. According to a OECD study published in 2020, from the 109 surveyed jurisdictions, 88 reduced their statutory tax rates, 15 kept the same and only six countries increased it between 2000 and 2020. Chart I below shows the statutory rates for the Corporate Income Tax (CIT), in force in 2020⁸, in each of the fifteen main destinations of Brazilian MNEs' *operational* investments, according to a study developed by *Fundação Don Cabral* (FDC) in 2017. As one may observe, without distributing dividends, the Brazilian controlling company does not have enough FTC to neutralize the levy of IRPJ and CSL on foreign profits in Brazil, being forced to make-up for the difference with its own resources.

⁷ Some startups and fintech's that adopted a corporate structure aiming to carry out an Initial Public Offering (IPO) in a stock exchange abroad or receive the investment from private equities or foreign funds may not be impacted by UTR.

⁸ The statutory rate indicated in the chart considers the taxation on corporate profits imposed by the central government, as well as the average taxation on profits imposed by local government. Therefore, even though one may expect for tax rate in the United States to be 21%, it is in fact 25,9% due to the taxes levied on corporate profits at states level.

Chart I: Statutory CIT Rates for the main investment destinations of Brazilian MNEs in 2020



Source: OECD data set (2020a); PWC Tax Summaries (2020); FDC, Brazilian MNEs Rank (2017).

Nonetheless, if the statutory rate of IRPJ were reduced to 11% – assuming the approval of PL 2015/19, for example – then the overall tax burden on corporate profits would be 20% (considering that CSL is levied at a 9% rate), meaning that UTR would no longer have a cash impact on profits ascertained through CFCs resident in twelve out of the fifteen countries in which Brazilian MNEs invest the most. If IRPJ's statutory tax rate were reduced to 20% and the overall tax burden was hence 29%, it would already secure a full tax relief for operations in Germany, Argentina, Mexico, India, Australia, Portugal, and Colombia. Furthermore, in both cases, the cash impact to the Brazilian entity would be significantly reduced because the gap between the taxation and the FTC would be lower.

In a nutshell, the restructuring of corporate taxation in Brazil could represent a significant relief for Brazilian MNEs, particularly those that are facing liquidity problems in light of the recent economic and political crises. Ideally, changes in the tax rate should be accompanied by alterations in the regime itself, as restrictions imposed on the consolidation of foreign results – including the need for the CFC to be resident in a jurisdiction that taxes corporate profits at a rate equivalent or above to 20% – could still represent unnecessary hindrances to the growth and diversification of national economic groups. Notwithstanding these additional adjustments, the reduction of IRPJ tax rate could fundamentally change the tax incentive concerning onshore and offshore investments.

III. Potential impacts to shareholders in Brazil

Although changes to the current tax regime as mostly welcomed by Brazilian MNEs, possible changes may increase the tax burden to shareholders. Under the current framework of UTR, taxpayers can offset the income tax paid on profits and dividends with the IRPJ and CSL levied on oversea profits in Brazil but not with taxes levied on local profits. In principle, for Brazilian shareholders to receive the gains ascertained by CFCs⁹, dividends must be distributed from these entities to the Brazilian controlling company, being subject to WHT in most countries where the affiliate is located. Therefore, to understand the impact to shareholders, it is relevant to identify the final tax burden imposed in the source country, which is converted into a FTC for purpose of offsetting the taxes levied in Brazil on the same gains.

Table I below shows the statutory rates for the CIT and the WHT in each of the fifteen main destinations of Brazilian MNEs' *operational* investments in 2017, as well as the final tax burden on dividend distribution. The WHT on dividends considers the maximum rate that the country of residence of the CFC could impose on distributions, according to tax regulations in force in 2020, thus discarding any tax benefit, special tax regime, advanced ruling, or Double Tax Treaty (or even common practice tax planning) that may apply to reduce the overall tax burden imposed on this item of income.

Table I: Statutory Rates for the main investment destinations of Brazilian MNEs in 2020

Country	Final Corporate Income Tax Rate	WHT on foreign distribution	Dividend after tax per 100 units	Final taxation on dividends
Chile	25.0%	35.0%	48.8	51.3%
Australia	30.0%	30.0%	49.0	51.0%
Venezuela	24.0%	34.0%	50.2	49.8%
Portugal	31.5%	25.0%	51.4	48.6%
United States	25.8%	30.0%	52.0	48.0%
Germany	29.9%	25.0%	52.6	47.4%
Colombia	32.0%	20.0%	54.4	45.6%

⁹ Profits may also be distributed because of gains derived from the adjustments in investments costs through the equity method but still the local company would have to have available cash to make the profit distribution.

India	30.0%	20.0%	56.0	44.0%
Mexico	30.0%	10.0%	63.0	37.0%
Argentina	30.0%	7.0%	65.1	34.9%
Brazil	34.0%	0.0%	66.0	34.0%
China	25.0%	10.0%	67.5	32.5%
Uruguay	25.0%	7.0%	69.8	30.3%
Paraguay	10.0%	15.0%	76.5	23.5%
United Kingdom	19.0%	0.0%	81.0	19.0%
Uni. Arab Emirates	0.0%	0.0%	100.0	0.0%

Source: OECD data set (2020b); PWC Tax Summaries (2020); FDC, Brazilian MNEs Rank (2017).

As one may observe, for all destinations except China, Uruguay, Paraguay, United Kingdom and United Arab Emirates, the combination of both CIT and WHT provides enough FTC to fully offset the taxation levied in Brazil on foreign profits. Whenever the FTC may be fully offset, the taxation imposed by Brazilian tax regulations becomes, at some point, neutral in relation to the overall gain arising from the investment abroad. However, if the FTC is insufficient to offset the taxes levied on oversea gains, the taxation imposed in Brazil results in an effective increase in tax burden (or double taxation as some may say), since the additional disbursement made by the controlling company in Brazil becomes definitive.

Currently, any exceeding amount in relation to IRPJ and CSL has little impact because the FTC may be offset in the following years. Therefore, if a company invests simultaneously in Mexico and Uruguay, for example, it may offset the exceeding FTC deriving from the taxation paid in Mexico with the IRPJ and the CSL levied on profits ascertained in Uruguay, in the same year or the next one, leaving almost no room for the accumulation of tax credits (a frequent problem in Brazil). Any FTC that cannot be offset simply reflects the cost of doing business outside Brazil and taking advantage of different markets, resources, assets, and locations, particularly where no further taxation is imposed on dividends.

However, if the IRPJ' statutory rate were reduced to 20% (as per PL 2015/19) and the WHT' statutory rate were increased from zero to 15%, then less of the FTC would be offset against corporate income in Brazil and more of it would become a cost of the activity because, presumably, taxpayers will not be able to offset the remaining amount of FTC against the WHT levied on dividends distributed in Brazil. In other words, the possibility to offset the FTC could be considerably reduced, thus increasing the overall tax burden, as shown in the different scenarios detailed in Table II below:

Table II: Offset of FTC under different corporate tax designs

Account	(1) Current System	(2) PL 1952/19	(3) PL 2015/19
	IRPJ+CSL (34%) and dividend exemption	IRPJ+CSC (29%) and WHT (15%) on dividends	IRPJ+CSC (20%) and WHT (15%) on dividends
Profits in Brazil	200.0	200.0	200.0
Profits in Mexico	100.0	100.0	100.0
Profits in Uruguay	80.0	80.0	80.0
Total profits	380.0	380.0	380.0
CIT (local profit)	68.0	58.0	40.0
CIT (foreign profit)	61.2	52.2	36.0
Total CIT	129.2	100.0	76.0
FTC Mexico	37.0	37.0	37.0
FTC Uruguay	30.3	30.3	30.3
Total FTC	67.3	67.3	67.3
CIT after the offset	68.0	58.0	40.0
Accumulated credit	6.1	15.1	31.3
Distributed dividends	312.0	322.0	340.0
WHT on dividends	–	48.3	51.0
Dividends after tax	312.0	273.7	289.0
Total tax burden	68.0	106.3	91.0

Drafted by the authors; source: OECD data set (2020b); PWC Tax Summaries (2020); FDC, Brazilian MNEs Rank (2017)

The example above demonstrates that the overall taxation to shareholders could increase if the statutory rate of corporate taxes (IRPJ and CSL) is reduced but dividends become taxable either by WHT or by IRPF. In effect, as per the numbers in Table II, even if the IRPJ rate is reduced to 11% (resulting in a final rate of 20% considering levy of CSL – Scenario 2), the final tax burden to shareholders would still be 34% higher than in the current system (Scenario 1), while the net amount distributed as dividends would be 8% lower. Evidently, the effec-

tive tax burden could vary depending on which countries the Brazilian MNEs invest, but, as a general rule, shareholders participating in companies that carry out activities in countries with elevated corporate taxes, such as Germany, United States, Chile or even Mexico, could in fact be subject to a higher taxation if the current corporate tax system is changed.

IV. Conclusion

In a nutshell, if the National Congress approves the changes envisaged by the Executive Branch or by PLs No. 2015/19 and 2015/19, the impacts of UTR to Brazilian MNEs could be completely redefined. While the companies could take advantage of the change and benefit from an extra cash flow to reinvest in their onshore or offshore activities, without being required to anticipate the taxation due on foreign profits, shareholders may experience an increase in taxation because, presumably, the possibility to offset FTCs will remain limited to the IRPJ and CSL levied on overseas profits. This is not positive nor negative, but just a matter to be considered in the current tax reform debate. As mentioned in the beginning, these are just initial thoughts to boost and qualify the discussion. In any event, one can only hope that the Federal Government, after taking so long, presents a proposal that considers all ripple effects deriving from the potential changes in the current design of corporate taxation.

V. Sources

- CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. *A evolução histórica das alíquotas de imposto de renda em diferentes países e as potenciais consequências para o Brasil / Confederação Nacional da Indústria*. Brasília: CNI, 2017. p. 38. Available at: https://bucket-gw-cni-static-cms-si.s3.amazonaws.com/media/filer_public/ee/5b/ee5b65c5-9c37-44f0-bcc3-bf0bb07cc18c/lowres_cni_memorando_aliquotas_2.pdf.
- BARAKAT, L. L.; CRETOIU, S. L.; SIMÕES, L. G.; RESENDE, L. V.; ALVIM, F. M. *Ranking FDC das Multinacionais Brasileiras 2017*. 12. ed., Fundação Dom Cabral, 2017. Available at: <https://trajetoriasinternacionais.fdc.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Ranking-FDC-das-Multinacionais-Brasileiras-2017.pdf>.
- GOBETTI, S. W., ORAIR, R. O. Taxation and distribution of income in Brazil: new evidence from personal income tax data. *Revista de Economia Política* v. 37, n. 2, São Paulo Apr./June 2017. Available at: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572017000200267&lng=en&tlng=en.
- HARDING, M., MARTEN, M. *Taxation of Dividend, Interest, and Capital Gain Income*. Paris, OECD, November 7, 2013, 56 pages. Available at: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5k3wh96w246k-en.pdf?expires=1600018931&id=id&accname=guest&checksum=7736A518B6999E57A8F9E7C39B6CEAB9>.

- HARDING, M. *Statutory tax rates on dividends, interest and capital gains*. Paris, OECD, February 15, 2018, 34 pages. Available at: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/1aa2825f-en.pdf?expires=1600018789&id=id&accname=guest&checksum=CF999BF9C54E7390B0B9035C425D034B>.
- OECD. *Corporate Tax Statistics, Second Edition*, Paris, 2020. Available at: <https://www.oecd.org/tax/tax-policy/corporate-tax-statistics-database.htm>.
- OECD. *Table II.1. Statutory corporate income tax rate*, Paris, 2020. Available at: https://stats.oecd.org/Index.aspx?DataSetCode=TABLE_III.
- PWC. *Dividend, interest, and royalty WHT rates for WWTS territories*. Worldwide Tax Summaries. United Kingdom, 2020. Available at: <https://taxsummaries.pwc.com/quick-charts/withholding-tax-wht-rates#anchor-U>.

Tax Policy in Times of Covid-19 Pandemic: Overview of International and Brazilian Tax Measures against the Coronavirus (SARS-CoV-2) Crisis

Eugenio Carlos Deliberato Jr.

Master of Laws Candidate in International Taxation at IBDT. Master of Laws (LLM) in International Legal Studies at Georgetown University Law Center. MBA at Fundação Getulio Vargas. Certificate in International Business and Finance at New York University. Post-Graduate Degree in Tax Law at IBET. Admitted to the practice of law in Brazil and New York.

Abstract

This paper aims to provide an overview of tax policy responses identified by international organizations and implemented worldwide against the adverse effects of the Covid-19 pandemic, as well as how these measures can aid governments and tax administrations across the globe to overcome the challenging situation imposed by this health crisis, to understand the main measures enacted in Brazil and to propose further tax measures that Brazilian authorities could consider to protect households and businesses and to stimulate a rapid economic recovery of the country.

Keywords: tax policy, tax measures, pandemic, coronavirus, Covid-19.

1. Introduction

In early 2020, the outbreak of Covid-19 coronavirus changed the world dramatically. From the recognition of the disease as a pandemic by the World Health Organization to governments imposing health measures (i.e., quarantines, lockdowns and social distancing), as well as the slowdown of the global economy, the humankind has certainly not seen a crisis so severe and complex in ages.

As prominent international organizations, such as the International Monetary Fund (“IMF”), the Organisation for Economic Co-operation and Development (“OECD”) and the United Nations Development Programme (“UNDP”), state the Covid-19 pandemic is as a crisis like no other¹, without precedent in recent history² and the greatest challenge faced since World War Two³. It has been known as the Great Lockdown⁴.

¹ IMF. *World Economic Outlook, April 2020: the great lockdown report*, Foreword, p. V. Available at: <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020>. Viewed: 14 July 2020.

² OECD. *Tax and fiscal policy in response to the coronavirus crisis: strengthening confidence and resilience*. Updated 19 May 2020, Executive Summary, p. 4. Available at: <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/tax-and-fiscal-policy-in-response-to-the-coronavirus-crisis-strengthening-confidence-and-resilience-60f640a8/>. Viewed: 10 July 2020.

³ UNDP. Covid-19 pandemic. Humanity needs leadership and solidarity to defeat the coronavirus. Available at: <https://www.undp.org/content/undp/en/home/coronavirus.html>. Viewed: 25 July 2020.

⁴ IMF, *supra* note 1.

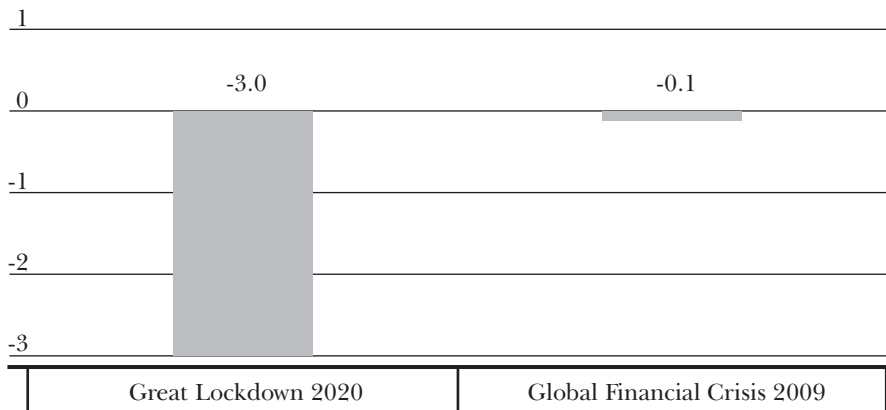
The World Bank envisions a massive contraction by at least 5.2 percent in global GDP in 2020⁵. Based on IMF's June projections, the projected global economic growth may contract by 4.9 percent this year⁶. This makes the Great Lockdown the worst global recession since the Great Depression, and far worse than the Global Financial Crisis⁷.

Figure 1

The Great Lockdown

The world economy will experience the worst recession since the Great Depression.

(real GDP growth, year-on-year percent change)



Source: IMF, World Economic Outlook.

Countries around the world are active and strongly committed to protect the lives and livelihoods of their citizens, especially the most vulnerable ones, and

⁵ THE WORLD BANK. The global economic outlook during the Covid-19 pandemic: a changed world, June 8, 2020. Available at: <https://www.worldbank.org/en/news/feature/2020/06/08/the-global-economic-outlook-during-the-covid-19-pandemic-a-changed-world>. Viewed: 14 July 2020.

⁶ IMF. World Economic Outlook Update, June 2020. *World Economic Outlook Reports*. Available at <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/06/24/WEOUpdateJune2020>. Viewed: 14 July 2020.

⁷ GOPINATH, Gita. The great lockdown: worst economic downturn since the great depression. April 14, 2020. *IMFBlog*. Available at: <https://blogs.imf.org/2020/04/14/the-great-lockdown-worst-economic-downturn-since-the-great-depression/>. Viewed: July 14, 2020.

their economies from the negative damages caused by the pandemic. The protection of cash flow, solvency and liquidity has been a top priority for households and companies more than ever. Governments have implemented a diverse set of social, health, financial and economic measures with unprecedented speed and financial magnitude to help their economic activity to respond to the ongoing turmoil. This scenario is not different in Brazil.

The aftermath of the Covid-19 crisis on the global economic activity is hard to predict yet. Countries, individuals and business activities remain being impacted in different ways. Nevertheless, a common understanding seems to be that the pandemic will mainly have two phases – a phase of containment of the spread of the virus followed by a phase of economic recovery.

Whether it is through government spending, tax cuts, incentives, waivers, deductions, payment deferrals, wage subsidies, household income, payment deferrals or changes to tax filing and payment deadlines, the study of tax policy is mainly concerned with “the design of a tax system that is capable of financing the necessary level of public spending in the most efficient and equitable way possible”⁸.

The enactment of public policies, particularly tax-related measures, plays a crucial role in helping alleviate the financial burden on taxpayers, companies and governments in dealing with Covid-19 under current circumstances.

This paper aims to provide an overview of tax policy guidelines identified by international organizations and how they can aid governments and tax administrations across the globe to overcome this challenging situation, including in Brazil, and to propose further tax measures that Brazilian authorities could consider to stimulate a rapid economic recovery.

2. Overview of International Tax Policy Responses

From an international perspective, by means of recognizing the importance of tax in tackling the impacts caused by the novel coronavirus worldwide, the IMF and the OECD have provided policy guidance and technical assistance to governments and tax authorities aiming to assist them to address the Covid-19 crisis.

In this context, the IMF staff has launched a series of notes on some tax-related policies to be taken into account by the countries when implementing tax measures, as follows⁹:

⁸ TANZI, Vito; ZEE, Howell H. Tax policy for emerging markets: developing countries. International Monetary Fund. *National Tax Journal*, Jun. 2000, p. 3. Available at: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2000/wp0035.pdf>. Viewed: 22 July 2020.

⁹ IMF. Tax issues: an overview. IMF Special Series on Fiscal Policies to Respond to Covid-19. *IMF Fiscal Affairs*. April 6, 2020. Available at: <https://www.imf.org/~media/Files/Publications/covid19-special-notes/special-series-on-covid-19-tax-issues-an-overview.ashx?la=en>. Viewed: 20 July 2020. For further notes on tax law design considerations and on how revenue and customs agen-

- *Extending payment arrangements* for taxpayers able to show they are experiencing cash flow problems; ensuring that interest rates on late payments are reasonable; waiving penalties in genuine hardship cases;
- *Expediting VAT and other legitimate refunds*, but with post-crisis enforcement/verification; *enhancing cross-crediting* against other liabilities while ensuring proper accounting for all taxes;
- *Extending arrangements for carry back of losses*. Consider refund of losses;
- *Ensuring that waived interest, rent or other charges are not treated as taxable income and possibly grant deduction for the lender/landlord*;
- *Reduce/eliminate minimum business taxes unrelated to profitability*;
- *Reduce/eliminate turnover/simplified taxes for small businesses*;
- *Provide a double deduction in corporate tax for sick pay wages paid to workers placed on part-time*; and
- *Consider payroll/social security tax reductions* while safeguarding benefit entitlement), perhaps limited to the low paid, and possible refunds to the self-employed.

Likewise, while working on other long-term tax projects, such as the enhancement of tax cooperation among countries and the tax challenges of digital economy, the OECD has suggested a range of tax administration and tax policy responses to assist policymakers to take appropriate actions to support taxpayers in their own local contexts, including:

A. Tax Administration Responses – Support for Taxpayers¹⁰

- *Extension of deadlines* to file tax returns as well as to make tax payments;
- *Deferral of tax payments* in order to ease cash flow;
- *Remitting penalties and interest* (penalties and interest for late filing or payment could be suspended or possibly refunded depending on circumstances);
- *Debt payment plans* (taxpayers could be given easier access to payment plans and extensions of plan duration. Consideration may also be given to having an interest-free period);
- *Suspending debt recovery* (administrations may want to consider suspension of debt recovery, including suspending the garnishing of wages or bank accounts and asset seizures and sales);

cies can support government's response, see *IMF Legal – Special Series on Tax Law Design Issues to Respond to Covid-19* and *IMF Fiscal Affairs – Special Series on Fiscal Policies to Respond to Covid-19*. Available at: <https://www.imf.org/en/Publications/SPROLLS/covid19-special-notes>.

¹⁰ OECD. Forum on tax administration. *Tax administration responses to Covid-19*: measures taken to support taxpayers. Flyer. 16 March 2020. Available at: https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=119_119698-4f8bfnegoj&title=Tax_administration_responses_to_Covid-19_Support_for_taxpayers. Viewed: 14 July 2020.

- *Quicker refunds* (where taxpayers are owed money, processes for refunds might be prioritized to ensure money is paid out quickly);
- *Provide tax certainty* (consideration of possible options for providing early tax certainty where appropriate);
- *Audit policies* (consideration of not auditing taxpayers during the crisis other than where fraud is involved);
- *Enhanced services* (consideration of adjustments to taxpayer services, including increased use of digital channels, dedicated hotlines and, where practicable, longer opening hours of telephone centers); and
- *Communication* (clear communication strategies, including dedicated web-pages, multifaceted media communications, and consideration of how to identify and reach vulnerable taxpayers).

B. Tax Policy Responses¹¹

- *Temporarily provide more generous welfare payments and income support*, including through benefits provided through the tax system, to individuals and workers, including those that are normally not entitled to such payments. This could include broader access to unemployment benefits, sick leave or family leave, also for self-employed workers; and increasing standard cash benefits delivered through the tax system to offset short-term impacts on lower income households;
- *Waiving or deferring employer and self-employed social security contributions, as well as payroll related taxes*. Hard-hit sectors that have been part of a shut-down or that have suffered significant economic consequences could benefit from the waiver of payroll related taxes and social security contributions that are paid by the employer or the self-employed, to immediately reduce labor costs. The sectors covered could be expanded as the economic consequences become more widespread;
- *Providing tax concessions for workers in health and other emergency-related sectors*. In order to reward people for working extra hours and in potentially dangerous conditions, governments could partially exempt labor incomes (e.g. income from overtime) from personal income taxation and social security contributions. In addition, governments could incentivize some retired workers to temporarily re-enter the workforce during the crisis by ensuring that such work does not affect eligibility to their pension entitlements;

¹¹ OECD. Forum on Tax Administration. *Emergency tax policy responses to the Covid-19 pandemic: limiting damage to productive potential and protecting the vulnerable*. Flyer. 20 March 2020. Available at: https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=119_119695-dj2g5d5oun&Title=Emergency%20tax%20policy%20responses%20to%20the%20Covid-19%20pandemic. Viewed: 14 July 2020.

- *Deferring payments of VAT, customs or excise duties for imported items* (e.g. food, medicine, capital goods), avoiding abuse through careful administration;
- *Speeding up refunds of excess input VAT*, accompanied by targeted measures to limit fraud risks;
- *Simplifying procedures for claiming relief from VAT on bad debts*, including by reducing the minimum period of payment delay that is required for VAT on issued invoices in order to be eligible to obtain relief;
- *Adjusting the required advance payments on the basis of a revised expected tax liability* that more closely approximates the taxpayer's likely final tax liability, taking into account the expected impact on business turnover (instead of using last year's sales or profits as a proxy);
- *Deferring or waiving taxes that are levied on a tax base that does not vary with the immediate economic cycle*, e.g. recurrent business property taxes or business turnover taxes;
- *Increasing the generosity of loss carry-forward provisions*. One option is to turn loss-carry forward provisions into a loss-carry backward provision, where businesses could opt to receive a one-off cash payment that equals their accumulated tax losses multiplied by the statutory corporate income tax rate; and
- *Preparing for recovery including through tax policy*. While the immediate focus is on maintaining liquidity and providing income support, governments need to prepare for a careful balance of fiscal stimulus and fiscal consolidation once the pandemic subsides.

In addition to the aforementioned initiatives, responding to a request of the G20 Presidency, the OECD undertook an assessment of the tax and fiscal policy measures introduced by countries worldwide in response to the coronavirus pandemic¹². The outcome of this initiative is the report *Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience*¹³, which discusses how tax and fiscal policy can cushion the impact of continued containment and mitigation policies and subsequently support economic recovery. It also outlines the major policy reforms that will be needed to prepare for restoration of public finances.

According to the report¹⁴, the main policy objectives in relation to the pandemic are (i) to support efforts to reduce the health crisis, (ii) to limit the adverse

¹² OECD. *Overview of country tax policy measures in response to Covid-19 crisis*. Available at: <http://www.oecd.org/ctp/tax-policy/covid-19-tax-policy-and-other-measures.xlsm>. Viewed: 14 July 2020.

¹³ OECD. *Tax and fiscal policy in response to the coronavirus crisis: strengthening confidence and resilience*. May 19, 2020. Available at: <http://www.oecd.org/ctp/tax-policy/tax-and-fiscal-policy-in-response-to-the-coronavirus-crisis-strengthening-confidence-and-resilience.htm>. Viewed: 14 July 2020.

¹⁴ *Idem*, p. 8-9.

effects from containment and mitigation measures on households and business, (iii) to support economic recovery and ensure that the recovery from the crisis is as swift as possible, and (iv) to strengthen the resilience of economic and health systems.

In terms of tax policy to support economies through the crisis, the OECD understands that the coronavirus crisis can be broken down into four different phases, each one requiring its own policy responses during and after the pandemic that may overlap and vary across countries¹⁵.

As pointed out in the report *Tax Policy Reforms 2020: OECD and Selected Partner Economies*¹⁶, in the initial phase (*Phase 1*), countries confronted with a virus outbreak have implemented containment and mitigation measures, where the aim has been to halt the outbreak. In this phase, tax and broader fiscal policies have tended to focus on liquidity for businesses (e.g., tax payment deferrals, tax filing extensions, accelerated tax refunds, reduced employer social security contributions, and loss carry-back allowing taxpayers to carry back their 2020 tax losses against profits earned in prior tax years) and income support for households (e.g., income support and expanded access to social benefits).

As the health crisis continues and containment and mitigation measures remain in place, tax and fiscal measures may evolve gradually into a more sustained effort to reduce the adverse impacts of containment by means of liquidity, solvency and income support (*Phase 2*) (e.g., extension of the size and scope of initial measures, clarification of eligibility criteria and new measures targeted at specific sectors and addressing solvency risks).

As countries have begun to relax containment and mitigation measures, the focus of tax and fiscal policies have shifted towards a transition to economic recovery, including fiscal stimulus policies to support employment, investment and consumption (*Phase 3*) (e.g., measures to support economic recovery, such as VAT rate reductions and incentives for employment and investment). However, the progression towards recovery may not be linear. There may be some overlap with Phase 2, where containment and mitigation measures are only being removed gradually or partially.

There also remains the possibility of containment measures being reinstated to respond to a second wave of the pandemic. Where this occurs, it will present policy makers with complex fiscal policy challenges given the need to limit the economic hardship from containment in conjunction with stimulating recovery. The timing of repayments or delayed payments linked to the liquidity support

¹⁵ *Idem*, p. 10.

¹⁶ OECD. *Tax policy reforms 2020: OECD and selected partner economies*. Fifth Edition. Published on September 3, 2020. Pages 110. Available at: <http://www.oecd.org/tax/tax-policy-reforms-26173433.htm>. Viewed: October 4, 2020.

measures introduced in Phases 1 and 2 will also be critical and should not compromise firms' ability to recover.

Once economies have recovered, a shift towards restoring public finances can be anticipated, during which there may be renewed attention on strengthening countries' ability to absorb or respond to future shocks, including resilience to health risks and supply chains, as well as to other known risks, such as climate change and declining biodiversity (*Phase 4*). New tax policy issues will not only emerge in the post-pandemic phase, but will also turn out to be an important part of countries' strategies to pursue additional sources of revenue after the crisis, which may embrace the international taxation of digital economy (Pillars 1 and 2), the progressivity of tax systems and carbon taxation.

Figure 2¹⁷

Tax policy responses to the COVID-19 crisis

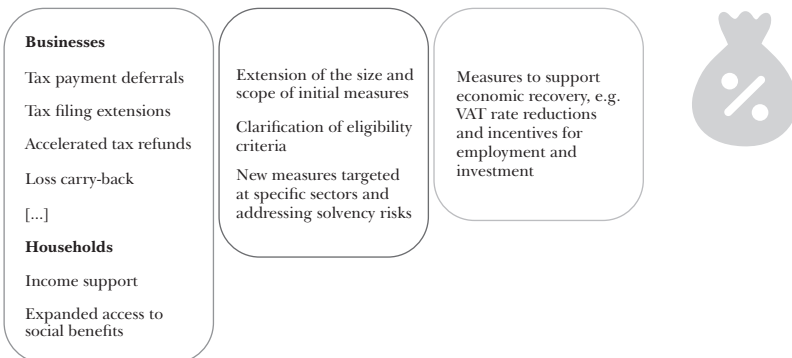
Phases of pandemic and containment



Phases of tax policy response



Tax policy measures implemented by governments



Source: Tax Policy Reforms 2020: OECD and Selected Partner Economies

OECD

¹⁷ Idem.

3. Overview of Main Tax Policy Responses in Brazil

The situation in Brazil has not been so different to the rest of the world in terms of significant reduction in the economic activity due to the negative damages caused by the pandemic. In this sense, the Brazilian government has enacted a diverse set of tax measures aiming to protect households, businesses and the economy, as exemplified below:

Objective	Tax Policy Response	Description
Protection of Business Cash-Flow	Tax Payment Deferral	Deferral of the payment of the Simples Nacional tax (simplified tax regime for small and medium taxpayers)
		Deferral of the employer's contribution to the unemployment severance fund (<i>Contribuição ao Fundo de Garantia Por Tempo de Serviço – FGTS</i>) due by legal entities
		Postponement of certain tax liabilities and other charges particularly for small and medium enterprises
		Extension of the deadline for the payment of some federal taxes (e.g., turnover taxes and social security contribution)
		Extension, for 60 or 90 days, of the payment of State taxes (in certain States)
	Tax Filing Extension	
Tax Waiver	50%-tax rate reduction levied on “S System” payroll tax (third party contributions paid along with Social Security – INSS) for three months	
	Zero rate for IOF (Tax on Financial Transactions) on credit transactions entered into between April 3rd, 2020 and December 31, 2020	
Protection of Household Cash-Flow	Tax filing extension and tax payment deferral	
Support Employment	Enhanced or extended eligibility for unemployment benefits	The federal government, in order to avoid layoffs, authorized companies to reduce working hours and employee wages, while preserving the hourly wages of workers. The workload reductions can be 25%, 50% or 70%. Under the program, workers with reduced working hours or a suspended contract will receive emergency aid from the federal government

4. Conclusion: What is next?

Considering the international framework, recommendations and tax measures described above – either internal or local – the question that arises is whether the Brazilian tax authorities should consider implementing further tax policies in response to the Covid-19 crisis aiming to help households and businesses, and to stimulate a fast economic recovery.

It is a consensus that the tax system is an important player to fight the negative impacts of the pandemic in the country. This is even true in the case of a country like Brazil with a continental size, a significant population and with many internal inequalities.

That being said, there are additional tax policy measures that the Brazilian government could take into account for implementation in the country, for instance: the carryback of tax losses, the abolishment of the 30%-limitation on offset of tax losses (at least for fiscal year 2020), the fast track procedures for tax refunds and the deductibility of donations for income tax purposes, which could provide extra assistance to the country's efforts to reduce the adverse impacts of the pandemic.

The Exportation of Services from Brazil: Different Taxes, Same Justification and the Need for Consistency

Paulo Victor Vieira da Rocha

Law Faculty of the University of Sao Paulo.

Instituto Brasileiro de Direito Tributário.

Amazonas State University.

Abstract

The exportation of services in Brazil is exempt from the local tax on services and from the social contributions (PIS/Cofins). However, the criteria for the characterization of an “exportation” are quite different. This paper argues that the justification for such exemption is the destination principle. Thus, there must be coherence in the system and consistence between the criteria for determining what an exportation of services is. This is a claim of the Equality Principle.

Keywords: international trade, services, exportation, justification, destination principle, equality principle.

1. Introduction

The importation of services in Brazil is taxed under two social contributions, usually jointly mentioned as “PIS/Cofins” and under the local tax on services (“ISS” – Imposto sobre Serviços). On the other side, the exportation of services is exempt from both PIS/Cofins and the ISS. This last tax is assigned to municipalities by the Constitution and the mentioned social contributions are assigned to the federal level of government.

Even though they are assigned to different levels of tax power (local and federal) they have very similar taxable events. One could even say that economically speaking they are levied on the same base. The local tax has “rendering services” as its taxable event and its tax assessment base is the service’s price. The federal social contributions have the importation itself as the taxable event, defined in terms of time by the payment of the fee due to the service¹. Its tax assessment base is such fee (gross, therefore, before income tax withholding) plus the local tax on services and the own social contributions.

So, except for the gross-up on the price of the service in case of the social contributions, both local and federal charges are levied on the fee paid to the foreign service provider. Both were not charged until some years ago and the new

¹ Such contributions have at least two different taxable events: 1) revenue, for the sake of domestic transactions; 2) importation of services and goods, concerning international transactions. This essay focuses on the second taxable event, since it deals with the problem of the definition of “services’ exportation”.

tax incidence was clearly justified on the destination principle², but one can also argue that neutrality and the equality principle justify such rules. As a matter of fact, if services' providers in Brazil are subject to both taxes (at origin and destination), their foreign competitors would be in great advantage before them, besides that they would not be treated in accordance to their ability to pay in comparison to such competitors (in case one considers that such taxes are levied on the firm's ability to pay).

Besides that, as a general principle of international trade and fiscal policy, States usually do not tax their exportations, assuming that their services and goods would be taxed in their destination. Thus, if they were taxed at origin, such exporters would not be in conditions to compete with local providers (in the State of Destination), since the local players would be subject only to the State of Destination's taxes and the foreigners would be subject to both the State of Destination's and the State of Origin Taxes³.

Coherently with the taxation of service importations, Brazil exempts the exportation of services. If Brazilian services' providers were taxed at origin and at their destination, they would be taxed twice, while the local providers would be taxed only by their own States, the Destination of Brazilian exported services. However, since services in Brazil are subject to federal and local taxation, problems arise in identifying an "exportation" of services.

Differently from what occurs to goods and merchandise, services are not tangible nor subject to customs clearance or any other procedure that can characterize its "entrance" in a market or economic order and the same difficulties arise concerning its exit from a market or economic order. Thus, it is quite expected that legislators have some hard work on defining an "exportation of services" for the sake of exempting it.

This essay does not discuss the correctness of any criteria for the definition of "service exportation", rather the existence of very different criteria in the federal and local tax legislations. The core of the case is a constitutional claim for internal consistency on defining services' exportation derived from the equality principle.

2. The equality principle as a claim for justification

There is some consensus about the formal nature of the equality principle. A very repeated formula abstracts its requirement for everybody who are equal being treated equally and everyone who is different being treated differently, in

² SCHOUERI, Luís Eduardo. O ISS sobre a importação de serviços do exterior. *Revista Dialética de Direito Tributário* v. 100, n. 39, 2004, p. 45.

³ SCHOUERI, Luís Eduardo. O ISS sobre a importação de serviços do exterior. *Revista Dialética de Direito Tributário* v. 100, n. 39, 2004, p. 40-41.

proportion to such differences. This sets a formula, but not its factors. It is a formal norm, because it does not contain itself the criteria for determining who is equal and who is different⁴.

There are many explanations for it, but here one of them will be focused: no one is absolutely equal to other one. Thus, equality is relative. It is even better defined if one claims for equal treatment for people or facts in *equivalent* (not equal) situations⁵. Because people and facts can be equivalent one to another concerning one criterion and completely different one from another concerning another criterion⁶. Mickey can be equivalent to Donald concerning their gender, but they can be completely different concerning their intelligence.

Thus, as a formal principle, equality needs substantial criteria for defining who is equivalent and who is not⁷. One can only search for comparison patterns having in mind what such rules are set for⁸. For example, depending on what ends one have in mind comparing Mickey and Donald according to their gender can be suitable and according to their intelligence not. This is so because also “suitable” is a relative predicate. Something is only suitable to an end. There is no suitability to everything.

Depending on the ends of a rule or a legal regime, some criteria can be suitable and others not. However, searching for the ends of a rule or regime can lead to endless discussions about what exactly they are, what exactly they can be and how to assess them⁹. Thus, this essay assumes that ends are not the objectives of a government or the intentions of legislators, rather the justifications that can be attributed. Any criterion for differentiating taxpayers or taxable events needs to be justified as a claim of the principle of equality¹⁰.

⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 135.

⁵ TIPKE, Klaus. *Die Steuerrechtsordnung. Band I*. 2. Auf. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2000, p. 313-312.

⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 273-274. ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 40-41.

⁷ TIPKE, Klaus. *Die Steuerrechtsordnung. Band I*. 2. Auf. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2000, p. 316-317.

⁸ RODI, Michael. *Die Rechtfertigung von Steuer als Verfassungsproblem (Dargestellt am Beispiel der Gewerbesteuer)*. München: C. H. Beck, 1994, p. 40-41, 75-76. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 273-274. ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 40-41.

⁹ VOGEL, Klaus. Der Abschichtung von Rechtsfolgen im Steuerrecht. Lastenausteilungs-, Lenkungs- und Vereinfachungsnormen und die ihnen zurechnenden Steuerfolgen: ein Beitrag zur Methodelehre des Steuerrechts. *StuW* Nr. 2 (1977/97), p. 103-107.

VIEIRA DA ROCHA, Paulo Victor. *Teoria dos direitos fundamentais em matéria tributária: restrições a direitos do contribuinte e proporcionalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 129-143.

¹⁰ TIPKE, Klaus. *Die Steuerrechtsordnung. Band I*. 2. Auf. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2000, p. 326. VIEIRA DA ROCHA, Paulo Victor. *Teoria dos direitos fundamentais em matéria tributária: restrições a direitos do contribuinte e proporcionalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 119-122.

One can only say two taxpayers are in equivalent situations and thus need to be treated equally if the criteria for assessing such equivalence is defined. So the search for equality is a search for justifications¹¹. The justification of taxes was attributed to different substantial principles in their History, but currently the ability to pay principle is not only assumed as the primary criteria for comparing taxpayers, but in some cases explicitly prescribed by some Constitutional orders, like in Brazil, Italy and Spain¹².

Many other criteria can “concur” with taxpayers’ ability to pay in order to define who must be equally or differently treated by tax legislations. The only conditions for such parallel criteria being adopted by legislators is that they are constitutionally justified, for example for promoting market fails corrections, environmental protection etc.¹³. The destination principle is somehow a claim of the global free trade of goods and services and a claim of the neutrality principle (import neutrality in this case)¹⁴.

One should note that the application of other comparison criteria among taxpayers or taxable events implies a mitigation of the ability to pay principle¹⁵. Since two subjects are compared and their treatment is differentiated according to their ability to pay, but also according to another criterion, the first one gets somehow mitigated. An example can help understanding this.

Suppose two companies are first compared only according to their ability to pay and they both have a hundred thousand dollars of profits. They would be in equivalent situations concerning ability to pay and thus must pay the same amount of corporate tax, which can be assumed as fifteen thousand dollars, under a hypothetical fifteen percent rate.

In case a new rule sets forth a ten percent rate of corporate tax for companies which accomplish with certain environmental requirements, they won’t be subject to the same taxes. One of them will be liable to a fifteen thousand dollars corporate tax, while the other will be subject to a ten thousand dollars corporate tax, even though they have the same one hundred thousand dollars profit. They will still be differentiated according to their ability to pay, but in a “mitigated way”, since such criteria will be concurring with the environmental criteria, since in

¹¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 228-330. VIEIRA DA ROCHA, Paulo Victor. *Teoria dos direitos fundamentais em matéria tributária: restrições a direitos do contribuinte e proporcionalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 119-122.

¹² VIEIRA DA ROCHA, Paulo Victor. *Teoria dos direitos fundamentais em matéria tributária: restrições a direitos do contribuinte e proporcionalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 175-176.

¹³ REIMER, Ekkehart. Die sieben Stufen der Steuerrechtfertigung. In: GEHLEN, Boris; SCHORKOPF, Frank (Hrsgs). *Demokratie und Wirtschaft*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, p. 113-141 (133).

¹⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. O ISS sobre a importação de serviços do exterior. *Revista Dialética de Direito Tributário* v. 100, n. 39, 2004, p. 40-41.

¹⁵ VIEIRA DA ROCHA, Paulo Victor. *Teoria dos direitos fundamentais em matéria tributária: restrições a direitos do contribuinte e proporcionalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 173-183.

terms of vertical equality, the “shares” of equality will be narrower for they are defined by more criteria¹⁶.

In terms of taxing the revenues from rendering services or the price of services, two companies that bill five thousand dollars for rendering a certain service, are in equivalent situations, specially if they provide exactly the same service. Of course, the ability to pay can play a role on their comparison in case one exports the service and the other does not, since there is here a potential economic double taxation arising from both origin and destination taxation.

However, concerning the ability to pay these two taxpayers show to their origin State, they are in equivalent situation, since their State itself will be treating them equally and the inequality will arise from the other State’s taxation combined. Neutrality is much more directly affected by such double taxation, since this is assessable by the origin State by itself.

This is so because of the general character of the destination principle and because it is majorly adopted by countries¹⁷. As a general principle of international trade and tax policy, it can be implemented by the origin State itself exempting the exported services. It will also be somehow violated by the origin State itself in case such State taxes this exportation. Ability to pay, however shall not be unilaterally implemented, since there is not symmetry between the States concerning this.

Thus, the exemption of services exportation is justified much more by neutrality than by equality itself and for the sake of neutrality it doesn’t matter if the exemption or the taxation is under the federal or local rules. The principle of destination, as a claim of neutrality, is the justification for both local and federal exemptions. If equality imposes a search for justifications and justifications imply comparison criteria, the *same* justification must imply the *same* criteria, for both local and federal taxes.

One could argue that it is possible that two different comparison criteria promote the same end or justification. But this suitability must be demonstrated, otherwise the justification as an end will be promoted with no consistency, what means, with no equality, as it will be argued as follows.

3. The equality principle as a claim for consistency

Besides claiming for substantial comparison criteria derived from the justification (*Rechtfertigung*) of each rule, the equality principle claims for consistency,

¹⁶ AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do. *Imposto sobre o valor agregado – IVA. Value Added Tax – VAT*. Bilingual version. São Paulo: Rumo, 1995, p. 167. BORBA, Carlos Alberto. *El impuesto al valor agregado – IVA*. Curso básico. Montevideo: FCU, 2001, p. 86-87. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 281.

¹⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. O ISS sobre a importação de serviços do exterior. *Revista Dialética de Direito Tributário* v. 100, n. 39, 2004, p. 40-42.

on the search for justification and on the adoption of criteria. These are not the same claims. They are very closely connected though. Thinking about taxation, from one side, each comparison criteria must be constitutionally justified. The only comparison criteria which is presumably valid is the taxpayer's ability to pay, since the main justification of tax rules is to share among the taxpayers the burden concerning the support the general expenses of a State. This is the so-called "burden-sharing function" (*Lastenausteilungsfunktion*) of tax rules¹⁸.

So every criteria adopted in tax legislation which is not the ability to pay must be justified on the promotion or protection of a constitutional good, usually inserted in the Economic Order (like market-failure corrections). Thus, comparison criteria must be justified. Exporting services is a criterion for differentiating taxpayers and defining which of them are exempt. This is justified on import neutrality, what is derived from the generally adopted destination principle for international trade taxation.

Even though two service providers render the same service for the same price, one of them shall be exempt because his service is exported (and will be taxed at destination accordingly). They demonstrate the same ability to pay. They are in equivalent situations under the perspective of ability to pay. On the other side, they are not equivalent concerning the destination of their services. However, what are the proxies according to which an exportation is characterized is not an easy question.

One knows that an exportation is a valid criterion for differentiating taxpayers or their services. But one can have serious doubts about what defines an exportation. Because the substantial criteria of tax equality can have different elements or proxies¹⁹. For example, ability to pay can be measured by income, consumption or wealth. In a similar way, exportations can have many different evidences: the place where the service activities are performed, the place where the services are consumed, the place where the results of the service are useful, the place where the fee for the services come from and so on.

This essay does not intend to point out what should be (or should have been) the elements of the definition of exportation for the sake of local legislations about services tax and of the federal legislation about the social contributions on services' importations (PIS/Cofins). The core of the case here is that no matter which of them is correct – the local or the federal – they shall not be different, since the equality principle not only claims for justification of the comparison criteria but it also claims for coherence in the definition of such criteria.

¹⁸ VOGEL, Klaus. Der Abschichtung von Rechtsfolgen im Steuerrecht. Lastenausteilungs-, Lenkungs- und Vereinfachungsnormen und die ihnen zurechnenden Steuerfolgen: ein Beitrag zur Methodelehre des Steuerrechts. *StuW* Nr. 2 (1977/97), p. 107.

¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 47-63.

If the comparison criterion is only one – exportation, and if the justification for such criterion is only one – the destination principle, then the definition of the criterion must – at least in principle, be only one. There should be no two (very) different definitions of “exportation or services” on two different taxes, since the exportation is a comparison criterion justified on the same reason: the destination principle.

I am not sustaining that it is logically impossible that two different definitions of “exportation” implement both the destination principle, at least not in this essay. But there is a very intense reasoning burden against the adoption of two different definitions of the very same criterion. If the goal of exempting the exportation of services in order to promote the destination principle, there is a very reasonable presumption in favor of a unique definition for it.

The adoption of a certain substantial criterion of equality by the legislator raises a presumption in favor of such criterion. Notwithstanding other criterion shall be adopted, there is a need for a justification for doing so, in order to warrant consistency. If “ends” as “justifications” drive the equality criteria, they must be coherently pursued or justified, otherwise the promotion of one will jeopardize the other with no reason. This explain Tipke’s²⁰ assertion according to which, in very simple words, the equality principle claims essentially values consequence or coherence (*der Gleichheitssatz wesentlich wertungsmäßige Konsequenz oder Folgerichtigkeit*).

Thus, if the justification for the exemption rules is the destination principle, there is a need for consistency on implementing it. If one chooses a criterion for implementing it and defines such criteria, the criterion must also be consistently implemented, otherwise its implementation by one side shall be jeopardized by the other. This can be better addressed assessing the implementation of the destination principle by means of exportation as a comparison criterion.

According to the destination principle, goods and services which are the object of international trade, should be taxed at their destination on the same way the local goods and services are taxed²¹. But the goods and services provided domestically are taxed once. If exported goods and services are taxed at their destination, the same way as the locally provided ones, but they are also taxed at origin, they’ll be double taxed, what would put them in a very hard condition to compete with the domestically provided goods and services. This would affect import neutrality.

Thus, implementing the destination principle means to ensure that services which will be taxed by a State (destination) which is not the State where the pro-

²⁰ TIPKE, Klaus. *Die Steuerrechtsordnung. Band I*. 2. Aufl. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2000, p. 326.

²¹ FAUTO, Domenicantonio. L’Imposizione Sul Valore Aggiunto Nell’Unione Europea. In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). *Comércio eletrônico internacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 197-222 (204-205).

vider is established will not be taxed by this last State (the origin). Then, one needs to look at the common standards of taxation of international services in order to assess which services are considered “imported” and thus taxed accordingly at destination. These services are to be in the counter-definition of exported services by the State of origin.

The only hypothesis in which two different definitions of exportation should implement the same destination principle is the adoption of different and contradictory standards by different countries in order to define the taxation of imported services. If there was significant evidence that such common standards did not exist, so there would be good reasons for Brazilian local legislations and federal legislation adopting so different definitions of exportation. This implies the mentioned reasoning burden against different definitions of exportation.

On the other side, if there is no evidence of such absence of common standards, then such burden is not superseded and there is no reason to support different definitions of exportation as a comparison criterion for the sake of the substantial implementation of the equality principle. The adoption of such different definitions, thus, has no coherence nor consistency with the justification that underlies the criterion itself and makes it valid and the equality principle shall not be equally applied if it is applied with no coherence between its substantial criteria and their justifications.

Conclusion

The adoption of different definitions of exportation for the sake of exempting exported services faces a very strong reasoning burden and it does not supersede it. Since exportation is a comparison criterion for differentiating taxpayers with the same ability to pay, it must be justified.

The justification for such criterion is the destination principle. A single justification, as an end, should be implemented in a coherent and consistent way. If the goal end is to ensure only at taxation at destination State, one can only define exportation considering the standards for taxing services as imported. If there is no evidence of the inexistence of such standards, one can assume they exist and, if this is so, two different and opposite criteria shall not match with such hypothetical standards.

If such international standards exist at one side and if the origin State adopts two (or more) definitions of exportation which are opposed one to the other on the other side, but and one of them matches with the common standards, it can be very reasonably assumed the other definition will not.

O Common Reporting Standard – CRS Ante a Pandemia de Covid-19 no Brasil

The Common Reporting Standard – CRS before the Covid-19 Pandemic in Brazil

Carlos Otávio Ferreira de Almeida

Professor do Mestrado em Direito Tributário Internacional do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Professor Coordenador do LL.M. Direito Tributário da PUC-Campinas. Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP. Mestre em Direito Público pela UERJ e em Direito Tributário pela University of Florida-Levin (EUA).
Pesquisador Visitante na Wirtschaftsuniversität Wien (Áustria).

Rodrigo Alexandre Lazaro Pinto

Mestre em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Advogado, Contabilista e Juiz Contribuinte do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo (2020/2021). Palestrante e instrutor do Conselho Regional de Contabilidade (CRC-SP). Diretor da Regional São Paulo (Reforma Tributária) da Associação Nacional dos Executivos de Finanças, Administração e Contabilidade (Anefac) e sócio da FCR Law.

Resumo

A pandemia trazida pelo novo coronavírus impôs a assunção de novos e urgentes dispêndios para conter a conseqüente crise econômica e sanitária. O aumento dos gastos e a dificuldade da obtenção de receitas desequilibra o orçamento num momento de calamidade pública. A fim de incrementar a obtenção de receitas, pode-se considerar a renda auferida no exterior por residentes domésticos, antes alheia ao campo de visão do fisco, mas agora informada pelo *Common Reporting Standard – CRS*, que poderá auxiliar na recomposição do orçamento. Assim, este artigo analisa os benefícios do manuseio de dados financeiros reportados pelo CRS como alternativa de ingressos tributários para recomposição do equilíbrio fiscal pós-Covid-19.

Palavras-chave: *Common Reporting Standard*, crise fiscal, receitas tributárias, Covid-19.

Abstract

The pandemic brought about by the new coronavirus imposed the assumption of new and urgent expenditures to contain the consequent economic and health crisis. The increase in spending and the difficulty in obtaining revenue unbalances the budget at a time of public calamity. In order to increase revenue collection, one can consider the income earned abroad by domestic residents, previously unrelated to the tax authorities' field of view, but now informed by the *Common Reporting Standard – CRS*, which may assist in rebuilding the budget. Thus, this article analyzes the benefits of handling financial data reported by CRS as an alternative to tax inflows to restore the post-Covid-19 fiscal balance.

Keywords: Common Reporting Standard, fiscal crisis, tax receipts, Covid-19.

1. Cenário fiscal brasileiro atual

Uma ameaça repentina causou enorme *frisson* na sociedade internacional. Impossibilitada de estruturar as defesas adequadas ao organismo humano em tão pouco tempo ante o desconhecido risco, a Medicina passou a observá-lo avidamente, a fim de catalogar as características em defesa da sobrevivência. Logo se concluiu, ante a elevada letalidade do coronavírus (Covid-19), que seus efeitos seriam ainda mais destrutivos se presente alguma comorbidade no corpo físico.

A analogia é singular.

O Estado, em sua tessitura orçamentária, capaz de veicular verdadeira linfa a nutrir todos os extremos de seu próprio corpo, do mesmo modo que o ser humano, tanto melhor deveria reagir à indesejada e malévola visita quanto menos comorbidades apresentasse.

Quando, finalmente, a terrível ameaça da Covid-19 iniciou seu percurso em terras brasileiras, encontrou um organismo fiscal adoecido desde 2014, pois que atingido pelos ventos gélidos da ineficiência. Foi ali que o Brasil adoeceu de irresponsabilidade fiscal e, desde então, uma sucessão de déficits primários levaram o país à crônica comorbidade, que, em presença da Covid-19, pode realmente impedir a necessária distribuição de recursos às partes mais extremas do *corpus brasilis*, elevando sobremaneira os riscos de falência respiratória.

Os sintomas são evidentes, na medida em que o Brasil implanta necessárias medidas emergenciais de estímulo fiscal na coluna de receitas e de suporte financeiro anticrise na coluna das despesas, impulsionando o endividamento bruto a patamares de alto risco, como a previsão de 94,7% do PIB até o final de 2020, que em muito superam os 75% do ano passado e os 51,3% dos remotos tempos de hígidez física de 2013¹.

Preparando-se para o verdadeiro *front*, o Brasil alterou a Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional n. 106/2020, que consubstancia o *Orçamento de Guerra* para viabilizar o enfrentamento do inusitado mal. Trata-se, em verdade, de um regime extraordinário fiscal para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia, por sinal, deveras oportuno. Afinal, os sucessivos déficits primários persistem a despeito da carga tributária acima de 33,17%². Logo, um horizonte de dificuldades se configura no atendimento das necessidades públicas ante a projeção de queda da arrecadação já para 2020.

¹ BORGES, Bráulio. Perspectivas para a dívida pública brasileira no pós-Covid-19. Disponível em: <https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/posts/perspectivas-para-divida-publica-brasileira-no-pos-covid-19>. Acesso em: 15 set. 2020.

² BRASIL. Tesouro Nacional. *Estimativa da Carga Tributária Bruta em 2019 por espécie tributária e esfera de governo*. Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::::9:P9_ID_PUBLICACAO:32076. Acesso em: 28 set. 2020.

O coronavírus atingiu o país em cheio, reduzindo as projeções do exercício 2020 para receitas primárias em R\$ 1.456,2 bilhões enquanto elevou para despesas primárias em R\$ 1.982,7 bilhões. O déficit primário, assim, deverá concluir o exercício na casa de R\$ 787,5 bilhões³.

Para além das contas públicas, o Brasil vive, concomitantemente, um momento singular no debate sobre a reformulação de seu sistema tributário em várias frentes, discutindo-se a adoção de um IVA em substituição a diversos tributos federais, estaduais e municipais. Sob a lente do Direito Tributário Internacional, está em curso uma reforma das regras brasileiras sobre preços de transferência, a fim de torná-las mais conformes ao preconizado pela OCDE, justamente no momento em que o país tem sob análise daquela organização seu processo de adesão.

Fato que há alguns anos o Brasil vem se consolidando nos Fóruns de Transparência Fiscal e de Administrações Fiscais da OCDE, assim como no G-20, como autêntico parceiro na implementação dos novos padrões de combate à evasão e aos arranjos elisivos abusivos, interessando a este artigo, mais diretamente, a participação na troca automática de informações fiscais, especialmente pelos novos instrumentos disponíveis às autoridades fazendárias, como o *Common Reporting Standard* – CRS.

Em situação fiscal desfavorável e em face das acaloradas discussões que qualquer mínima reforma tributária deverá promover, analisa-se, em síntese subsequente, uma das alternativas disponíveis ao Brasil para o incremento das receitas públicas sem ter de aguardar pelo consenso parlamentar para aprovação de novas normas: o manuseio das informações fiscais obtidas via CRS por parte da autoridade fazendária federal.

2. A cooperação internacional para localização de omissões de rendimentos em outras jurisdições

A busca por receitas fiscais tornou-se prioridade no atual cenário pandêmico e, para o Brasil, que tributa seus residentes com base no princípio da universalidade (*worldwide income taxation*)⁴, a renda até então ignorada, mas produzida no exterior, pode ser um caminho de reforço fiscal.

Aliás, em matéria de reforço nos ingressos tributários, 135 jurisdições participam atualmente do Quadro Inclusivo do Plano BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting*. Trata-se de movimento internacional, anterior à Covid-19, pelo incremento da arrecadação doméstica sobre a renda de empresas multinacionais (*multinational enterprises* – MNE), que são capazes de explorar lacunas e incompatibi-

³ BRASIL. TCU. *Relatório sobre reflexos e riscos das mudanças nas regras orçamentárias e fiscais aplicáveis durante e após a pandemia de Covid-19*. Rel. Min. Bruno Dantas. 26.08.2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/reflexos-e-riscos-das-mudancas-nas-regras-orcamentarias-e-fiscais-em-decorrencia-da-pandemia-de-covid-19.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.

⁴ O Brasil tributa a renda universal de seus residentes pessoas jurídicas com base na Lei n. 9.249/1995, art. 25, e pessoas físicas com base no Decreto-Lei n. 1.168/1939, art. 17.

lidades de normas tributárias domésticas para, artificialmente, mudar o destino dos lucros para paraísos fiscais.

O Projeto BEPS tem procurado desenvolver uma nova estrutura internacional tributária em que os lucros sejam tributados no local em que as atividades econômicas que lhes deram origem, efetivamente, tenham ocorrido e o valor tenha sido criado. Enquanto corre a fase de implantação do BEPS sob monitoramento do Quadro Inclusivo, os desafios trazidos pela digitalização da economia exigem novos esforços na busca por consenso entre os Estados.

Basicamente, a obtenção de lucros sem presença física nas jurisdições desafia a lógica das regras de conexão (*nexus rules*), fazendo emergir novo paradigma para a tributação internacional da economia digital. Assim, em versão atualizada, o BEPS 2.0 (*Unified Approach*) pretende viabilizar a participação do país de fonte da renda (*market jurisdiction*) obtida digitalmente pela MNE com baixa tributação consolidada no globo – “*large consumer (including user) facing business*”. Em outras palavras, a capacidade contributiva resultante da participação das MNE no mercado de consumo é o novo alvo do esforço multilateral de alocação de receitas tributárias.

No entanto, ainda não há consenso quanto às medidas propostas de tributação da renda das gigantes da Internet pelo Projeto BEPS 2.0, restando a tortuosa implementação individualizada dos controversos *Digital Service Taxes* – DSTs pelas jurisdições.

Não se perca de vista, no entanto, que toda a estruturação da cooperação internacional nos últimos anos teve como ponto de apoio a transparência fiscal e esta pode ser bem utilizada no momento desta crise sanitária global.

Não por razão diversa, a OCDE, considerando a indefinição da implementação do Pilar 1 na realocação de direitos de imposição fiscal e do Pilar 2 na fixação de um mínimo de tributação sobre o lucro das MNEs, aborda uma série de medidas de política fiscal que visa a compensar os efeitos desastrosos do coronavírus sobre as receitas fiscais⁵. Por conseguinte, poderá ocorrer de a tolerância dos países em desenvolvimento à evasão fiscal internacional diminuir nesse momento de crise, tornando-se prioritária a busca pela renda não tributada globalmente.

As rendas produzidas no exterior e não reportadas à autoridade fiscal doméstica podem seguir como parte de solução fiscal já disponível, vez que a cooperação internacional faculta a localização dessas rendas além-fronteiras. Trata-se, pois, de medida cabível, disponível e independente de ampla reforma legislativa em momento de crise sanitária-fiscal. A única questão seria definir como localizar a renda internacional oculta em outras jurisdições.

⁵ Outra opção aventada pela OCDE é a tributação sobre a geração de carbono e a tributação sobre a renda gerada por conta da crise. Cf. OCDE. *Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience*. 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/tax-policy/tax-and-fiscal-policy-in-response-to-the-coronavirus-crisis-strengthening-confidence-and-resilience.htm>. Acesso em: 18 set. 2020.

No entanto, essa dificuldade de localização de renda estrangeira não reportada por residentes domésticos foi mitigada há alguns anos com a adoção de novo padrão de cooperação internacional em matéria tributária, centrado não mais na troca *upon request*, mas sobretudo na troca automática de informações fiscais (*Automatic Exchange of Information* – AEOI).

Justamente da necessidade de intercambiar informações financeiras com celeridade, nasceu o *Common Reporting Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information* – CRS, resultado do consenso internacional sobre a relativização dos sigilos bancário e societário entre jurisdições aderentes à transparência e à cooperação fiscal internacional na luta contra evasão fiscal e crimes financeiros internacionais⁶.

No espírito de legitimar e disciplinar instrumentos de cooperação internacional para fiscalização de renda pelas diversas jurisdições, a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária – CMAAT, dentre outras medidas, possibilitou a realização de troca automática de informações bancárias para fins fiscais.

A CMAAT permite a subscrição de Acordos entre as Autoridades Competentes em sua versão bilateral (CAA) ou multilateral (Acordo Multilateral de Autoridade Competentes – MCAA) para operacionalizar a troca automática entre as diversas jurisdições interessadas no compartilhamento de dados financeiros para fins fiscais. Consoante a base bilateral, via CAA, ou multilateral, via MCAA, e a ativação do intercâmbio de informações fiscais, o Padrão de Declaração Comum (CRS) permite a troca automática de informações bancárias em formato digital, passível de cruzamento com banco de dados fiscais domésticos em posse da autoridade fiscal local.

Para uma ideia da eficácia e do potencial modificador do CRS em termos de transparência internacional, apenas em dois anos de sua utilização, já foram alcançadas mais de 47 milhões de contas reportáveis, localizando-se cerca de 4,9 trilhões de euros em ativos financeiros. Em 2019, foram realizadas cerca de 6.100 trocas de informações automáticas de contas financeiras, o que representa um incremento de 36% com relação ao ano inicial do CRS⁷.

Quanto à natureza jurídica, o CRS deve ser visto como um dever instrumental a ser observado pelas diversas instituições financeiras da jurisdição signatária dos acordos de autoridades competentes, CAA ou MCAA, com o objetivo de com-

⁶ Segundo estudo da União Europeia, US\$ 101 bilhões em ativos financeiros *offshore* em 2016 são de titulares brasileiros e podem ser objeto de fiscalização pelas autoridades fiscais domésticas sobre eventual inconsistência sobre a declaração de rendas submetidas às autoridades fiscais domésticas. Cf. UE. *Estimating International Tax Evasion by Individuals – Final Report*. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/2019-taxation-papers-76.pdf. Acesso em: 18 set. 2020.

⁷ Cf. OCDE. *The 2019 AEOI Implementation Report*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transparency/AEOI-implementation-report-2019.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.

partilhar informações de correntistas (pessoas físicas ou jurídicas) residentes nos países consignatários com o fisco local, a quem cabe, posteriormente, fazer a remessa à jurisdição interessada nos dados.

O Brasil seguiu a tendência da maioria dos países e promulgou o CMAAT em 21.10.2016 e iniciou o procedimento de compartilhamento de informações bancárias por meio do CRS em setembro de 2018. Atualmente, o país já remeteu informações financeiras para 56 jurisdições em 2018 (ano-base 2017) e 67 em 2019 (ano-base 2018).

A Receita Federal do Brasil (RFB) divulgou, em seu Plano Anual de Fiscalização 2020 e Resultados 2019, a posse de dados de 860 mil contas bancárias, provenientes de 96 países, incluindo paraísos fiscais e grandes centros financeiros internacionais, como Bahamas, Ilhas Cayman, Uruguai e Suíça. Há destaque ao volume de dados recebidos da Suíça, com aproximadamente 47 mil contas de residentes ou domiciliados domésticos⁸.

Uma vez que o CRS possui formato padronizado e *layout* passível de cruzamento de dados com outras informações dos contribuintes, todo esse conjunto de informações financeiras foi incorporado à base de dados da RFB, encontrando-se disponível as ferramentas de análise de risco fiscal.

3. O CRS no enfrentamento à crise sanitária-fiscal trazida pela Covid-19

A eficácia das análises de dados disponíveis pela AEOI depende da avaliação automatizada de riscos por meio do processamento de dados recebidos de diferentes fontes, sendo a troca automática de informações fiscais apenas uma das fontes para análise. As autoridades fiscais avaliam, por exemplo, o interesse econômico envolvido e a probabilidade de haver evidências suficientes para indicar receitas não declaradas⁹.

Com a fixação do alvo mais próximo possível de um potencial comportamento omissivo e relevante aos cofres públicos, os esforços dos agentes públicos poderão ser recompensados se daí decorrer o lançamento fiscal sobre renda oculta no exterior, não obstante o crédito tributário ainda possa ser incrementado em virtude das sanções legalmente previstas.

Pois bem, esta análise de riscos pode ser mais eficaz com os dados reportados pelo CRS, já que a RFB detém a posse de informações relacionadas aos montantes brutos de ativos financeiros no exterior de residentes no Brasil, incluindo juros, dividendos e outras rendas pagas ou creditadas, assim como as receitas de

⁸ BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Plano Anual de Fiscalização 2020 e Resultados 2019*. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/resultados/fiscalizacao/arquivos-e-imagens/plano-anual-de-fiscalizacao-resultados-de-2019-e-plano-para-2020.pdf/view>. Acesso em: 18 set. 2020

⁹ FINER, Lauri; TOKOLA, Antti. International/United States/European Union/OECD – The Revolution in Automatic Exchange of Information: How Is the Information Used and What Are the Effects? *Bulletin for International Taxation*, v. 71, Amsterdam: IBFD, 2017.

venda ou resgate de ativos financeiros pagos ou creditados na conta durante o ano-calendário ou período equivalente.

Com efeito, o conteúdo dos dados recepcionados pelas autoridades fiscais equivale a uma *fotografia* da posição financeira da conta reportável estrangeira no último dia do ano ou período equivalente.

A autoridade tributária brasileira, portanto, poderá efetuar o cruzamento de informações financeiras dos residentes, gerenciando as análises de risco conforme a massa de informações de patrimônio e renda apresentadas pelos diversos deveres instrumentais locais, especialmente da Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física – DIRPF e do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED. A avaliação poderá ser conduzida, por exemplo, para conformar um cruzamento que aproxime, ao máximo, uma suspeita de omissão de rendimentos de ativos financeiros localizados no exterior e a constatação de eventual evolução patrimonial a descoberto no período.

Neste giro, o CRS já destaca a informação fiscal sobre juros, dividendos e ganhos de capital auferidos na conta financeira estrangeira e bastaria apenas um cruzamento com as linhas do SPED para identificar potenciais inconsistências ensejadoras de procedimento fiscal mais aprofundado.

No caso da Escrituração Contábil Digital, é possível um cruzamento com as contas patrimoniais para identificar se há omissão no reporte local da existência do ativo financeiro estrangeiro declarado à RFB.

Já a EFD-Contribuições (Escrituração Fiscal Digital) e a Escrituração Contábil Fiscal marcam a posição sobre o reconhecimento de receitas financeiras (juros e ganho de capital) e dividendos em determinado período de apuração, possibilitando a indicação de omissão de receitas no exterior. Automaticamente, contudo, não será lavrado um auto de infração eletrônico, mas os elementos indiciários poderão conduzir a uma fiscalização assertiva sobre potenciais rendas omitidas.

Outro aspecto de relevo é que a massa de dados do SPED permite a identificação de eventual evolução patrimonial a descoberto, seja por incompatibilidade com o porte financeiro do titular do ativo no exterior, seja por incompatibilidade com a situação econômico-financeira descrita nas informações oriundas das múltiplas obrigações acessórias domésticas.

As informações disponibilizadas pelas pessoas físicas residentes no Brasil poderão ser igualmente objeto das ferramentas de análise de risco. O cruzamento pode tanto partir do primeiro filtro da simples conferência da declaração local da existência da conta bancária no exterior como pode analisar a evolução patrimonial e a declaração e respectivo oferecimento à tributação (preenchimento dos programas e fichas relacionadas ao carnê-leão e ao ganho de capital) de juros, dividendos e ganhos de capital de ativos financeiros localizados no exterior.

Como se observa, a possibilidade de identificar potencial omissão de rendas por pessoas físicas poderá direcionar a ação fiscal de modo mais assertivo quanto

à localização de alvos próximos a comportamentos omissivos e potencialmente infracionais.

Com relação ao acréscimo patrimonial a descoberto de pessoas físicas, a malha fina de Imposto de Renda de Pessoa Física já é amplamente utilizada pela RFB e poderá ser o ponto de partida para procedimentos fiscais de eventuais incompatibilidades com os dados fornecidos pelo CRS e suas declarações de imposto de renda.

Em face do exposto, lícito concluir que há um enorme acervo de dados fiscais nas mãos da RFB. Em tempos de crise sanitária-fiscal, a capacitação do fisco, pessoal e material, é fundamental para o incremento da coluna das receitas tributárias. Naturalmente que o gerenciamento das análises de risco por meio de tecnologias de ponta é uma das reais necessidades do fisco em todas as jurisdições. No caso do Brasil, espera-se que se possa dar uma resposta ágil quanto à junção do uso dessas tecnologias assertivas e dos dados crescentemente intercambiados pelo CRS, que se configura, insofismavelmente, como uma ferramenta de enorme utilidade tanto para o período atual como para o que virá pós-pandemia.

Conclusão

Ante a enfermidade orçamentária que persegue as contas públicas nos últimos anos, a visita inusitada da Covid-19 traz graves riscos ao desejável equilíbrio fiscal. À guisa de comorbidade, a irresponsabilidade fiscal acentua a agonia do país, tal qual efetivo coronavírus que encontra desprevenido o sistema orgânico do enfermo.

Criar alternativas rápidas para acudir os necessitados durante a crise pandêmica é relevante, mas não basta. Há que se planejar a retomada da atividade econômica para o que vem a seguir, nos exercícios subsequentes.

Em tempos de incertezas e ansiedade, costuma-se buscar a solução definitiva. Onde está a vacina eficaz que nos restituirá a convivência social e a rotina de antes?

Em matéria tributária, todavia, muitas medicações podem ser receitas para a recuperação fiscal de um país. Na ordem internacional, apregoam-se *green taxes*, *digital taxes* ou mesmo a atualização da tributação do IVA ou de outras bases como propriedade. O receituário de combate à Covid-19 exige diversas medidas.

Este artigo, sem desprezar as demais, sugere uma medida efetiva que vai no encalço da localização de uma fonte de arrecadação imediata, sem a necessidade de ampla discussão sobre reformas na legislação tributária brasileira, o que demandará precioso tempo.

Desse modo, o *Common Reporting Standard* – CRS surge como instrumento dotado de elementos necessários para a localização de renda internacional oculta, especialmente se o manuseio de seus dados cotejar informações fiscais já disponíveis à autoridade fiscal doméstica. Esse gerenciamento de análise de riscos

possibilita a elaboração de ações fiscais assertivas que tenham por objeto comportamentos desviantes da norma fiscal.

Portanto, o titular de ativos financeiros no exterior que estiver à margem da legislação doméstica saberá que sua conduta resultará, invariavelmente, em sanção fiscal e potencialmente criminal, o que deverá impor um comportamento de conformidade com relação aos seus ativos financeiros forâneos. Os efeitos de tal conduta transcendem o Direito Tributário e chegam ao Econômico, produzindo nivelamento concorrencial doméstico com os demais contribuintes conformes à tributação sobre a renda no exterior.

O efeito indireto do almejado *green field* proposto pelo efeito dissuasor da instrumentalização de pena aos tangentes à norma fiscal é a desejável inexistência de fluxos financeiros internacionais capazes de financiar ilícitos subsequentes às infrações de omissão de receita, como é caso do tráfico de entorpecentes, armas e pessoas, ou da lavagem de dinheiro e corrupção.

Contudo, os efeitos diretos do CRS são utilíssimos para a expansão da transparência internacional como base da cooperação fiscal internacional. Se esta ajuda mútua já era relevante aos Estados sob condições gerais de saúde, em tempos de crise sanitária-fiscal deve ser evocada com ainda maior razão pela necessidade premente de aumentar a arrecadação. O mundo pós-Covid-19 estará mais interconectado pelas milhares de contas financeiras agora acessíveis a autoridades fiscais.

O acesso a essa enormidade de dados não basta por si só. É fundamental que as autoridades públicas tenham clareza na formatação das políticas fiscais, capacitando o fisco, física e materialmente, para que dê as respostas que a sociedade precisa de modo célere. Treinamento de agentes públicos e aquisição de tecnologias de ponta para o gerenciamento das análises de risco fiscais deverão incrementar a receita tributária.

É possível, ainda, que do coronavírus surja uma nova *vacina* contra ilícitos originários de omissão fiscal de ativos financeiros no exterior, cujo princípio ativo seja a mudança no nível de tolerância em relação a tal prática, especialmente em países em desenvolvimento, como no caso do Brasil.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de; CHIARELLI, Erich Belfort. Transparência no combate à evasão fiscal: repercussões da FATCA no Brasil. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, v. 12, n. 1, Brasília, 2017. p. 261-297.
- BRASIL. Receita Federal do Brasil. *Plano Anual de Fiscalização 2020 e Resultados 2019*. Disponível em: <https://receita.economia.gov.br/dados/resultados/fiscalizacao/arquivos-e-imagens/plano-anual-de-fiscalizacao-resultados-de-2019-e-plano-para-2020.pdf/view>. Acesso em: 18 set. 2020.
- _____. TCU. *Relatório sobre reflexos e riscos das mudanças nas regras orçamentárias e fiscais aplicáveis durante e após a pandemia de Covid-19*. Rel. Min. Bruno Dantas.

- 26.08.2020. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/reflexos-e-riscos-das-mudancas-nas-regras-orcamentarias-e-fiscais-em-decorren-cia-da-pandemia-de-covid-19.htm>. Acesso em: 28 set. 2020.
- _____. Tesouro Nacional. *Estimativa da Carga Tributária Bruta em 2019 por espécie tributária e esfera de governo*. Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO:32076. Acesso em: 28 set. 2020.
- FINER, Lauri; TOKOLA, Antti. International/United States/European Union/OECD – The Revolution in Automatic Exchange of Information: How Is the Information Used and What Are the Effects? *Bulletin for International Taxation*, v. 71, Amsterdam: IBFD, 2017.
- MEINZER, Markus. *Countering cross-border tax evasion and avoidance. An assessment of OECD policy design from 2008 to 2018*. Utreque: Universidade de Utrecht. Out./2019. Disponível em: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>. Acesso em: 18 set. 2020.
- OCDE. *Programme of Work to Develop a Consensus solution to the tax challenges arising from the digitalization of the economy*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.
- _____. *CRS by jurisdiction 2020*. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/crs-implementation-and-assistance/crs-by-jurisdiction/crs-by-jurisdiction-2020.htm>. Acesso em: 23 fev. 2020.
- _____. *Mandatory Disclosure Rules for Addressing CRS Avoidance Arrangements and Opaque Offshore Structures*. 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/model-mandatory-disclosure-rules-for-crs-avoidance-arrangements-and-opaque-offshore-structures.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.
- _____. *Multilateral Competent Authority Agreement on Automatic Exchange of Financial Account Information*. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/automatic-exchange/international-framework-for-the-crs/multilateral-competent-authority-agreement.pdf> Acesso em: 18 set. 2020.
- _____. *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters: Implementation Handbook*. 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/implementation-handbook-standard-for-automatic-exchange-of-financial-account-information-in-tax-matters.htm>. Acesso em: 18 set. 2020.
- _____. *Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience*. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/tax-policy/tax-and-fiscal-policy-in-response-to-the-coronavirus-crisis-strengthening-confidence-and-resilience.htm>. Acesso em: 18 set. 2020.
- _____. *The 2019 AEOI Implementation Report*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transparency/AEOI-implementation-report-2019.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.

- _____. *The Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*. Disponível em: http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/the-multilateral-convention-on-mutual-administrative-assistance-in-tax-matters_9789264115606-en#.WcqTA_krKCg. Acesso em: 18 set. 2020.
- _____. *Using bank deposit data to assess the impact of exchange of information*. Paris: OECD, 2019. Disponível em: <https://lnkd.in/e-BSrrJ>. Acesso em: 18 set. 2020.
- OGUTTU, Annet Wanyana. *A Critique on the Effectiveness of “Exchange of Information on Tax Matters” In Preventing Tax Avoidance and Evasion: A South African Perspective*. 68 Bull., Amsterdam: IBFD, 2014.
- PINTO, Rodrigo Alexandre Lazaro. A troca automática de informações bancárias e fiscais evoluindo para um costume internacional. *Revista de Direito Tributário Internacional Atual*, n. 5, São Paulo: IBDT, 2019.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. Da antítese do sigilo à simplicidade do sistema tributário: os desafios da transparência fiscal internacional. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de et al. *Transparência Fiscal e Desenvolvimento. Homenagem ao Professor Isaias Coelho*. São Paulo: Fiscosoft, 2013.
- UE. *Estimating International Tax Evasion by Individuals – Final Report*. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/2019-taxation-papers-76.pdf. Acesso em: 18 set. 2020.
- WÖHRER, Viktoria. *Data Protection and Taxpayers’ Rights: Challenges Created by Automatic Exchange of Information*. *WU: Tax Law and Policy Series*, v. 10, Amsterdam: IBFD, 2018.

**VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário
Internacional – IBDT/DEF-USP**

***VIII Brazilian Congress of International
Tax Law – IBDT/DEF-USP***

RELATÓRIOS DO MODERADOR
MODERATOR REPORT

Report: "Territoriality or worldwide taxation?"

Amanda Garcia Panissa

Master's Candidate in International Tax Law and Development at the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT). Specialist in International Tax Law at Universidad de Barcelona and in Tax Law at University of São Paulo. Lawyer in São Paulo.

Abstract

This report aims to present the discussions that took place on the panel "Territoriality or Worldwide Taxation", in the VIII Brazilian Congress of International Tax Law, held by the Brazilian Institute of Tax Law – IBDT. The panel occurred on September 17, 2020 and discussed the following topics in relation to the proposed subject: "General Concepts of Territoriality and Worldwide Taxation"; "Unbundle Corporations"; "Territoriality and Worldwide Taxation in Brazilian Perspective"; and "The Trends of Territoriality and Worldwide Taxation".

Keywords: Territoriality; Worldwide Taxation; Single Taxation; CFC;

1. Introduction

The panel was chaired by João Francisco Bianco and were moderated by Amanda Garcia Panissa. The key speakers were Eric Kemmeren, Professor of Tilburg University; Monica Victor, Doctor in Taxation of University of Florida; and Fernando de Man, Professor of Maastricht University; and Gustavo Haddad, Professor of Insper and IBDT.

The chairman opened the panel presenting all the key speakers and introducing the structure of the panel, which was organized in four main topics of the proposed subject, the first one was "General Concepts of Territoriality and Worldwide Taxation", presented by Professor Eric Kemmeren; followed by the topic of "Unbundle Corporations" presented by Professor Monica Victor; then Professor Gustavo Haddad presented the topic "Territoriality and Worldwide Taxation in Brazilian Perspective"; and finally Professor Fernando de Man together with Professor Eric Kemmeren presented the topic "The Trends and Tendencies of Territoriality and Worldwide Taxation". To conclude the panel some short final remarks were presented by the moderator.

2. General Concepts of Territoriality and Worldwide Taxation

Professor Eric Kemmeren started his speech about the concepts of Territoriality and Worldwide taxation, by presenting the structure of it, as he will address Territoriality Principle, Universal Principle and the single taxation notion.

Regarding territoriality, it is related with the source and origin principles. It tries to subject to tax the direct beneficiary of the States infrastructure and is closer to the ability to pay principle. Although, initially Territoriality seems simpler, it also has issues, for example the definition of source (for instance, is where the property is located or

is where the property is used?). So, according to Professor Eric, the best relation to the Territoriality is regarding the origin principle and it is also approached, in 2015, by OCDE¹ that reassure that the taxation should take place where the value is created.

On the other hand, we have the Universality Principle, that is the Worldwide taxation, this principle is related to the nationality (for individuals), and to the residence (for Corporations). So, a big issue are the different definitions of residence around the world, in this case, it may generate a double taxation or even a double non taxation.

And then, there are the notion of single taxation, that is a mixed application of territoriality and worldwide taxation, as it prescribe that the income from cross-border transactions should be subject to tax once (that is, neither more nor less than once). Here the questions addressed should be is necessary to taxing the same subject? Or the taxing the same object? And finally, should be taxing at a fair rate? (but what should be a fair rate?).

3. Unbundle Corporations

Professor Monica Victor takes the floor to address the Multinationals Taxation issues. Corporations on the beginning were territorial based, since they operate just in one country, but after the Globalization, the Corporations started to move and operated abroad, in several different countries. This phenomenon is called Unbundle Corporations, as the companies started to separate its operations, but the Companies are still a single unity.

Therefore, in order to guarantee the taxation, Tax Law started to create several fictions, as for example, arm's length principle and so one, those fictions produce huge complexity to the systems, so, according to Professor Monica Victor, the best scenario to deal with this issue, would be the International cooperation and an application of a Corporate Taxation based on Global Consolidated Tax Basis with the tax rights shared by the States based on Formulary Apportionment.

Nowadays the countries usually follow a mixed policy between the application of Territoriality Principle and the Worldwide taxation, basic because most of the Global transactions involve intangibles, so it generates a higher complexity the system. Initially, the Territoriality Taxation, as a tax policy, were more common in Europe as a result of the colonial system (because they sovereignty were also exercised on the colonials territories). On the other hand, United States, which are not a formal colonial country, applied the Worldwide basis, as they taxed the Companies profits regardless where it is perceived.

So, in order to the policy makers to decide if in the Country will apply Territoriality Principle or Worldwide taxation, there also needs to be considered as aspects as such economy, environment, development and so on. Later, is also important to calcu-

¹ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project – Explanatory Statement – 2015 Final Report – Available in: <https://www.oecd.org/ctp/beps-explanatory-statement-2015.pdf>

late the impact that the choice will have on the gross domestic product (GDP) and on the local economy. Other two aspects that a policy maker should assess are the legality and the political consequences of the decision.

4. Territoriality and Worldwide Taxation in Brazilian Perspective

Professor Gustavo Haddad addressed the territoriality principle and the worldwide taxation in Brazil. Starting a very brief view of the individual's taxation and then showing a deeper view of the corporate taxation.

Brazil tax their resident individuals, since the 40's, with a worldwide taxation principle, very simple, because it is taxed all the income of the resident that is perceived around the world. To avoid the double taxation, it is applied the credit method, that the credit is granted to the tax that is paid abroad to jurisdictions that have double taxation treaty signed with Brazil or based on reciprocity. To the individuals there is no mechanism of abuse or that generate fictions, as the "CFC" rule. In 2013, there was an attempt to introduce a rule like CFC for individuals, but the Brazilian Parliament did not accept it.

Concerning the taxation of the entities, since 1996 is Worldwide basis. Historically, Brazil is a capital import country, but after the 20th century the investment of Brazilians multinationals abroad increases exponentially. The issue is that the systematic which Brazil's tax the foreign income of the Multinationals affects its competitiveness when the capital are playing abroad, most because it is automatic, in other words, the income is taxed at the end of each fiscal year, regardless the profit distribution and the type of income (if there is a passive or active income).

The standard tax rate is 34%, that nowadays are one of the highest in the world, so in 2014, one of the innovations was the granting of a tax credit of 9% to some economy sectors, for example, the industry, but left behind others very important sectors, as the service one.

The Brazilian's Multinationals foreign entities are taxed on a separated basis, so, other innovation of 2014, was the temporary permission to consolidate the foreign profits and losses following some requirements (inspired on CFC of Comparable Law).

To avoid the double taxation, Brazil allows a full foreign tax credit, although there are some issues regarding time. Due to the automatic taxation, is not rare that the foreign tax be paid after the Brazilian tax became due, so although there are some rules that allows this credit, the compliance level is high, costly.

So Brazilian taxation of the foreign income creates several issues of compliance and litigation. For this reason it is perceived as being harmful for the competitiveness of the Brazilian capital playing abroad and for this, Professor Gustavo highlight four aspects: (i) taxation regardless of realization; (ii) global Trend of Reduction of Corporate Income Tax rates (not yet followed by Brazil); (iii) migration to territoriality by developed economies; and (iv) higher withholding tax on distributions to Brazilian Parents due to modest treaty network.

5. The Trends of Territoriality and Worldwide Taxation

Professor Fernando de Man presented arguments in favor and against the Territoriality Principle. Thus, in order to criticize Territoriality it addresses the topics of (i) a potential loss of revenue by the resident state; (ii) incentive to shift profits abroad; (iii) advantage to the Multinationals over Small business; and (iv) where is the value created.

Nevertheless, the matters above, also can be used to criticize Worldwide Taxation, so the main point of both principles is to avoid abuses and prevent the double taxation or the aggressive tax planification. As it said, the focus of the tax policy should be combat the abuse, without interfering on the competitiveness of the Multinational or even the Country itself.

Subsequently, Territoriality Principle has a potential benefit as (i) it depending of the tax policy it may have less affect on the competitiveness of the markets; (ii) no "lock-out effect" on profits earned abroad; (iii) no incentive for tax-driven corporate inversions; (iv) is in line with BEPS objectives; and (v) is easier to manage and requires less compliance costs.

Following, after Professor Fernando presentation, Professor Eric comes back to address the international trends regarding the Territoriality and Worldwide taxation. Presented the trends in OCDE level, in European United level, the impact of the United States of America tax reform and finally address Netherlands Experience.

Subsequently the presentation, Professor Eric, was able to conclude that in a Global, Regional and National trends in respect of taxation of Multinationals are strengthening of worldwide and single taxation, if territoriality taxation is strengthened, unfortunately by exception based on the principle of origin, may predominantly benefit capital exporting countries, may be detrimental to low-income and middle-income countries and benefit high-income countries.

6. Conclusion

After all the presentations, the floor was taken by the moderator that made some provocations with the intention of correlating all topics presented.

So, considering that (i) Global Scenario that we are living, with the Unbunble Corporations, as presented by Professor Monica Victor; (ii) the fact that Brazilian taxation of the foreign income are Worldwide base and do not follow the OECD Guidelines or Comparative Law, as presented by Professor Gustavo Haddad; and (iii) that most of the Countries adopt the Territoriality Principle or are migrating to it, as presented by Professors Fernando de Man e Eric Kemmeren, the questions that arise are all linked to if is not time for Brazil to implement a tax reform and adapt its tax policy to a legit CFC rule, that just impose the profits of passive income or that comes from a jurisdiction with a low corporate tax rate, in order to guarantee the competitiveness of the Brazilian's Multinationals?

Report: "International Tax Law: challenges and lessons from the COVID-19 pandemic"

Ramon Tomazela Santos

PhD Candidate and LLM in Tax Law, University of São Paulo (USP). LLM in International Tax Law, Vienna University of Economics and Business (WU).

1. Regulating in Pandemic: A Business Tax Focus

The panel started with Prof. Diane Ring, professor at Boston College Law School, who covered three interrelated but potentially conflicting policy priorities at stake in managing the economic and financial fallout of the COVID-19 crisis, namely: (i) providing social insurance and a social safety net to individuals and families in need; (ii) managing systemic economic and financial risk; and (iii) encouraging critical spatial behaviors to help contain COVID-19 transmission.

According to Prof. Ring, countries are facing a significant and unique regulatory challenge due to the COVID-19 pandemic, because they are trying to meet such different policy priorities at the same time (social insurance, systemic risk, spatio-behavioral issues).

Social insurance and social safety net. Countries can adopt different mechanisms to deliver such benefits to taxpayers, but it has potential implications on the other policy goals. For example, if individuals out of work are struggling due to the pandemic, a benefit can be granted by the government. In an ideal scenario, government should require evidence that the individual is trying to find a new job, but this is not desirable during the pandemic.

Managing systemic economic and financial risk. The systemic risk faced by countries during the COVID-19 pandemic is completely different from the 2008 financial crisis, because it has both financial and non-financial concerns. In addition to the purely financial aspect, there are contamination risks and domino effects across industries. It is also possible to predict potential corporate debt defaults, a wave of bankruptcies, the inability of businesses to pay workers, widespread layoffs, and declining consumer and investor confidence.

Spatial behaviors to help contain COVID-19 transmission. An important policy priority involves countries' effort to have the population engaged in measures that would contain the spread of the virus, thereby flattening the curve or avoiding a second wave.

Prof. Ring highlighted that there are tensions among such policy goals and that it can be very difficult to achieve all of them at the same time. For instance, the adoption of tax measures to stimulate the consumption for the recovery of the economy may go against the efforts to avoid the spread of the virus.

Against this background, the question that arises is what policy goals are the most important and how such priorities change over time. In order to answer that

question, Prof. Ring outlined five major areas of attention: (i) the use of business taxation to deliver social safety benefits to individuals; (ii) the use business taxation to aid cash flow and prevent the need for social safety; (iii) cash flow assistance and taxation; (iv) draft issues; and (v) chronic underfunding of tax agency.

Prof. Ring explained that business taxation can be used to delivery social safety. For instance, U.S. granted paid leave and related coverage for workers who experience work-related interruptions due to COVID-19. The companies paying such amounts to their employees can receive government financial support via a payroll tax credit.

Moreover, business taxation may also be used to stimulate companies to keep their employees, by means of cash flow assistance. One example is the employee-retention loan for small businesses, which can be converted into a grant (forgiveness of debt) under certain conditions. According to Prof. Ring, although the issue is debatable in the United States, such grant should not generate taxable income, but the company is not allowed to deduct costs or expenses borne by such amounts (e.g., payroll, mortgage interest, rent, utilities).

Regarding legislative drafting issues, Prof. Ring stressed that pandemic-driven legislation was not free from lobbying, mentioning that various provisions in or modifications to the legislation have their roots in industry lobbying efforts. Another drafting issue faced by countries derived from the fact that they had to respond quickly to the pandemic.

Finally, in respect of chronic underfunding of tax agencies, Prof. Ring explained that the U.S. tax agency (IRS) is in a good position to respond in crises, contributing for the administration of benefits and waivers. However, the chronic underfunding led to lack of infrastructure to implement all tax measures connected with COVID-19.

In conclusion, Diane Ring pointed out that the pandemic is providing significant opportunities for substantive tax reforms.

2. New International Taxation Paradigms and COVID-19

Prof. Fernando Zilveti, director of IBDT, analyzed the impact of direct and indirect tax measures adopted by countries around the world to face the COVID-19 pandemic.

As an example, Prof. Zilveti mentioned that Germany reduced, as of July 2020, the VAT rate in its territory, with the aim of stimulating consumption. Another example of coordinated action in the tax field to mitigate the harmful effects of Covid-19 can be seen in Belgium, which allowed the offset of tax losses resulting from the pandemic. According to Belgian law, tax losses from the period between May 2019 and July 2020 may be offset against from future profits with an estimated cap of 20 million Euros.

Prof. Zilveti added that Spain chose to postpone the payment of taxes on income and consumption. In this respect, Spain extended the payment of taxes due by self-employed workers, small and medium-sized companies for six months. The payment of other taxes such as VAT, income tax at source and corporate tax was also postponed.

According to Prof. Zilveti, other countries, such as the United States and Brazil, focused on postponing the payment of taxes and the deadline for the filing of tax returns and ancillary tax obligations. These measures have a limited impact on local investments, but they have undeniable positive consequences for the cash flow of companies and businesses.

With such examples, Prof. Zilveti pointed out that, due to the socioeconomic impacts of COVID-19, the tax legislator used countercyclical measures to restore economic activity and even to prevent its collapse. It evidences that tax policy plays an important role for financial stability and economic growth, even more in times of natural disasters or pandemics.

3. Value Added Tax (VAT)

Prof. Fabiola Annacondia covered several indirect tax measures adopted by countries (Curaçao, Cyprus and the Netherlands) during the pandemic, such as postponement of taxes, waiver of interest and penalties, installment payment plans, among others.

Another important tax measure covered by Prof. Annacondia relates to the refund of tax credits. As some companies are at risk of insolvency, the refund of tax credits may be an important cash flow support for businesses. Moreover, it is a tax measure relatively simply to be introduced by countries, by means of accelerate repayment of VAT, reduction of investigations, the offsetting of tax credits with other taxes, among others.

Prof. Annacondia added that several countries reduced their tax rates to increase customer demand during the crisis. This measure has been adopted mainly for the supply or import of sanitary products (e.g. gloves, masks, hand sanitizer) and health-care services. Some countries (Belgium, Greece, Poland, and Montenegro) have also reduced VAT tax rates or granted exemption to donations of medical supplies and personal protective equipment.

Nevertheless, it should be mentioned that the effectiveness of this type of tax measure depends on its actual impact on prices (i.e. companies need to pass this tax benefit to consumers). Moreover, this tax measure may be burdensome for businesses (e.g. list of goods and services benefited) and it may be politically difficult to reverse in future.

Finally, Prof. Annacondia mentioned that the pandemic increased online sales and the use of different platforms (marketplaces), which may have an impact for VAT purposes.

4. Selected Transfer Pricing Topics

Prof. Ágata Uceda addressed transfer pricing issues related to the COVID-19 pandemic, given the fact that multinational companies (MNEs) have been exposed to an abrupt demand reduction (e.g. fashion retailers, restaurants and hotels, companies in

the leisure and event management sector). This phenomenon led to the question about how to apply existing transfer pricing rules to reflect this unexpected economic disruption.

As an example, Prof. Uceda mentioned MNE's operating through their own low risk distributors that usually have a target operating margin for transfer pricing purposes. Profit margins required in such transactions have been designed during times of economic expansion and taxpayers now are facing the challenges of the pandemic. In this context, the problem that arises is the lack of real time financial data from comparable companies (e.g., financial data used for setting and testing various profit margins of wholesale distributors).

Some taxpayers are considering the use of the most recent comparable data available with appropriate adjustments to account for the current economic conditions. There are various options for introducing adjustments and taxpayers will need to assess the advantages and disadvantages of each one of them, based on the facts of each case. On the one hand, approaches that do not require an adjustment to the interquartile range of existing benchmarks are easy to implement, but this approach does not specifically account for the economic circumstances of a downturn. On the other hand, approaches that introduce quantitative adjustments to account for the current economic conditions are complex and require a careful analysis (e.g., depth and the timing of crisis should be carefully assessed).

An interesting alternative would be the use regression analyses to establish a statistical relationship between certain economic indicators (GDP, unemployment) and the revenues or the profitability of the comparable transactions. Using this type of analysis would allow taxpayers to evaluate the correlation between certain variables and apply it to project the adjusted performance of the comparable companies, thus creating an adjusted interquartile range. However, it must be acknowledged this methodology requires detailed analyses and testing of independent variables. Since tax authorities usually have no experience with this type of analysis, they may argue that it is very subjective and complex.

Prof. Uceda also explained that, because of the pandemic, MNEs are required to revisit their global operations and assess the commercial viability and the future resilience of their supply chains. In this scenario, specific transfer pricing issues need to be addressed by MNEs, such as the calculation and allocation of local restructuring costs.

Regarding intercompany loans, Prof. Uceda mentioned that MNEs may modify the terms of their intercompany agreements in the light of third-party behavior. Possible adjustments may include the deferral of interest and periodic principal payments, a payment-in-kind option, or temporarily waiving the application of financial covenants.

In conclusion, Prof. Uceda pointed out that, after the pandemic, governments will have to adopt tax measures to restore public budget. Therefore, more scrutiny of transfer pricing control in intercompany transactions may be expected in the future.

5. Final remarks

To close the panel, it has been assigned to me the task of making a parallel between the tax measures presented by the panelists with the Brazilian tax system.

The analysis of the topic from a tax policy perspective requires the consideration of three different stages of the pandemic: (i) immediate tax relief for companies to face the pandemic; (ii) economic stimulus to overcome the recession; and (iii) tax measure to restore public budget. It is necessary, therefore, to find a delicate balance between stimulating economic upturn through tax incentives and obtaining funds to cover the public deficit.

As an example, the postponement of taxes helps taxpayers to face the pandemic, but it is not very useful as an economic stimulus, since taxpayers will have to pay, in the future, not only the taxes usually due, but also the taxes deferred.

It was mentioned by Prof. Fernando Zilveti the tax policy adopted by the United States in relation to the offsetting of tax losses (carryforward and carryback of tax losses). This type of tax measure may not be very effective within the Brazilian tax system, because the small number of companies that are subject to the real profit system. Moreover, increasing the 30% limit applicable to the offsetting of tax losses would also reach companies that are benefiting from the crisis (e.g. tech companies), which have earned abnormal profits (excess profits).

Regarding indirect taxes (topic addressed by Prof. Fabiola Annacondia), it should be mentioned that this type of taxes plays an important role in the phase 2 (economic stimulus to overcome the recession), since countries may reduce the tax rate applicable to certain products or sectors to stimulate consumption. However, the difficulty that arises in Brazil derives from the fact that consumption taxation is divided among the Federal Union (IPI), States (ICMS) and Municipalities (ISS). Therefore, it is very difficult to adopt coordinated tax policies in relation to consumption taxes in Brazil.

Finally, when it comes to transfer pricing, as Brazil adopts predetermined profit margins, the allocation of losses in a scenario of economic crisis is very problematic. Moreover, the allocation of losses to a company in Brazil by means of a compensation payment may result in the non-deductibility of the corresponding expense for tax purposes.

Report: "International Tax Planning"

Clara Gomes Moreira

The 3rd panel on the 2nd day of the conference was focussed on how to combat international tax planning, especially analysing two models: (1) tax statutes designed for that – statutory rules, as general anti-avoidance rules (GAARs) (mainly, the principal purpose test (PPT)) and specific anti-avoidance rules (SAARs), and (2) bringing proceedings before courts – administrative and judicial ones.

The panellists were (i) Ana Cláudia Akie Utumi, (ii) Isabel Garcia Calich da Fonseca, (iii) Luís Flávio Neto, (iv) Marcos Aurélio Pereira Valadão and (v) Philip Baker, and the moderator was (vi) Clara Gomes Moreira.

The discussion was structured in four moments: (a) the first one: international tax planning, State aid and the European Union, presented by Philip Baker; (b) the second one: GAARs and principal purpose test, presented by Ana Cláudia Utumi and Luís Flávio Neto; (c) the third one: the Brazilian CFC rules and double tax agreements (DTAs), presented by Marcos Valadão and Luís Flávio Neto; and (d) the fourth one: taxation of offshore indirect transfers and analysis of the Brazilian administrative precedents on it, presented by Isabel da Fonseca.

Regarding the first one, Philip Backer, initially, defined State aid, in line with article 107 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), as when a Member State, through State's resource, confer certain benefit, favouring one economic activity or, more specifically, certain undertakings, and distorting the internal market regarding the trade between the Member States. Considering the Court of Justice of the European Union's (CJEU) role, the panellist described the CJEU's decisions during the time. The first cases brought before this court has focussed on competition law. In 1st December 1997, the EU Code of Conduct for Business Taxation was released and, in the 2000s, the State aid cases about tax law started before the CJEU, focussing on special tax regime, normally, associated with the idea of combating harmful tax competition. In the 2010s, the attention was on rulings and specific companies: 21/10/2015, Luxembourg – FIAT; 21/10/2015, Netherlands – Starbucks; 30/08/2016, Ireland – Apple; 04/10/2017, Luxembourg – Amazon; 20/06/2018, Luxembourg – ENGIE. This was also linked with Action 5 of BEPS on Harmful Tax Practices. Concerning the CJEU's decisions, the panellist emphasised that, despite largely winning on the law, the Commission have lost on the facts in these cases and, on 15th July 2020, it delivered its "new fair and simple tax agenda". This agenda, basically, has the following elements: (1) tax action plan – important elements: (1.1) an EU cooperative compliance framework; (1.2) recommendations for improving assistance for the recovery of unpaid taxes; (1.3) a legislative initiative for introducing a common, standardised, EU-wide system for withholding tax relief at source; (1.4) an EU Tax Observatory to monitor and quantify trends in the level and scope of tax abuse, and con-

tribute to evidence-based policy making and to stimulate a European debate on international tax issues; (1.5) a charter on taxpayer's rights; (1.6) a proposal for a Council directive to harmonise tax residence criteria; (1.7) establishing an expert group on transfer pricing; and (1.8) the implementation of a Standing Committee for dispute resolution –; (2) the proposal on administrative cooperation, which intends to extend EU disclosure rules to digital platforms; (3) communication on tax good governance, promoting fair taxation and clamping down on unfair tax competition in the EU and internationally. The relation between this agenda and the loss of the cases on State aid in tax matters is not clear, in conformity with Philip Baker.

The following discussion was on GAARs and the principal purpose test (Article 7 of the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting (MLI)). In Ana Cláudia Utumi's opinion, the development of a domestic GAAR is important to understand the PPT content, bringing legal certainty to taxpayers – although not entirely solving the controversy about PPT interpretation. That is to say, a domestic GAAR could guide, to some extent, tax authorities when applying PPT. This panellist has added, as well, that for that the domestic GAAR must define the transactions that shall be considered as having tax saving as its principal purpose, otherwise, it would not have this function/importance. Luís Flávio Neto, in the opposite direction, has argued that there is neither a relation of dependence nor any necessary convergence in terms of wording and purposes between domestic GAARs and PPT, especially considering tax treaties interpretation – nevertheless, in his opinion, the tax administration's experience applying GAARs may reduce the chances of mistakes when applying PPT. In parallel, this panellist has defended that, in cases before BEPS when the DTAs have no PPT clause, there is no domestic GAAR – as it happens in Brazil – and the concrete transaction analysed has no fraud, the search of its main purpose other than tax saving is not compatible with the Brazilian legal system. In other words, in a scenario like this, there is no place for any kind of unwritten PPT/GAAR to control the transaction to identify an abuse on the tax-saving purpose.

The third presentation was about the Brazilian CFC rules and their relation with DTAs. According to Marcos Valadão, there are four situations: (i) DTAs that are silent on the subject; (ii) DTAs that allow CFC rules, having specific provisions in their protocol, as it is the case of DTAs with Mexico, Venezuela, Russia, Turkey and Singapore (not yet in force); (iii) DTAs that prevent CFC rules since they allow taxation on dividend only once distributed to the controlling foreign company. That is the case of the DTAs with Norway, Czech Republic, Slovakia and Denmark; (iv) DTAs that are unclear about their effects on the subject because they prescribe the exemption on dividends distribution to the Brazilian shareholders – it may not affect the Brazilian CFC rules if this DTA rule applies only to the effective dividend distribution; otherwise, it may prevent the Brazilian CFC rules application, whether this DTA rule protects dividends even from future taxation. In this fourth scenario, one may find the DTAs with Austria, Ecuador,

Spain and India. Luís Flávio Neto has stressed, however, that the Brazilian CFC rules do not follow the OECD standards, not allowing Marcos Valadão's interpretation.

The fourth and last topic was on taxation of offshore indirect transfers and the analysis of the Brazilian administrative precedents on it, presented by Isabel da Fonseca. This panellist affirmed that, derived from Article 26 of Act no. 10,833/2003, the Brazilian seller of assets located in Brazil shall withhold tax when the buyer is a non-resident. As a consequence, Article 26 does not allow taxation in case of indirect transfer of shares, as it is located in another jurisdiction. Despite that, the Brazilian administrative court insists on taxing this transaction based on the argument of tax abuse, despite the substance of the transactions and the absence of a GAAR or a SAAR (about it) in our legal system. In this context, it is discussed whether it would be interesting to have a SAAR on that subject bringing legal certainty to taxpayers. This rule, however, for its validity must guarantee the maintenance of the nexus between the capital gain and the source State. Moreover, it must be considered, especially in a COVID scenario, the negative effects arising from this SAAR (on market competition in an international perspective).

Report: "Resolving International Tax Law Conflicts"

Vanessa Marini Cecconello

Masters Candidate in International Tax Law and Development
at the Brazilian Institute of Tax Law – IBDT.

The 4th panel on the 2nd day of the Conference was on the subject "Resolving International Tax Law Conflicts", focusing on the following aspects: (1) the forms of conflict resolution and legal certainty; (2) Action 14 (BEPS), United Nations (UN) Experience and European Union (EU) Convention on Arbitration; (3) institutional environment for the creation of an arbitration model in Brazil, and (4) Mutual Agreement Procedure (MAP) and Binding Arbitration.

The panel, chaired by Professor Paulo Ayres Barreto and with discussions moderated by Vanessa Marini Cecconello, was integrated by the speakers Misabel Derzi, Heleno Torres, Tathiane Piscitelli and Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro.

The chair Paulo Ayres Barreto highlighted the importance of conflict resolution in taxation and informed that the panel was focused on conflict resolution under international tax law, following the topics listed above. After the panelists' contribution on those specific topics, debates and Q&A followed.

1. Conflict Resolution and Legal Certainty

Professor Misabel Derzi focused on different forms of conflict resolution from the perspective of legal certainty. She explained that as multinational companies are concerned with costs of compliance and double taxation (or double non taxation), the need of legal certainty is getting the attention of international bodies such as the International Monetary Fund (IMF) and the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD).

According to Professor Misabel, the coherence and consistency in the conduct of administrative authorities is important for legal certainty at the international level. OECD has carried out initiatives for voluntary international cooperation. These include mechanisms that bring greater legal certainty to taxpayers, such as prior agreement on transfer pricing, joint and simultaneous audits, MAP (mutual agreement procedure) and arbitration.

Brazil does not yet adopt arbitration internally as a way to resolve tax disputes. According to the panelist it results from both the distrust in relation to such methods at the domestic level and the obstacles that arise in relation to the adoption of arbitration as a method of conflict resolution. Also, Professor Misabel pointed at the double or triple degrees of jurisdiction at the Brazilian Courts, which can guarantee legal certainty, predictability, and protection of trust. In her opinion, arbitrators must be subjected to the law and judicial precedents.

The panelist highlighted that despite the difficulties at the international level for the adoption of arbitration in Brazil, the country has observed the content of the international treaties and conventions that it has signed. Professor Misabel added that our Judiciary Courts have recognized full validity and efficiency of the treaties and conventions.

Professor Misabel talked about the cooperative compliance which is a new paradigm in strategies to manage risk with a preparatory tax control framework for the process between the taxpayer and the Tax Administration. Cooperative compliance was targeted at multinationals and to address transfer pricing, profit allocation and other subjects that multinationals understand could be submitted. The speaker explained that depending on the result of de cooperative compliance, the tax payer is allowed to sign a prior agreement to end the discussion.

The panelist emphasized that from the perspective of the legal certainty, according to Professor Tarcísio Magalhães, advance transfer pricing agreements guarantee certainty for the future, while arbitration and MAP promote certainty of the past. From the same perspective cooperative compliance has an intermediary position. The procedure allows taxpayers and States to cooperate in order to previously reduce the number of disputes and also to mitigate and negotiate conflicts later.

Professor Misabel concluded her intervention stating that new methods of conflict resolution complement those that already exist. In this way, arbitration, MAP, cooperative compliance can prevent litigation and reduce compliance costs, especially those related to the digital economy. The speaker said that in the post-BEPS and post-pandemic world, the number of variables that cannot be controlled has grown. Therefore, conflict resolution methods will be reevaluated in search of trust, good faith and legal certainty.

2. Action 14 (BEPS), UN Experience and EU Convention on Arbitration

Professor Heleno emphasized that there is no consensus among all OECD, UN and G20 countries on the adoption of arbitration as a mechanism to ensure the resolution of MAP cases, although what is expected is that the arbitration decision will be effective in the two member countries that are signatories to the convention, in order to subordinate the administrative and judicial disputes to the content of the arbitration decision. This is the greatest challenge, given that many countries do not provide for arbitration in their legal systems.

However, there is a group of countries, *e.g.* Australia, Austria, Belgium, Canada, France, Germany, Ireland, Italy, Japan, Luxembourg, the Netherlands, New Zealand, Norway, Poland, Slovenia, Spain, Sweden, Switzerland, the United Kingdom and the United States, which are committed to adopting and implementing mandatory binding arbitration as a fast track to resolving disputes, that would otherwise fit into the MAP.

As put by the panelist, in the UN experience the Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters in 2017 released preliminary draft chapters for a

new UN handbook on cross-border tax dispute resolution to guide the Member States, especially those with prevalence of taxation at source and which are not OECD members and seek to avoid transferring the taxation of profits to the States of residence. Nevertheless, Professor Heleno pointed out that what we have is not a conflict, but an attempt to reconcile these two aspects. That is why in this discussion MAP and arbitration are included, specifically in Chapter 5.

In the Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters 20th session, held in February 20th, the final version of Chapter 5 (MAP mandatory Arbitration) of the proposed United Nations Handbook on Avoidance and Resolution of Tax Disputes was completed by the Subcommittee on Dispute Avoidance and it was approved. There is an objective guidance on implementing the MAP mandatory arbitration in the tax avoidance conventions that will be signed by the countries.

Also, in the scope of the European Union, there is the Council Directive 2017/1852 of 10 October 2017 that establishes arbitration as a way of resolving conflicts between member countries, reaching several cases of double taxation of income, such as EU triangular transfer pricing cases, thin capitalization – based on the arm's length principle, and exchange of position papers in Triangular Cases. At the end of the arbitration procedure, there will be a decision that shall be binding on the Member States involved and should not set a precedent for other cases, according to Article 15 of the Council Directive.

Brazil has not adopted arbitration in Tax Treaties yet and it is a historical controversial topic, due to the principle of non-availability of the tax credit. Despite that, Brazil is moving in the direction to adopt arbitration in tax matters for domestic cases.

New tax settlements rules were introduced in the legal system of Brazil by the Law 13.988/20, that opens the possibility of tax transaction of tax debts (under administrative or judicial litigation). In this method of transaction, the taxpayer can negotiate some benefits: reduction in fines, interest and statutory charges up to 50% of the total amount of the debt (70% for individuals or small businesses), special installment payments, deferral, and standstill replacement of guarantees offered. The exception is for contested debtors, which can't apply.

On the other hand, the tax arbitration in Brazilian Public Administration ruled by the Legislation nº 13.129/2015, in which any part can request for arbitration (including the public administration). The procedures take place in the Arbitration Chambers or in the AGU's Arbitration and Conciliation Chamber for conflicts involving public administration entities.

¹ Article 1 - Subject matter and scope. This Directive lays down rules on a mechanism to resolve disputes between Member States *when those disputes arise from the interpretation and application of agreements and conventions that provide for the elimination of double taxation of income and, where applicable, capital*. It also lays down the rights and obligations of the affected persons when such disputes arise. For the purposes of this Directive, the matter giving rise to such disputes is referred to as a 'question in dispute'.

There are two bills under discussion in the Senate to implement tax arbitration in the Brazilian Legal System: PL 4257/19 and PL 4468/20.

In the end of his presentation, Professor Heleno Torres also mentioned some cases of international tax law in the Federal Supreme Court, as leading case "Volvo" (RE nº 460.320) in which was discussed the non-discrimination principle, and also in the Superior Court of Justice the conflict between a tax treaty and an internal law about the taxation of profits of an international company from a contracting State (RESP nº 1.618.897). The point is to show that cases involving double tax treaties are still resolved by the Administrative Tax Court and the Judiciary, with discussions lasting for 10 to 20 years, which is contrary to the search for legal certainty. Professor Heleno concluded that arbitration, tax transactions and other alternative forms of conflict resolution can contribute to speedy conflict resolution, efficiency and legal certainty, and improve the country's economic environment.

3. Institutional environment for the creation of an arbitration model in Brazil

As Professor Heleno has made clear, the adoption of arbitration internally is important not only because of the overcrowding of the Judiciary, but also because of the existence of international tax law issues that need to be considered.

In addition, with the OECD recommendation to include tax arbitration in international agreements, it would not make sense to have arbitration between Brazil and other countries within the scope of the treaties and we do not have the provision for arbitration internally. As Professor Misabel pointed out in her speech, there are some challenges to be faced so that we can institute the tax arbitration model in the country in order to overcome any issues that may put this model in check. The idea is build an effective and legally valid arbitration model, which is the initial basic assumption.

Objective of the intervention is to present a well-designed internal tax arbitration model successful, and then, what would be the challenges of Brazil for the adoption of this same model, making a brief correlation with the bills that are pending in the Federal Senate.

As a successful model, it uses the one adopted by Portugal, and the Arbitration Administrative Center is an example of successful tax arbitration. At the beginning of her presentation, Professor Tathiane pointed out that, in Portugal, arbitration was created in an economic and financial context very similar to what Brazil lives today, although it is necessary to make the reservation that today there is an aggravated situation in reason of the pandemic caused by Covid-19. Anyway, when arbitration tax law was created in Portugal, the idea was to facilitate the expansion of access to jurisdiction, but also enable the creation of a method that would be more efficient entry of public revenues to the Portuguese Government, which was in need of those recipes. It is in this factual context that arbitration is created in Portugal.

In Portugal, tax arbitration is among the potestative rights of taxpayers, therefore the Tax Authority, once established by law to arbitration, published a Binding

Ordinance, consisting of an administrative act of the Executive Branch, which says what are the matters that the Tax Authority agrees to submit to tax arbitration, contemplating taxes specifically and also the values: they are causes of up to 10 million euros. Once the taxpayer has the desire to bring a tax dispute to the arbitration procedure, the Tax Authority cannot express opposition, because by the Decree of Binding it has already manifested its autonomy of will, a characteristic on which the tax arbitration is based. The objectives of increasing revenue and expanding access to jurisdiction are evidenced in Portugal's tax arbitration because the idea of the regime was not to address only the major tax causes and the major contributors. Currently, when looking at tax arbitration in Portugal, instituted in 2015, there are many discussions that are of low value and that are brought to the arbitral tribunal, with an effective extension of the guarantees of the Democratic State right.

In this sense, the choice of Portugal was peculiar because arbitration would be possible only and exclusively after the launch of the tax credit, called settlement. Then there would be a need to have a legally constituted legal relationship in order to the taxpayer to look at that tax assessment and express his preference in resolving the dispute in the arbitration court.

It is important to highlight that the tax arbitration in Portugal takes place at the Administrative Arbitration Center, so there is a specific place which is private, but it is linked to the Ministry of Justice. And precisely because of this link exists a legitimacy from the point of view of the Tax Authority.

If in Brazil there is the distrust on the part of the Treasury of who would be the arbitrators and how they would be indicated, in Portugal in the structure that was set up for the election of arbitrators there are a list and a documentary contest for the appointment of arbitrators. That list is managed by a deontological council, which is chaired by the equivalent in Brazil to a former Minister of the Superior Court of Justice. Therefore, there is a really strong institutional legitimacy of arbitration in Portugal, from the perspective of the Judiciary or the perspective of the Tax Authority.

However, there is a relevant aspect of arbitration in Portugal that conflicts with the our model. Despite the wide possibility of bringing tax causes to the arbitration in Portugal, in that country there is the possibility of an appeal to the Judiciary in the hypothesis that the arbitration decision conflicts with any constitutional provision.

With that, it is already clear what would be the Brazilian challenges to adhere to this model of regime. Because the arbitration instituted in Brazil by the Law 9.307/96 is a procedure whose decision is final, and implies waiver of access to jurisdiction. For this reason, there was much debate in the Federal Supreme Court about the constitutionality of the arbitration law. Thus, the decision handed down in the process arbitration in the Brazilian model is definitive, equivalent to a judicial sentence, so much so that arbitrators are judges of fact and of law.

Thus, how to match this definitiveness of a decision handed down in a process of arbitration with a tax system like ours that is entirely based on Federal Constitution?

How to ensure the rights of taxpayers to the extent that there will be no access to the Judiciary, with a view to that arbitration presupposes a final and definitive decision? Professor Tathiane said that this is the greatest challenge for Brazil in the subject.

In this sense, the Bill 4468/2020 addressing arbitration presents an interesting solution by establishing that causes involving constitutional rights cannot be submitted to arbitration, being possible to submit to this procedure only and exclusively factual matter, such as the tax classification of a given product. Therefore, through this project legal theses and constitutional discussions, will not be subject to the arbitration. And this is an interesting solution because our tax system is completely based on the Federal Constitution and, as Professor Misabel said, there would be a difficulty on the incorporation of this procedure into tax law if an arbitrary court could to make a definitive and unappealable decision on a tax subject based on the constitutional text.

Challenges, therefore, that arise: (i) the delimitation of the subject that can be arbitrated; (ii) the choice of arbitrators, in which it would be necessary to have a very strict criterion of choice of arbitrators and management of that list, in order to have credibility in these persons who would be part of the Arbitral Courts and were appointed to solve these tax causes; and (iii) the choice of arbitrators is related to another challenge, which is the choice of the locus of the arbitration court. In the view of Professor Tathiane, one could use structure of Arbitration Chambers already existing in Brazil, which are very well regarded, without creating a new body linked to the Public Administration, with a kind of accreditation for publicity to be ensured.

For example, in arbitration with the Public Administration, which is already carried out in Brazil, due to a specific arbitration law, there is much controversy regarding to the application of the publicity principle, which in Professor Tathiane's view, is not fully observed, a point that would be fundamental in relation to tax law. Therefore, accreditation would be very important for legal security purposes, including equality among taxpayers.

Finally, the panelist considered important to discuss the appropriate legislative instrument for the creation of the arbitration procedure in Brazil. In the two ongoing cases in the National Congress, we have drafts of ordinary law, with which the speaker agreed to be a procedural rule, without the need for a complementary law. However, caution should be taken with any need for amendment of the National Tax Code. This need for reform would impose itself on cases in which art. 151 from CTN should be modified to expand the chances of suspension the demand for tax credit due to the arbitration procedure. Important to say that neither of the two bills requires this change, because: the project by Senator Anastasia foresees arbitration in the tax enforcement phase, in which there is a guarantee without the need to provide for suspension of enforceability. And the project recently presented in 2020 provides for arbitration even before the tax assessment, then there would also be no need to talk about suspending the enforceability of the tax credit. These are smart solutions, which

avoid the need to change the National Tax Code, but in any case it would be necessary to give to the article 156 of the CTN a extensive interpretation to understand that the judicial sentence provided for art. 156 as cause of extinction of the legal-tax relationship, could also be read as a sentence arbitration, a thesis that was defended by Professor Ada Pellegrini Grinover and with which the speaker is in agreement, because the Civil Procedure Code matches both decisions, one given in the Arbitral Tribunal and the one given in the Judiciary.

As a central message, Professor Tathiane stated that there is a need for evolution of this agenda, for several reasons. The overcrowding of the Judiciary, although often mentioned, it is a contingent reason that can be overcome, once that there is an adaptation to the demands. Arbitration should be implemented by substantive reasons: expansion of access to the Jurisdiction and guarantees of Democratic State; Brazil's need to adapt to international demands that are necessary, insofar as treaties against double taxation will have the conflict resolution through arbitration, it is necessary to have this mechanism planned and consolidated, with due regard for all guarantees in domestic law.

4. Mutual Agreement Procedure (MAP) and Binding Arbitration

Professor Alexandre introduced his lecture on the three different, but complementary, types of mutual agreement procedure (MAP). As "prophylactic" mechanisms, Article 25 (3) of the OECD Tax Convention Model provides for the interpretative MAP, referring to the specific terms for the interpretation of the double taxation agreement, and for integrative MAP, integrating other provisions that eventually were not the subject of negotiation in the treaties.

In relation to the Specific Case Provision must follow the foundations provided of Article 25(1) and 25(2), which is the MAP in its strict sense, and it can be triggered when there is already a discussion related to the double taxation treaty. The matter can be submitted to the MAP if the actions of one or both states result or will result in taxation not in accordance with the convention. The person may present the case to resident state or to where is a national (24), irrespective of remedies provided by domestic law. Also, The time limit is 3 years from the first notification and the stages of the MAP are unilateral and bilateral (Art. 25(2)). Any agreement shall be implemented notwithstanding any time limits in the domestic law (Art. 25, second sentence).

The panelist explained that BEPS (Action 14) following MEMAP (2007) addressed the need to increase effectiveness of bilateral dispute resolution under double taxation treaties (DTTs) based on *minimum standards* and *best practices* in each of the following 3 pillars: good faith and celerity; development of internal administrative procedures; effective access to taxpayers to the procedure, and arbitration.

Professor Alexandre highlighted that Brazil has the practise to include MAP in all DTTs negotiated (variation on the language – especially Art. 25(2), second sentence)

and to regulate the procedure the Federal Revenue has introduced administrative rules – IN RFB n. 1669/2016 and 1846/2018 (latter currently in force). IN RFB nº 1846/2018 provides rules on the application of the MAP within the scope of international agreements and conventions designed to avoid double taxation of income to which Brazil is a signatory. On the other hand, during the presentation the panelist emphasized that Brazilian DTT's don't have an arbitration clause.

Regarding the MAP Peer Review Report Professor Alexandre pointed out that in Brazil the MAP effectiveness was noticed in 2018. The figures in the report showed an increase in MAP cases in Brazil, including some that have already ended. In 56% of the cases the subject is the allocation of tax jurisdiction and 44% related to other discussions.

Related to Brazil Minimum Standards' adoption, the report concludes that 80% of DTTs neither have Article 25(2) second sentence (shall implement resolution regardless of any time limits internally) nor Art. 9(2) – correlative adjustments; 51% of DTTs do not have integrative MAP. Also, the document show that few treaties (20%) have a filing deadline equal to OECD Model Tax (within 3 years) and Brazil adjust first sentence of art. 25(1) to mention state of nationality (24) or even both states. In addition, the panelist pointed that Brazilian treaties adjust first sentence of art. 25(1) to mention state of nationality (24) or even both states; no internal provision of APAs.

Professor Alexandre identified MAP deficiencies as there is no obligation to reach an agreement neither specific timing to solve issues (unless arbitration is in place). He pointed out also the need to uniformize ways to apply and disclose decisions to stakeholders. There are limitations regarding enforceability (especially in some countries) and information on MAP (to taxpayers in general and on a specific case). Others deficiencies are limited or no participation from the taxpayer and historical use of the MAP clause as *package deals* and *horse tradings*, not considering the taxpayer. In addition.

Professor Alexandre informed that in BR there is an additional need to adequate internal legislation such as Brazilian Tax Code (CTN), e.g. to suspend enforceability of the levy during the discussion.

Regarding to the *binding arbitration* after the MAP procedure, Professor Alexandre explained that initially countries adopted a voluntary arbitration (US/Mexico) which was shown to be ineffective. This way the *two-step approach binding arbitration* was considered in tax conventions, e.g. EU Arbitration Convention 90-436-EEC (transfer pricing), OECD Model Tax Convention, UN Model Tax Convention and US Model.

Professor Alexandre outlined the main aspects of the binding arbitration: it starts 2 (two) years after MAP is initiated (if no domestic decision is ended); the panel is *ad hoc* – 3 arbitrators; the process ends with the last best offer (Baseball arbitration), independent Opinion (Sample Mutual Agreement on Arbitration – Annex); the decision is made in 150 (or 60 of the last reply submission) and 365 days, respectively of

the date of Chair's appointment; the decision is binding, if taxpayer accepts outcome and it is implemented notwithstanding any time limits in domestic law.

In order to conclude his first intervention, Professor Alexandre raised the question: "*why Brazil does not consider including arbitration in DTTs?*", and the panel moved forward to the debates.

5. Debates and Q&A

Then, in the debates Professor Alexandre understood that it is important to adopt arbitration in double taxation conventions, from the point of view of efficiency. He added that fiscal sovereignty is not a valid argument for not incorporating arbitration because States give up part of their external sovereignty to sign agreements.

Professor Misabel said that there are the same difficulties at the international and national levels for the adoption of arbitration as a method of conflict resolution. She emphasizes qualities of the Brazilian legal system such as the constitutional provision of reasoned decisions and equity in the application of binding precedentes. Qualities that should be guaranteed, alongside the requirement for coherence and consistency in arbitration decisions. As long as these issues thrive in line with legal uncertainty, there will be difficulties in implementing arbitration.

Professor Heleno reinforces Professor Misabel's ideas and also highlighted that the culture of legalism and formalism is being changed in the pursue for solutions that contribute to social pacification between taxpayers and the tax administration. According to the speaker, the publication of the law on tax transactions (Law 13.988/2020) is a major change in culture. Professor Heleno also commented on the arbitration projects underway in the Senate, one of which aims to prevent conflicts. Finally, he considered that the inclusion of arbitration in the Brazilian double tax treaties will increase legal certainty, because the foreign investor may have predictability regarding the resolution of conflicts.

Considering the successful experience of arbitration in Portugal, Professor Tathiane pointed out that, even with the particularities of the Brazilian legal system, it is possible to make faster decisions, with legal certainty and in line with constitutional and international principles.

To end the debate's considerations, Professor Alexandre highlighted the evolution of discussions on international arbitration and BEPS Action 14. Therefore, he considered the adoption of arbitration as a method of conflict resolution very feasible.

Report: "International Taxation On Demand: Chat and Q&A Issues From Previous Panels"

Eugenio Carlos Deliberato Jr.

Master of Laws Candidate in International Taxation at IBDT. LLM in International Legal Studies at Georgetown University Law Center. MBA at Fundação Getúlio Vargas. Certificate in International Business and Finance at New York University. Post-Graduate Degree in Tax Law at IBET. Admitted to the practice of law in Brazil and New York.

Abstract

This report aims to present a summary report of the discussions held at the panel "International Taxation On Demand: Chat and Q&A Issues From Previous Panels", in the VIII Brazilian Congress of International Tax Law, organized by the Brazilian Institute of Tax Law – IBDT. The panel occurred on September 17, 2020. The panelists were (i) Jose Maria Arruda de Andrade (President), (ii) Ana Carolina Monguilod, (iii) Paulo Victor Vieira da Rocha, (iv) Ricardo Maitto da Silveira, (v) Carlos Otávio Ferreira de Almeida, (vi) Valeria D'Alessandro, (vii) Romero Tavares and (viii) Eugenio Carlos Deliberato Jr. (Moderator).

Keywords: Covid-19, OECD, Tax Residence, Minimum Standards, Deductibility, Donations, Transfer Pricing, Import and Export of Services.

1. JOÃO AMÉRICO: *What are the OECD's propositions with regard to the impacts on new service-based technologies (e.g., Infrastructure as a Service - IaaS, Platform as a Service - PaaS, Software as a Service - SaaS, Workspace as a Service - WaaS, Backend as a Service - BaaS)?* RICARDO MAITTO SILVEIRA: There are mainly has three propositions: (i) remodel the connection element (*new nexus approach*) granting to the source country the possibility to tax one transaction/profits based on elements that connect an activity with the country and these elements are not bound to physical presence; (ii) withholding tax at source; and (iii) equalization tax (to tax a foreigner who trades digital goods and services in the same way that a person doing a similar transaction locally). There are also Pillar 1 (to tax digital economy-generated transactions within the economic group level, not just at the jurisdiction-level, by means of profit allocation) and Pillar 2 (to prohibit companies operating in different consumer markets without physical presence to allocate a large portion of their profits to low taxation countries by means of adjustments to the tax basis of the economic groups ensuring that each country will have a minimum taxation of the profits).

2. LUNA PANTOJA: *What is the Brazilian tax treatment of software licensing after Conflict Resolution COSIT (Solução de Divergência Cosit) No. 18/2017?* RICARDO MAITTO SILVEIRA: By following the guidance of the Supreme Court (STF) on taxation of off-the-shelf software and custom-made software, the Brazilian tax authorities

used to understand that (i) off-the-shelf software were goods not subject to withholding income tax and (ii) cross-border payments for custom-made software were services subject to 15% withholding income tax. In 2017, the tax authorities switched their interpretation to say that the cross-border payments remitted by Brazilian companies for the right of software commercialization are royalties and, therefore, taxed at 15%-withholding income tax. On the other hand, if the company licenses an off-the-shelf software for its own use, there is no income tax but if the software is custom-made, there is income taxation. There are no longer many transactions for the licensing of software. Nowadays, the transactions involving software are deemed as Software as a Service in the most majority of the cases in Brazil. The issue that arises is that such transactions may be deemed as service imports and subject to a 15% withholding income tax.

3. LEONARDO THOMAZ PIGNATARI: *Does the OECD believe that a global consensus within the Unified Approach is possible until the end of the year, or at least at the end of 2021? Is there any Plan B if a global consensus is not reachable?* CARLOS OTÁVIO DE ALMEIDA: The OECD's Inclusive Framework has a meeting scheduled to discuss a blueprint report in October. The G20 meeting will take place to discuss this matter in November as well. If there is no consensus by then, we will hardly see any solution by year-end. The blueprint recognizes the work on building blocks - reallocation of non-routine income - and points out that there no technical issues to go forward but actually political hardship. If there is a lack of global consensus on issues, such as ring fencing or not, allocation of profits to market jurisdictions, withholding income tax on digital market activities and its tax base) until December 2020, we may expect to see a new scenario where the European Union may adopt unilateral measures on digital taxation early 2021 and the countries will be looking for an economic recovery as a result of the Covid-19 crisis, including green taxes. Some scholars even propose a Pillar 3.

4. AYDEE VELASQUEZ: *Does the G24 have any role for the approval of the minimum standards and to reach solutions in the international digital tax system?* CARLOS OTÁVIO DE ALMEIDA: The OECD's Inclusive Framework is responsible for the minimum standard approach. Those countries that belong to G24 and participate in the Inclusive Framework might have an advantage on this matter.

5. JOÃO BIANCO: *Is Bill Gates considered a tax resident in Brazil if he comes to the country kills another person and stays 10 years in jail?* CARLOS OTÁVIO DE ALMEIDA: As a general rule, an individual is considered a Brazilian tax resident if s/he stays in the country longer than 183 days. That is an objective criterion. There is however the brain drain that it is not so much discussed in Brazil. It relates to tax competition on human capital, which Brazil has been losing over the years. Tax residence is a matter of state sovereignty. There are two types of individuals that are mainly targeted by attraction and retention policies: highly skilled individuals (those with high educational or professional qualification) and high net worth individuals (those with large for-

tunes). No such policies exist in Brazil. VALERIA D'ALESSANDRO: The rules are quite the same for outbound and inbound families. The key factor in this question is intentionality. The Argentinean tax laws and tax authorities tend to have a very close look at what the individual or the family intends to do. It does not matter how many days s/he is spending in Argentina or abroad (when s/he moves from Argentina). In a case where Bill Gates or someone else moves to Argentina and does not have the real intention to be in Argentinean because, for instance, the person is in prison, is ill or even due to labor reasons, the individual, the family or the company will not acquire Argentinean tax residence status since there is such provision in local legislation. The tax authorities are very used to see this kind of situation and tend to respect it as well as local jurisprudence and case law. Intentionality is also very used for individuals moving abroad from Argentina. Many companies and families are facing right now audits and tax assessments because tax authorities deem that there is an abusive tax planning and that the residency has not been lost. Unlike other countries, Argentina has created new taxes and increased the tax rates of existing taxes against the adverse effects of Covid-19. There are ongoing discussions on taxation of digital economy. There are rules concerning donations in Argentina, which are interpreted in a very strict manner.

6. DANIEL PRATES: *What would the outcome be arising out of the applicability of fixed margins in the actual scenario of losses generated by the Covid-19?* GIANA HAHN: *Will Brazilian taxpayers give priority to the CUP method rather than the most commonly used RPM method in the Covid-19 year?* ANA CAROLINA MONGUILOD: The fixed margins are disadvantageous in a situation like the one we are living now. Brazilian companies will try to use the CUP method and to avoid fixed margins in order to get closer to market practices. However, the big issue remains that is the absence of comparable data. Even though it would be ideal to use the CUP method, it could be almost impossible due to the lack of comparable data. Since the current situation is exceptional, some companies may prefer not to apply the arm's length principle and to have this risk in order to avoid legal uncertainty and the cost of applying the arm's length principle. In the process of convergence of the Brazilian transfer pricing rules to the OECD standards, the Receita Federal/OECD joint report has disregarded the idea of implementing an opt-in/opt-out system due to the risk of double non-taxation. The Brazilian transfer pricing rules should be revised and updated to allow an opt-in/opt-out regime in a situation like the one today. Finally, if the taxpayers surrender the fixed margins regime, decide to adopt the arm's length regime and have any APAs in place, the current situation may be also a problem to the extent that how they will be able to comply their existing APAs. There are already taxpayers that are unable to fulfill their APAs due to economic crisis. ROMERO TAVARES: The possibilities of dispute resolutions are so rich to reach the best answer when we do not just work with three methods. When we work with the methods CUP, Cost-Plus and Resale Minus, we are using a tight jacket of the old transactional methods. Finding transactional comparables is harder than trying to work with comparables of operations of companies such

as Total Net Margin. Methods based on profitability (TNMM and Profit Split) are further used in practical levels because they enable us to make feasible a comparability study. When you have two additional methods, you can work with a loss perspective. As when you have a situation of a stand-alone company (i.e., the total net margin method of a company that is not integrated with another in the income production) as when more than one party contribute with unique and valuable assets or functions if the most adequate method would be Profit Split. As the Profit Split as the TNMM can be found out via benchmarking that a loss position is the market outcome or the comparable result in that particular moment. These two methods bring, in fact, this methodology closer to the reality and even closer to the arm's length principle in a specific situation like the one we are living with Covid-19. It does not only show how the methodology of fixed margins, but also the availability of methods more limited than the five offered today in the toolkit of the Guidelines can result in unreasonable parameters of comparability or tax imposition, out of the reality of the taxpayer or the economy as a whole, and out of what would be the legal criteria that is the objective of the transfer pricing control. It becomes a rule of allocation and anti-abuse. In a situation of Covid-19, a loss is not an abuse by the taxpayer. Imposing a margin in this scenario is fully disconnected with the absolute reality.

7. GUSTAVO PAGLIUSO: *Does the analysis of safe harbours under the project of adhesion of Brazil to the OECD divert from the original concept of safe harbour rules and does the proposal under discussions clash with the arm's length principle? Would other OECD members agree to extent the safe harbour provision to core transactions?*

ANA CAROLINA MONGUILOD: It seems that the objectives of the public consultation on safe harbours carried out by the Brazilian tax authorities and the OECD are to study and to help Brazil to have safe harbours and APAs into the convergence project that avoid the country to lose the simplicity and the legal safety that it has into its legislation today. However, it seems in the consultation that the safe harbours would not apply in complex cases. It looks like from the public consultation that the Receita Federal and the OECD may want to develop safe harbours in a sufficient way that they are not far away from the arm's length principle. If so, the idea of the consultation is to put us in an APA. ROMERO TAVARES: Even though the Brazilian tax authorities and the OECD have already said that they do not intend to innovate too much in the Brazilian safe harbour toolkit to avoid the risk of non-taxation, we will face a practical level hardship. From a practical perspective, it is feasible to work with the perspective of developing safe harbours that are not close to the arm's length, but that are into the arm's length principle. Even the arm's length has limitation, which is the comparability study. An economic study of transfer pricing is not ordinary.

8. RICARDO MAITTO SILVEIRA/GUSTAVO PAGLIUSO: *Transfer pricing adjustments should be for tax and accounting purposes as well as effective with the potential right of the Brazilian taxpayer to claim the reimbursement of taxes paid on imports upon the price adjustments and, on the other hand, the company that receives the adjust-*

ment abroad could pay any extra taxes due. ROMERO TAVARES: Agreed that, assuming that adjustments are effectively made, this should not be only a fiction for income tax. It is based on market price and, therefore, should be reflected both ways.

9. MICHELL PRZERPIORKA: *Is there any legal requirement to harmonize the concepts of service import/export for ISS (Service Tax) and PIS/COFINS (Turnover Taxes)?* PAULO VICTOR VIEIRA DA ROCHA: Yes, my preliminary understanding is that there is some sort of necessity or normative duty to the State to look for this harmonization. This is so because of internal consistence when we are talking about tax on added value in a certain extent and, if not, we are talking about international transactions subject, at a minimum level, to the origin and destiny principles. It seems to be a matter of Supplementary Law (*Lei Complementar*) to define this harmonization in Brazil. There is an interconnected question on Normative Opinion (*Parecer Normativo*) No. 04/2016 of the Municipality of São Paulo in an attempt to characterize the export of services and whether it is in accordance with the jurisprudential tendency of the Superior Court of Justice (STJ) to adopt the concept of result as utility-result (*resultado-utilidade*) for the characterization of the service export (*Recurso Especial 587.403/RS*). I have a hard time in interpreting the Normative Opinion and is difficult to compare the Normative Opinion with the jurisprudence of the STJ. The trend seems clear to me in relation to the concept of utility in the STJ's jurisprudence. It is a much clearer and more objective than the Normative Opinion of the Municipality of São Paulo. There seems to be a mismatch between them due to little that can be understood from the Normative Opinion. In any case, it must be recognized that the STJ's judgment at least does not give a huge degree of security to taxpayers in terms of service export.

10. THIAGO ALBURQUERQUE: *When a bank donates to the fight against Covid-19, is it contributing for its own image and guaranteeing the maintenance of its activity?* PAULO VICTOR VIEIRA DA ROCHA: Professor Ricardo Mariz de Oliveira understands that these donations are income, they are disposable income and there is no way to deny the taxation or the non-deductibility of these donations. On the other hand, Professor Luiz Eduardo Schoueri believes that at least a portion of these donations seems to be covered by immunity rules in Brazil. The Brazilian immunity rule reveals situations where there is an absence of contributory capacity. The contributory capacity would be the ability to derive resources from the economic domain to the public domain and, after all, the tax is an instrument to derive resources from the economic domain to the public domain. Professor Schoueri says that a portion of something that is going to be transferred to the public domain in its entirety (i.e., donated amount) is already in the public domain. In this sense, Andrés Baez's counter-argument is that it gives to the private donator the ability to make budgetary choices and interfere in public policies. If the donation is characterized in the public domain (outside the economic domain), there is no much difference to the fact that it benefits the bank's image or the bank's own consumer market (health and maintenance of its clients' lives). This does not seem to be the type of decisive reason to rule out any conclusions

for several reasons. The bank and any company can enjoy this good image or this good spontaneous advertisement in several other ways. BEPS appeared in a context in which companies had been criticized for an immoral tax saving. Would the company, that is deemed as a good taxpayer and enjoys this good image, be denied any other effect because it is benefiting from this good image of a good taxpayer? It does not appear to make much difference. The central point is to find a balance between to deny completely the margin of freedom to interfere in public policies and, in a way, to give an extreme freedom that can make that, in extreme situations, certain agents and economic groups define the public policy of a country.

**VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário
Internacional – IBDT/DEF-USP**

***VIII Brazilian Congress of International
Tax Law – IBDT/DEF-USP***

PROGRAMA – 18 de setembro de 2020 (Sexta-feira)

PROGRAM – September 18th, 2020 (Friday)

Os Limites do Planejamento Tributário em uma Perspectiva Internacional: Análise Concreta da Possibilidade de Exploração dos Direitos de Imagem por Intermédio de Pessoas Jurídicas à Luz da Legislação Brasileira e Espanhola

The Limitations of Tax Planning from an International Perspective: a Concrete Analysis of the Exploitation of the Image Rights by Legal Entities to the Brazilian and Spanish Legislation

Alessandra Brandão

Mestre e Doutora pela UFMG. Professora da PUCMINAS. Pós-doutora pela Universidade de Bolonha – Itália. Ex-conselheira do Conselho de Recursos Fiscais de Belo Horizonte. Diretora da Abradt. Sócia fundadora do escritório de advocacia JBA – Jabour Brandão Alkmim.

Resumo

Este artigo tem por objetivo analisar os respectivos limites normativos da organização utilizada pelos contribuintes a fim de explorar os direitos à imagem. Assim, o trabalho em questão cuidará de examinar se a constituição de pessoas jurídicas com o objeto único de explorar os direitos de imagem se trata de fato lícito ou apenas de outra espécie de planejamento tributário agressivo. O exame de compatibilidade, limitado aos direitos de imagem relativos aos atletas e feito com base em casos práticos, tomará por base não apenas as normas brasileiras, mas também a legislação espanhola relativa ao tema.

Palavras-chave: tributação, direito de imagem, pessoas jurídicas, planejamento tributário.

Abstract

The purpose of this paper is to examine the legal limitations of the organization employed by taxpayers with the intention of exploiting the image rights. Therefore, this study will examine whether the establishment of legal entities with the only purpose of exploiting image rights is lawful or only another example of aggressive tax planning. The compatibility exam concerning athletes' images rights and developed by analysis of case studies, will consider not only the Brazilian legislation, but also the Spanish law about the subject.

Keywords: taxation, images rights, legal entities, tax planning.

Introdução

É inegável que a maior facilidade de transferência não apenas do capital, assim como dos produtos e serviços, consistiu em fenômeno responsável por per-

mitir um maior desenvolvimento e crescimento da economia mundial. Contudo, ao lado de tal avanço, é possível notar que referida facilidade foi responsável por ensejar, também, diversos problemas para a tributação mundial.

Um desses fenômenos danosos à tributação consiste, justamente, no denominado planejamento tributário “agressivo” ou “abusivo”¹, o qual, conforme estudo desenvolvido pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), é responsável por acarretar a perda de arrecadação dos países no montante de até 240 bilhões de dólares ao ano².

Em virtude do significativo impacto que ele enseja à obtenção de receitas pelos países, é indiscutível que se trata de fenômeno que deve, necessariamente, ser objeto de ataque. Entretanto, como referido fenômeno por vezes extrapola os estreitos limites das fronteiras dos estados, dada a comum utilização de incompatibilidades normativas e arranjos artificiais em âmbito internacional, seu combate efetivo apenas seria possível acaso feito por meio de atuação conjunta dos entes.

Nesse aspecto, com o intuito de combater o mencionado fenômeno, assim como outros eventos danosos à tributação mundial identificados, a OCDE desenvolveu o Plano BEPS, ao qual cumpre três principais funções: “(i) identificar as ações necessárias para evitar a erosão das bases tributáveis e desvio de lucros, (ii) estabelecer prazos finais para a implementação de tais ações e (iii) identificar os recursos necessários e a metodologia para implementar tais ações”³.

Entretanto, se por um lado a atuação isolada dos países por si só não seria capaz de afastar referidos fenômenos danosos, a inexistência completa de atuação destes seria igualmente ineficiente para alcançar os propósitos pretendidos. De tal maneira, ao lado da apontada atuação coordenada, mostra-se imperiosa, também, a atuação individualizada dos países – seja por meio da alteração da legislação interna, seja por meio de adequação de suas normas, a fim de torná-las compatíveis com o ordenamento jurídico dos demais países.

Dessa forma, restringindo-se à análise de apenas um evento nocivo à tributação mundial identificado no bojo do Plano BEPS, qual seja o denominado planejamento tributário “agressivo” ou “abusivo”, este artigo cuidará de analisar as

¹ Embora não seja ignorada a existência de posicionamentos que diferenciem os conceitos de planejamento tributário “agressivo” e “abusivo”, esse último marcado pela característica da artificialidade, para os fins deste trabalho os conceitos são tratados como equivalentes, aderindo ao posicionamento defendido por Paolo Piantavigna, uma vez que ambos são tratados de forma inconsistente pela OCDE, e, a princípio, é possível identificar a presença da artificialidade em ambos.

² UTUMI, Ana Cláudia. Planejamento tributário: quais são os limites? *Jota*, 25 nov. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abdf/planejamento-tributario-quais-sao-os-limites-25112019>. Acesso em: 16 jun. 2020.

³ Tradução livre. No original: “[...] (i) identifies actions needed to address BEPS, (ii) sets deadlines to implement these actions and (iii) identifies the resources needed and the methodology to implement these actions” (OECD. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD Publishing, 2013. p. 13. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2019).

medidas tendentes a combater a ocorrência do referido fenômeno em uma perspectiva interna e internacional.

Nesse aspecto, este trabalho analisará a compreensão do conceito de planejamento tributário “agressivo” ou “abusivo”, com todos os seus respectivos limites, sob o prisma das normas internacionais – em específico, a partir do Plano BEPS –, bem como a percepção do referido conceito para o ordenamento jurídico brasileiro.

Porém, conforme será mais bem explorado, a definição do fenômeno apontado não é tarefa fácil, haja vista que deve ser feita a partir de análise individualizada de cada caso, sem que exista por detrás qualquer definição legal exata e precisa para ampará-la. Dessa maneira, a adequada caracterização do dito planejamento tributário “agressivo”, com todas as suas consequentes implicações, demanda do intérprete sempre uma análise particularizada que leve em consideração as características específicas da situação analisada.

Logo, com o intuito de analisar as consequências práticas de tal conceituação, tratando de um caso específico, o trabalho em questão analisará se a conduta recorrentemente observada, de utilização de pessoas jurídicas para o desenvolvimento exclusivo de atividades relacionadas à exploração do direito de imagem, consiste em fato capaz de se enquadrar no conceito de planejamento tributário agressivo para ambas as compreensões, presentes no âmbito internacional e interno.

1. Aspectos gerais do Plano BEPS

A adoção reiterada, por parte de diversas empresas, de práticas nocivas à tributação em nível global, a qual acabou por prejudicar sobremaneira a obtenção de receitas dos países, foi o fato que ensejou o desenvolvimento do Plano BEPS. Isto é, a partir da constatação de que a maioria das condutas danosas decorria da utilização de incompatibilidades e incongruências normativas das diferentes legislações, foi possível concluir, então, que a solução destas somente seria possível com a adequação do sistema tributário como um todo, o que tornou necessária a atuação conjunta e integrada ora estudada.

Nesse aspecto, o referido plano, composto por quinze ações, tem por finalidade maior assegurar a integridade e coesão do sistema tributário em nível internacional. Tal escopo se justifica em função da própria dinâmica da economia atual, a qual invariavelmente envolve uma massiva circulação de recursos devida às incontáveis transações realizadas entre sujeitos localizados nos mais diversos países. Logo, para assegurar a própria existência desta, mostra-se indispensável a presença de um sistema tributário que seja organizado de forma coerente, sob pena de este se tornar empecilho para o desenvolvimento da atividade econômica.

É dizer: acaso não houvesse qualquer atuação coordenada, diante dos inúmeros problemas anteriormente identificados, seria possível que cada país optasse por instituir suas próprias medidas, sem levar em consideração o sistema de um

modo geral⁴. Com isso, em razão da ausência de estruturação coordenada, o sistema tributário internacional poderia vir a assumir forma incompatível e, assim, perder o pressuposto lógico da economia moderna: a livre circulação dos recursos sem quaisquer obstáculos, a exemplo do fenômeno da bitributação⁵.

Portanto, tomando esse objetivo maior por base – promover maior coerência e uniformidade do sistema tributário internacional –, o Plano BEPS visa combater algumas das práticas nocivas que ensejam a diminuição da arrecadação dos estados ou, ainda, que façam com que a tributação ocorra em locais dissociados daqueles em que há o desenvolvimento da efetiva atividade econômica.

Em relação a esse aspecto, embora as práticas que acarretem a redução do ônus fiscal possam ser de várias ordens, o Plano BEPS se concentra, essencialmente, em apenas uma espécie. Em outros termos, a prática de condutas ilícitas que violam frontalmente o ordenamento jurídico (*tax evasion*) não é fenômeno de que se ocupa de forma direta o mencionado plano, uma vez que para estas a legislação nacional sempre dispôs de mecanismos apropriados de combate.

Em verdade, tem-se que o Plano BEPS visa combater as práticas que, embora não sejam contrárias à legislação, acabam por violar os propósitos da norma. Ou seja, este tem por intuito evitar as práticas que, não obstante ocorram em conformidade com a legislação – e, por isso, não possam ser caracterizadas como ilícitas –, se encontram em desconformidade com a finalidade da norma (*tax avoidance*).

Nesse sentido, o artifício de maior evidência, compreendido na classe das práticas que se situam nos limites da lei, mas que contrariam as finalidades desta, é o dito planejamento tributário “agressivo” ou “abusivo”, o qual passa agora a ser objeto de estudo.

1.1. Compreensão do conceito de planejamento tributário “agressivo” à luz do Plano BEPS

A dificuldade de compreensão da expressão “planejamento tributário agressivo” pode ser identificada nas diversas esferas em que ela é utilizada. Referida dificuldade também ocorre no âmbito da OCDE, o que acaba por influenciar de forma direta na concretização das diretrizes do Plano BEPS.

“Na realidade, conforme leciona Sérgio André Rocha, embora não tenha sido elaborada qualquer conceituação definitiva, a OCDE realizou uma prévia delimitação do conceito ao definir que as preocupações das autoridades são relativas a

⁴ Nesse sentido, cite-se: “[...] The goal is thus to keep a stable and secure International tax system and at the same time adjust its institutes where their purpose was corrupted, and they were used for BEPS. The action plan is designed to close tax avoidance loopholes in the patchwork of domestic fiscal laws and bilateral tax treaties, and to correct the corrosive impact of tax competition. [...]” (SVAŽIČ, Tatjana. *Anti-BEPS Measures and Their Impact on Business Performance of Multinational Enterprises*. *Našegospodarstvo/OurEconomy*, v. 65, n. 4, p. 99-109, 2019. Disponível em: <https://content.sciendo.com/view/journals/ngoe/65/4/article-p99.xml>. Acesso em: 20 jun. 2020).

⁵ *Ibidem*.

dois tipos: '(i) operações que são sustentáveis do ponto de vista legal, mas imprevisíveis do ponto de vista fiscal, visto que a legislação pode – sem qualquer certeza – ser utilizada de forma inapropriada; (ii) aquelas operações favoráveis ao contribuinte que, sem informá-las as autoridades fiscais, acabam por gerar incertezas ou riscos relacionados a sua regularidade fiscal, na medida em que a sua atuação ocorre em algumas áreas controversas”⁶.

No mesmo sentido, Paolo Piantavigna informa que, apesar da inexistência de definição exata, o planejamento tributário agressivo pode ser identificado no âmbito da OCDE a partir da utilização de duas expressões: “*avoidance*” e “*abuse of law*”⁷. O primeiro termo seria relativo aos arranjos e às operações feitas pelos contribuintes com o intuito de reduzir seus débitos fiscais, os quais, embora não violem a lei, geralmente acabam por contrariar a finalidade da norma⁸. Já a segunda expressão seria relativa à doutrina que autoriza as autoridades fiscais a desconsiderarem a forma jurídica utilizada pelos contribuintes que não possua base comercial⁹.

A partir de tais noções gerais é possível perceber que o “planejamento tributário agressivo” é identificado pela OCDE nas operações que fazem uso das incertezas e imprecisões existentes no ordenamento jurídico – seja no âmbito interno, seja no âmbito de distintas jurisdições – com o intuito único de assegurar a redução do encargo tributário.

Por essa razão, tais operações, as quais não possuem outra finalidade além de garantir aos contribuintes uma redução de sua carga tributária, revestindo-se, assim, da característica de “artificialidade”, carecem de legitimidade. Tal fato se dá pois a compatibilidade de tais operações com o ordenamento jurídico ocorre somente de maneira formal. É dizer: embora tais operações observem as disposições legais e, portanto, não violem a lei de forma direta (podendo ser consideradas, assim, atos *intra legem*, isto é, atos praticados “nos limites da lei”), não é possível considerá-las atos em conformidade com a lei (*secundum legem*), haja vista que se destinam a finalidade diversa da pretendida pelas normas¹⁰.

É evidente que as normas e os sistemas tributários, incluindo-se aí eventuais incongruências existentes entre os sistemas, não foram desenvolvidos para asse-

⁶ O autor é citado no seguinte trabalho: LOBO, Cassius Vinicius. *O planejamento tributário agressivo: uma análise crítica dos conceitos adotados pela OCDE e a sua importância para a implementação da Ação 12 do BEPS*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Fiscal) – Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2017. p. 31. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26852/1/Tese%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2020.

⁷ PIANTAVIGNA, Paolo. Tax Abuse and Aggressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD Are Establishing a Unifying Conceptual Framework in International Tax Law, despite Linguistic Discrepancies. *World Tax Journal February*, 2017, p. 56.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem, p. 66.

gurar aos contribuintes sua utilização indistinta com o intuito de assegurar a redução do ônus fiscal. Ao revés, a tributação é fenômeno que deve guardar pertinência com a atividade econômica desenvolvida, como uma espécie de “consequência” desta, e não o contrário. Ou melhor: a tributação existe e ocorre pois há o desenvolvimento de atividade econômica que a precede, e não o contrário.

Logo, ao fazerem os contribuintes uso da legislação, sem se preocuparem com o real desenvolvimento de atividades econômicas ou com o cenário fático por detrás destas, estes acabam por desvirtuar o sistema tributário e, consequentemente, suas operações acabam por se tornar operações totalmente destituídas de legitimidade.

Ademais, tais fenômenos, quando não são responsáveis por acarretar a completa inexistência de tributação, frequentemente acabam por fazer com que esta ocorra em local diverso e totalmente dissociado daquele em que a atividade é desenvolvida. Isso acaba por afrontar, entre outros, o princípio da capacidade contributiva, uma vez que retira do campo de incidência tributária sujeitos que possuíam inegável capacidade contributiva e, por tal motivo, deveriam estar submetidos à tributação. Ao mesmo tempo, este acaba por onerar os demais que não necessariamente detêm semelhante capacidade contributiva.

Na tentativa de combater tais práticas, a OCDE se baseia em três conceitos centrais, pilares do desenvolvimento de todo Plano BEPS, os quais têm por escopo estabelecer parâmetros para coibir os referidos arranjos, sendo eles: transparência, coerência e substância econômica. Tais conceitos, como mencionado, embora consistam em fundamento para o Plano BEPS de um modo geral, serão analisados, especificamente, em relação ao ponto central ora estudado, ou seja, em relação ao conceito de “planejamento tributário agressivo”.

O primeiro fundamento, qual seja transparência, estabelece a necessidade de maior interação e compartilhamento sobre os atos, arranjos e operações praticadas pelos contribuintes. Dessa forma, a partir deste, “os contribuintes devem fornecer informações mais específicas sobre as suas estratégias de planejamento tributário”¹¹. Destaque-se que o aprimoramento do compartilhamento deve ser feito tanto a partir da ampliação da obrigatoriedade de fornecimento de informações por parte dos contribuintes quanto por meio da maior divisão de informações entre os diversos países. Quanto ao último aspecto, tem-se que ele possui notória relevância, pois busca evitar o mencionado fenômeno da dispersão e alocação aleatória do capital apenas com o intuito de assegurar a redução do encargo tributário.

A questão da transparência está inserida na relação do contribuinte para com o fisco, devendo o sujeito passivo revelar as operações que podem acarretar eco-

¹¹ OECD. *Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros*. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264207790-pt>. Acesso em: 10 ago. 2019.

nomia de tributos, como também, entre os sistemas fiscais, com relação ao compartilhamento de informações. Porém, também é necessário que exista uma transparência que venha dos sistemas de tributação voltada para os contribuintes, que consiste na publicidade dos posicionamentos adotados, principalmente no que tange à retroatividade, não devendo os atos retroagirem, atingindo fatos anteriores à edição da norma.

Importante mencionar que os instrumentos e mecanismos de troca de informações entre os sistemas fiscais dos países estão se intensificando cada vez mais, e, em curto espaço de tempo, poder-se-á estar diante de uma base única de informações fiscais dos contribuintes, principalmente as grandes empresas com operações transnacionais.

Já o segundo fundamento – coerência – tem como finalidade aprimorar o sistema tributário internacional, compreendido como um todo. Como já ressaltado, no “planejamento tributário agressivo” os contribuintes por vezes fazem uso das incongruências e incompatibilidades normativas, o que pode acabar por resultar em uma completa inexistência de tributação. Dessa maneira, ao pretender conferir maior “coerência” ao sistema tributário, a OCDE o compreende como um sistema “único”¹², e visa, com isso, eliminar as incompatibilidades presentes nesse todo. Logo, esta almeja

“[...] complementar os atuais padrões elaborados para combater a dupla tributação com instrumentos que evitam a dupla não tributação em áreas que antes não eram cobertas pelos padrões internacionais e que tratam de casos de não ou baixa tributação associados com práticas que segregam artificialmente os rendimentos tributáveis das atividades que o geram [...]”¹³.

Esse, talvez seja, o objetivo mais ambicioso do Plano BEPS. Não é possível garantir uma coerência entre ordenamentos jurídicos tributários, estruturados de forma totalmente diversa, considerando os interesses fiscais individuais de cada nação. O sucesso dessa empreitada dependeria da existência de um sistema uno, o que não é possível. Para muitos países, conceder benefícios é necessário. Se os contribuintes se aproveitam dessas concessões, não é possível a aplicação de censura. Isso permite verificar que a luta é entre os países, cada qual tentando garantir a sua receita, não podendo o contribuinte de boa-fé ser penalizado dentro desse contexto.

¹² Destaque-se que a compreensão do sistema tributário internacional como um “todo” não é feita aqui com o sentido de ausência da autonomia das respectivas jurisdições para instituírem suas normas tributárias, mas sim como a necessidade de aperfeiçoamento das distintas legislações de maneira geral, a fim de evitar a existência de lacunas e incompatibilidades entre estas, as quais, como informado, são utilizadas para os arranjos apontados.

¹³ OECD. *Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros*. Paris: OECD Publishing, p. 13. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264207790-pt>. Acesso em: 10 ago. 2019.

Por fim, o fundamento da substância econômica visa garantir que a tributação guarde pertinência com o real local em que a atividade é desenvolvida. No desenvolvimento do Plano BEPS, como já ressaltado, foi identificado que a tributação nem sempre ocorre onde a respectiva atividade é realizada.

Nesse sentido, consta no Plano que: “vários estudos e dados indicam que existe uma desconexão crescente entre o local onde as sociedades exercem as suas atividades de criação de valor e os seus investimentos e o local no qual os lucros são declarados para fins tributários”¹⁴. Assim, este último fundamento – substância econômica – tem por intuito evitar, justamente, a ocorrência de tal fenômeno. Com isso, pretende-se garantir que a tributação ocorra no local onde a atividade econômica é desenvolvida e, conseqüentemente, evitar a alocação indistinta e artificial que tem sido realizada pelas empresas.

Ao introduzir o critério da substância, constata-se que o Plano BEPS procura estabelecer uma forma justa de repartição da receita tributária entre os países. Passa-se a ser considerado correto, ou por que não dizer “justo”, que o local em que a atividade é exercida tenha uma prevalência na tributação desses rendimentos. Isso repercutirá de maneira importante na questão da taxaçaõ da economia digital, além de conduzir a formas de incidência que recaem diretamente sobre a atividade econômica.

Referidos critérios, portanto, ao exigirem a uniformização do sistema tributário, maior divulgação de informações e, ainda, a existência de pertinência entre o local em que os recursos são alocados e a atividade é desenvolvida, acabam por oferecer importantes parâmetros para aferir se há ou não a ocorrência do denominado “planejamento tributário agressivo”. Além do mais, estes consistem, em última instância, em instrumentos a serem utilizados pelos países para combater referidas práticas nocivas.

2. Compreensão do conceito de planejamento tributário “agressivo” para o ordenamento jurídico brasileiro

Assim como ocorre no âmbito do Plano BEPS, extrair a exata a compreensão do fenômeno denominado planejamento tributário “agressivo” para o ordenamento jurídico brasileiro não é tarefa fácil. Em verdade, inúmeras são as posições doutrinárias existentes, as quais divergem acerca das mais diversas questões pertinentes ao tema, tais como a própria admissibilidade do fenômeno e, na hipótese de aceitação deste, quais seriam as conseqüências possíveis e de onde estas retirariam seu fundamento.

Entretanto, as divergências doutrinárias, conforme identifica Sérgio André Rocha, muito menos do que desarmonias reais, relativas ao conteúdo, consistem

¹⁴ Ibidem, p. 23.

em distinções existentes apenas no plano axiológico¹⁵. Isto é, na análise de casos práticos, frequentemente autores com posições diversas podem chegar à mesma conclusão, contudo, em decorrência de elementos de justificativa diferentes.

Dessa forma, o que se pode verificar é que há alguns autores que justificam um determinado tratamento ao fenômeno do planejamento tributário “agressivo” com base em princípios constitucionais como a solidariedade e justiça, enquanto outros defendem a necessidade de preponderância do princípio da segurança, legalidade e tipicidade¹⁶. Ainda assim, para ambas as correntes, sob fundamentos diversos, é possível extrair a necessidade de tratamento semelhante do fenômeno – o qual, em geral, envolve a desconsideração de seus efeitos para o direito tributário em situações determinadas.

Apenas com o intuito didático e sistemático, este trabalho cuidará de analisar o fenômeno do planejamento tributário a partir de suas três fases de evolução, apontadas pelo autor Marco Aurélio Greco, sendo estas: (i) “liberdade, salvo simulação”; (ii) “liberdade, salvo patologias”; (iii) “liberdade com capacidade contributiva”¹⁷.

Desde logo é necessário destacar que tais “fases” não consistem em entendimentos que foram sendo aperfeiçoados e superados ao longo da história, mas se trata de posições doutrinárias diversas sobre o tema que coexistem atualmente¹⁸, as quais passam a ser objeto de estudo.

a) “liberdade, salvo simulação”

A partir da primeira fase, seria ampla a capacidade para os sujeitos se organizarem e se estruturarem, de maneira que, se não fosse verificada a prática de atos ilícitos (posteriores à ocorrência do fato gerador) ou a existência do vício de simulação, não seria possível a desconsideração para fins tributários de quaisquer arranjos eventualmente feitos¹⁹.

Tal concepção parte da ideia de que a liberdade assegurada pelo texto constitucional consiste em valor de maior relevância, bem como em instrumento de tutela em face da atividade de tributação, a qual se trata de elemento de agressão ao patrimônio individual.

Para tal posicionamento, portanto, não seria possível a desconsideração dos fenômenos em conformidade com a lei com base em interpretação econômica²⁰.

¹⁵ ROCHA, Sérgio André. *Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 104.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

¹⁸ Ibidem, p. 45.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ CANTO, Gilberto Ulhôa. Elisão e evasão fiscal. *Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 13, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 111.

Ao contrário, a desconsideração destes somente seria admissível depois da identificação e regulação, feita pelo legislador, dos fenômenos que poderiam ser considerados estruturação agressiva – planejamento tributário agressivo.

Isto é, a tributação fundada em princípios como a isonomia, capacidade contributiva ou justiça, por meio da utilização de analogia, jamais seria possível para tal viés, uma vez que se trata de fato contrário à própria característica de proteção da qual deve se revestir o direito tributário, com amparo nos princípios constitucionais.

Embora tal posicionamento seja o predominante e defenda ideias relevantes, este não é imune a críticas. Em primeiro lugar, sua própria aplicação encontra dificuldades. Isso porque, a partir de tal fase, a liberdade de organização dos particulares, quando não se tratar de fato ilícito, somente poderia ser desconsiderada para fins tributários na hipótese de conter o vício “simulação”.

No entanto, conforme bem aponta Leonardo Alvim, não é possível encontrar qualquer definição precisa para o instituto mencionado, e, diante da inexistência de conceituação legal do instituto, assim como em razão da escassez de trabalhos no âmbito do direito civil que abordem sua extensão de forma aprofundada, a sua definição tem sido feita de forma individualizada, a partir da análise de cada caso²¹.

Por conseguinte, dada a inexistência de delimitação precisa do instituto referido, sua transposição para o direito tributário não forneceria, a princípio, nenhum critério de limitação para as atividades empresariais, uma vez que, como visto, este não contém qualquer conteúdo demarcado.

Dessa maneira, seria possível a utilização da concepção de simulação que mais se apresentasse apropriada para os propósitos do intérprete e da aplicação da norma antiabuso²². Tal fato, é inegável, não se apresenta compatível com a estrutura do direito tributário, como instrumento necessário para conferir garantia aos sujeitos, tampouco com o princípio da segurança jurídica, cuja observância é imprescindível. Paradoxalmente, ambas as características tratam-se, em essência, do alicerce no qual se funda o entendimento dos autores dessa fase.

Outro ponto passível de crítica, presente no entendimento da referida fase, seria o de que a adoção de qualquer entendimento em sentido contrário poderia conduzir à admissibilidade de tributação fundada em analogia ou no princípio da isonomia.

No entanto, ao contrário do sustentado, na hipótese de o Fisco, em exercício de interpretação econômica, firmar o entendimento de que determinada atividade não é compatível com a respectiva estrutura formal utilizada, não se estaria dian-

²¹ ALVIM, Leonardo de Andrade Rezende. Planejamento tributário: os tribunais administrativos estabelecendo parâmetros de atuação do contribuinte e do fisco. In: FRATTARI, Rafael; LOBATO, Valter. *30 anos da Constituição Federal de 1988: uma nova era na tributação?* Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 547.

²² Ibidem.

te de tributação fundada em analogia ou, mesmo, no princípio da isonomia, fenômeno esse veementemente rechaçado por diversos autores de destaque, a exemplo de Humberto Ávila²³, com o qual se concorda.

Isso porque, em tais casos, não haveria a extensão da norma de incidência tributária para atingir hipóteses que nela não estejam compreendidas. O que ocorreria seria tão somente uma requalificação dos negócios jurídicos, tomando por base sua real finalidade, os quais passariam a estar, com a nova valoração feita pelas autoridades fazendárias, compreendidos no âmbito de incidência da norma²⁴. A adequação ora tratada, portanto, existiria apenas no plano fático, e não no plano normativo, como sustentado.

Ainda assim, a admissibilidade da irrestrita possibilidade de qualificação, requalificação ou estruturação pela Fazenda Pública, assim como a tributação fundada em analogia, consiste em fato temerário, devendo-se reconhecer que o preceito da legalidade é uma garantia importante. Por isso, esse poder da atividade fiscalizatória deve ser objeto de limitação por outros fenômenos, tais como a fixação de parâmetros por meio da atividade legislativa, principalmente no caso do Brasil, em que as penalidades estabelecidas são excessivas.

Todavia, a própria necessidade de fixação de balizas por intermédio da atuação do legislador consiste em outro aspecto questionável no posicionamento adotado pelos autores da primeira fase, uma vez que a inflação legislativa poderia ser responsável por tornar a aplicação do direito mais complexa e, com isso, ao contrário do pretendido, acabaria por trazer maior insegurança jurídica²⁵.

b) “liberdade, salvo patologias”

Ao contrário do entendimento anteriormente apontado, a partir da percepção da segunda fase do planejamento tributário – “liberdade, salvo patologias” –, a liberdade de organização dos particulares seria limitada não somente quando se tratasse de ato ilícito ou quando houvesse a presença do vício da simulação referido, mas também quando existissem outros vícios, tais como abuso do direito, fraude à lei²⁶ e negócios jurídicos indiretos.

A partir de tal compreensão, portanto, a liberdade de atuação dos particulares seria consideravelmente mais restrita, e, para que a organização possa ser considerada legítima para o direito tributário, faz-se necessário que esta seja compatível com diversos princípios, tais como o da solidariedade, justiça social e igualdade.

²³ ÁVILA, Humberto. Planejamento tributário. *Revista de Direito Tributário*, v. 98, p. 74-85, 2006.

²⁴ Nesse sentido, também é o entendimento de: ALVIM, Leonardo de Andrade Rezende. Op. cit., p. 547.

²⁵ GRECO, Marco Aurélio. Op. cit., p. 139.

²⁶ Nesse sentido, confira-se: GODOI, Marciano Seabra de. *Fraude a la ley y conflicto en la aplicación de las leyes tributarias*. Instituto de Estudios Fiscales, 2005.

Ou seja, o direito de organização é compreendido como um direito subjetivo não absoluto, de maneira que, se ele for exercido em contrariedade com sua finalidade ou com os princípios anteriormente apontados, não seria sustentável sob o ponto de vista tributário.

Segundo os autores dessa fase, a análise da legitimidade de determinada estruturação para fins tributários envolveria, necessariamente, a verificação da existência de alguma causa subjacente, adequada para ampará-la. Isto é, acaso o exercício do direito de liberdade de organização tenha sido feito apenas com o intuito de reduzir o ônus fiscal, este não seria oponível à Fazenda Pública, visto que esbarraria nos princípios da isonomia e solidariedade, por exemplo.

Em relação a esse aspecto, no entanto, é necessário fazer algumas ressalvas. Em primeiro lugar, o exame da legitimidade ora tratada reside no plano objetivo – causa do negócio jurídico –, e não no plano subjetivo – motivo do negócio jurídico. É dizer: na análise, o intérprete deverá verificar se a causa – “fim prático pretendido com o negócio jurídico”²⁷ – possui conteúdo diverso do que a mera redução dos encargos fiscais. Tal análise, entretanto, não será feita com base na vontade psíquica dos agentes (plano subjetivo), mas tão somente na finalidade e no resultado pretendidos e atingidos com o negócio jurídico²⁸.

Além do mais, a necessidade de existência de causa “extratributária” para a organização, somada à inclusão do parágrafo único ao art. 116 do Código Tributário Nacional (CTN) feita pela Lei Complementar n. 104/2001, o qual autoriza a desconsideração de atos ou negócios jurídicos praticados com o intuito de dissimular a ocorrência dos fatos geradores das obrigações tributárias, poderia conduzir ao entendimento de que se estaria a adotar a teoria do “*business purpose*” ou teoria do propósito negocial.

Em linhas gerais, referida teoria busca analisar a existência de “substância” por detrás dos atos ou negócios jurídicos eventualmente realizados. Ou melhor, a partir dela, é necessário que os atos tenham sido praticados em função da atividade desenvolvida – isto é, com um “propósito negocial” – e que guardem pertinência com ela. Dessa maneira, eventuais atos praticados pelos contribuintes com o mero intuito de garantir uma redução de seus encargos fiscais, sem nenhuma relação ou conexão com a atividade desenvolvida, não poderiam ser considerados válidos e deveriam ser desconstituídos para efeitos tributários.

No entanto, apesar de o raciocínio se apresentar simples a princípio, tem-se que não há consenso na doutrina brasileira acerca do que, de fato, poderia ser

²⁷ BOGO, Luciano Alaor. *Elisão tributária: licitude e abuso de direito*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/1267/LucianoAlaorBogo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 jun. 2020.

²⁸ *Ibidem*.

considerado ato em conformidade com o “propósito negocial”²⁹. Tal fato ocorre devido à definição ampla e inexata do termo, de maneira que é possível identificar autores que apontam os mais variados significados para o conceito.

Há parcela da doutrina que argumenta que, para ser considerado legítimo um ato ou negócio jurídico, faz-se necessária, ao menos, a existência de um motivo “extratributário”³⁰. Portanto, para essa vertente, não seria legítimo o ato praticado apenas com a finalidade única de assegurar a redução do ônus fiscal.

Em sentido totalmente oposto, contudo, há outra parcela que vislumbra na tentativa de garantir da redução do ônus fiscal um ato com propósito negocial em si, haja vista que o intuito de auferir lucros é a finalidade última de quase todas as entidades. Assim, a intenção de garantir a diminuição dos encargos fiscais seria totalmente compatível com essa relevante finalidade (obtenção de lucros).

Apesar da divergência doutrinária, na apreciação de casos acerca do tema tem prevalecido no país, principalmente em razão dos julgados do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), a corrente que defende a necessidade de se demonstrar o propósito da operação, que não pode se resumir à economia tributária, para que a operação seja considerada lícita. Dessa forma, acaso tais atos não possuam uma justificativa relacionada com a atividade desenvolvida nem ocorram em virtude desta, eles estariam sujeitos à desconstituição assegurada pelo parágrafo único do art. 116 do CTN. Nesse sentido, tem-se o seguinte julgado do CARF:

“OPERAÇÃO ÁGIO – SUBSCRIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO COM ÁGIO E SUBSEQUENTE CISÃO – VERDADEIRA ALIENAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO – Se os atos formalmente praticados, analisados pelo seu todo, *demonstram não terem as partes outro objetivo que não se livrar de uma tributação específica*, e seus substratos estão alheios às finalidades dos institutos utilizados ou não correspondem a uma verdadeira vivência dos riscos envolvidos no negócio escolhido, tais atos não são oponíveis ao fisco, devendo merecer o tratamento tributário que o verdadeiro ato dissimulado produz. (CARF. Acórdão n. 101-95.537)” (sem grifos no original).

Assim, apesar das semelhanças existentes, de acordo com Sérgio André Rocha a presente fase não adere à teoria do *business purpose*³¹, uma vez que, para admitir a validade da estruturação, não demanda que a causa seja compatível com os propósitos negociais, mas, tão somente, que esta seja fundada em finalidades diversas do que a mera redução do ônus tributário, podendo ser relativas à con-

²⁹ Nesse sentido: BORDIGNON, José Luiz. O sistema jurídico brasileiro e o propósito negocial como elemento de validade do planejamento tributário. *UNISINOS: Revista de Direito da Empresa e dos Negócios*, v. 2, n. 1, 2018. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/rden/article/view/17624/60746502>. Acesso em: 14 jun. 2020.

³⁰ *Ibidem*, p. 10.

³¹ ROCHA, Sérgio André. *Op. cit.*, p. 81.

veniência pessoal, a interesses familiares ou, até mesmo, a questões relacionadas ao desenvolvimento ou aprimoramento da empresa³².

Prosseguindo, tem-se que a presente fase, assim como a anterior, está sujeita às críticas, as quais, mais uma vez, dizem respeito à sua própria aplicação. Como exposto, a partir da presente perspectiva, a limitação da atividade organizacional seria feita por outros vícios, a exemplo o de “abuso de direito”.

Entretanto, embora a existência do instituto indicado possa ser verificada sem nenhuma dificuldade no âmbito da Teoria Geral do Direito, haja vista que desde o Código Civil de 2002 ele se encontra expressamente previsto no art. 187, sua importação para a esfera do direito tributário não é questão pacífica³³.

O conceito de abuso de direito não possuiria aplicabilidade imediata no direito tributário, sendo diversos os fundamentos para tanto. Há autores que defendem, a exemplo de Alberto Xavier, que o conceito de abuso de direito não possui nenhuma aplicabilidade no âmbito tributário, uma vez que inexistente previsão legal acerca do tema³⁴. Outros autores argumentam, no mesmo sentido, não ser possível a desconsideração de negócios jurídicos lícitos pelas autoridades fazendárias com base unicamente na transposição do referido conceito do direito civil sem que haja previsão legal nesse sentido³⁵.

Essa última corrente, defendida por Sérgio André Rocha, embora não admita a desconsideração fundada no abuso de direito, reconhece a possibilidade da desconsideração quando restar configurada a artificialidade e distorção da causa do negócio jurídico, tomando como base no conceito de simulação, nos termos do art. 149, inciso VII, do CTN. Em relação às demais hipóteses, seria necessária a regulamentação do parágrafo único do art. 116 do CTN³⁶.

Ainda assim, apesar das críticas apontadas, para a segunda fase do planejamento tributário o conceito de “abuso de direito” seria perfeitamente aplicável e constituiria fundamento legítimo para autorizar a desconsideração dos negócios jurídicos por parte das autoridades públicas, por diversas razões³⁷.

Primeiro, ao equiparar o abuso de direito aos atos ilícitos, o Código Civil teria tornado o planejamento tributário fundado na utilização desvirtuada e distorcida dos institutos – planejamento tributário “agressivo” – ato ilícito, passando

³² Ibidem.

³³ Em sentido equivalente, confira-se: NETO, Luís Flávio. *Teorias do “abuso” no planejamento tributário*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

³⁴ Nesse sentido: “[...] O conceito de abuso de direito deve ser erradicado, de vez, da ciência do Direito Tributário, onde não tem foro na cidade [...]” (XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 109).

³⁵ ROCHA, Sérgio André. Op. cit., p. 84.

³⁶ Ibidem.

³⁷ TORRES, Ricardo Lobo. A chamada interpretação econômica do direito tributário, a Lei Complementar 104 e os limites atuais do planejamento tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *O planejamento tributário e a Lei Complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 235-244.

este a configurar, portanto, hipótese de evasão, e não de elisão³⁸. Dessa forma, a discussão acerca da possibilidade de desconsideração de seus efeitos pela Fazenda Pública restaria esvaziada, pois, como é lógico, os atos ilícitos não podem ser opostos a esta.

Somado a tal entendimento, defende-se que o direito subjetivo à liberdade contratual, embora seja direito tutelado pelo constituinte, deve ser exercido em conformidade com outros tantos princípios. Por consequência, em função do princípio da igualdade, por exemplo, não seria legítimo que um sujeito, por meio da utilização distorcida de determinado instituto, fosse retirado do âmbito de incidência de norma, enquanto os demais permanecessem a ser onerados por esta.

Por fim, para a segunda fase, o planejamento tributário ainda encontraria outros limites além do apontado, relativos à fraude à lei e negócios jurídicos indiretos. No entanto, a análise pormenorizada destes não será realizada, uma vez que não se mostra pertinente aos fins específicos deste trabalho.

c) “liberdade com capacidade contributiva”

Ao final, a última fase do planejamento tributário, a partir da compreensão de Marco Aurélio Greco, ao contrário das anteriores, não cuida de analisar a limitação da liberdade de organização dos particulares diante da existência de eventuais ilicitudes ou de determinados vícios, tais como a “simulação” ou o “abuso de direito”.

Em verdade, a partir dessa compreensão, mesmo que inexista qualquer espécie de vício ou de ilicitude no planejamento tributário, este poderia vir a ser objeto de controle pelas autoridades fazendárias. Isso porque a liberdade de atuação dos indivíduos não poderia ser compreendida como fenômeno ilimitado e que possa ser exercido de forma contrária aos princípios constitucionais da capacidade contributiva e da justiça social.

Por consequência, mesmo que a organização não contenha nenhuma espécie de mácula, esta poderia vir a ser desconsiderada caso constatado que seu reconhecimento ensejaria a exclusão do âmbito de tributação de hipóteses que o legislador pretendeu ver oneradas³⁹.

Com isso, nota-se na presente etapa uma inversão da percepção da atividade de exação, de maneira que

“[...] o Estado não é visto mais como agressor e invasor do patrimônio individual. Agora, passa-se a voltar ao coletivo, sendo o Estado responsável por concretizar os direitos fundamentais e por implantar as políticas sociais que somente são possíveis com recursos financeiros oriundos da tributação [...]”⁴⁰.

³⁸ GRECO, Marco Aurélio. Op. cit., p. 206.

³⁹ GRECO, Marco Aurélio. Op. cit., p. 206.

⁴⁰ LEITE, Matheus Soares. O planejamento tributário e suas concepções teóricas ao longo de 30

Consequentemente, há uma ressignificação, severamente criticada por parcela da doutrina, diga-se de passagem, do princípio da capacidade contributiva. Em linhas gerais, tal princípio sempre foi concebido como espécie de garantia de que dispõem os indivíduos em face de eventuais exigências estatais. A partir deste, não poderiam ser feitas quaisquer exigências tributárias em desconformidade com a capacidade contributiva de cada sujeito, constituindo este, portanto, relevante instrumento de proteção – daí, a denominação “dimensão negativa da capacidade contributiva”.

No entanto, a partir da perspectiva ora tratada, referido princípio não serviria apenas como limitação à tributação, mas também como fundamento desta – “dimensão positiva da capacidade contributiva”. É dizer: na hipótese de serem identificadas situações que deveriam estar sujeitas à incidência tributária e que indevidamente não o estejam, mesmo sem a existência de vícios ou máculas, poderia o Fisco desconsiderá-las e requalificá-las para fins tributários.

Contudo, conforme entendimento do próprio autor responsável por sustentar os argumentos pertinentes a tal fase, esta ainda não se apresenta aplicável, haja vista que depende de regulamentação e da respectiva instituição, a ser feita pelo legislador⁴¹.

De tal maneira, dada a impossibilidade de aplicação imediata dos argumentos trazidos pela presente fase e, considerando que este artigo tem por intuito precípuo analisar as limitações efetivamente existentes e aplicáveis aos planejamentos tributários porventura realizados, a análise mais detida do presente aspecto não se faz necessária.

Assim, a título de conclusão, observando o desenvolvimento dessas correntes nos últimos vinte anos, pode-se afirmar que cada uma delas tem a sua parcela de razão. No mundo atual, não é mais possível compreender o Estado como um inimigo, que invade a propriedade privada ao tributar. A necessidade do Estado é evidente, principalmente quando se pensa em diferenças sociais e econômicas entre os cidadãos, sendo necessário garantir o mínimo de saúde, educação e renda para aqueles que precisam.

Tal compreensão decorre do próprio princípio responsável por orientar a tributação: o princípio da capacidade contributiva. Conforme defendido por Martha Leão, a ideia de solidariedade está presente no princípio mencionado, uma vez que este funcionaria como medida para assegurar a justa distribuição dos recursos auferidos, assegurando, com isso, a redução da desigualdade⁴². Vislumbrando, também, a existência de conexão entre a capacidade contributiva e a

anos da Constituição de 1988. In: FRATTARI, Rafael; LOBATO, Valter. *30 anos da Constituição Federal de 1988: uma nova era na tributação?* Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 633.

⁴¹ GRECO, Marco Aurélio. Op. cit.

⁴² LEÃO, Martha Toribio. *O direito fundamental de economizar tributos: entre legalidade, liberdade e solidariedade*. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 136.

solidariedade, Luís Eduardo Schoueri vai além e define o referido princípio como consequência lógica da concepção de igualdade, já que este seria responsável por fazer com que cada um contribua na medida de suas possibilidades⁴³.

Todavia, em polo oposto a tais concepções, encontra-se a atividade empresarial, que precisa reduzir custos, e o tributo é um custo importante para se manter em um universo de grande competitividade, que não se limita ao âmbito nacional.

A contribuir para a tormentosa discussão acerca do planejamento tributário está o Supremo Tribunal Federal (STF), que se pronunciou em 2020, quase vinte anos após a edição da Lei Complementar n. 104/2001, acerca da constitucionalidade do parágrafo único do art. 116 do CTN. O voto da Relatora, Ministra Cármen Lúcia, no julgamento da ADI n. 2.446 é pela constitucionalidade da norma, afirmando que esta não proíbe o contribuinte de busca, pelas vias legítimas e comportamentos coerentes com a ordem jurídica, economia fiscal, realizando suas atividades de forma menos onerosa, e, assim, deixando de pagar tributos quando não configurado fato gerador cuja ocorrência tenha sido lícitamente evitada. A decisão afirma que a denominação “norma antielisão” é de ser tida como inapropriada, uma vez que o dispositivo em questão combate a evasão fiscal⁴⁴.

Essa decisão sinaliza que o STF, a princípio, filia-se às correntes entre a primeira e a segunda fases do planejamento tributário. Todavia, resta evidente que o posicionamento é bem mais restrito do que o que vem prevalecendo no âmbito do CARF.

No nosso entendimento, a virtude estaria em adotar uma corrente que percorresse o caminho intermediário, que não está comprometido com a liberdade total, tampouco com a mínima, na estruturação de negócios, que vise reduzir a carga tributária⁴⁵. Parâmetros devem ser estabelecidos.

Embora exista grande dificuldade nesse sentido, é preciso estabelecer requisitos básicos, que deverão ser aplicados ao caso concreto, sendo de conhecimento prévio dos contribuintes, no momento da concepção de seus negócios. Em nossa opinião, a artificialidade é um parâmetro importante a ser seguido, e, por esse motivo, deve-se destacar a importância do Plano BEPS com relação ao assunto.

⁴³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 349.

⁴⁴ Embora o julgamento ainda não tenha sido finalizado, em razão de pedido de vista feito pelo Ministro Dias Toffoli, até a data de fechamento deste artigo, já havia sido obtido o quórum necessário para a declaração de constitucionalidade do dispositivo, haja vista que os Ministros Cármen Lúcia (Relatora), Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Luiz Fux proferiram voto no sentido de considerarem procedente o pedido e, com isso, declarar a constitucionalidade do art. 129 da Lei n. 11.196/2005.

⁴⁵ No mesmo sentido, cite-se: “[...] essa preocupação com a legitimação da tributação está estritamente ligada à definição de seus limites, ganhando relevo a ideia de capacidade contributiva como parâmetro da tributação justa e o seu confronto com os direitos fundamentais do contribuinte [...]” (DANIEL NETO, Carlos Augusto. O “mínimo existencial” como condição de derrotabilidade de regras tributárias. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 37, p. 84-105, 2017).

Todavia, a grande dificuldade está em estabelecer essas premissas dissociadas do caso concreto. Como muito bem destacou Sérgio André Rocha, a discordância entre os autores na perspectiva teórica revela uma grande concordância em termos concretos.

Em razão dessa circunstância, este trabalho elegeu um problema relativo ao planejamento tributário, que não se restringe ao Brasil, mas com repercussão em outros países, para, a partir daí, verificar se os parâmetros do Plano BEPS, no que tange principalmente à substância e à coerência, podem ser aplicados a essa questão relativa ao recebimento do direito de imagem por pessoa jurídica.

3. Análise concreta dos limites ao planejamento tributário relativo à exploração do direito de imagem por intermédio de pessoas jurídicas

Fato que tem sido reiteradamente observado e noticiado, tanto no plano nacional quanto no plano internacional, consiste na infundável controvérsia existente entre os contribuintes e o Fisco acerca da legitimidade e consequente oponibilidade perante as autoridades fazendárias de determinada forma de organização, qual seja a constituição de pessoas jurídicas com o intuito único de realizar a exploração do direito de imagem de figuras notórias⁴⁶.

Tal discussão é fomentada em virtude da própria natureza da atividade desenvolvida, a qual, segundo argumentam alguns, consistiria em atividade eminentemente personalíssima, razão pela qual não poderia jamais ser exercida por intermédio de pessoas jurídicas. Eventual utilização de tais figuras intermediárias dessa forma se trataria de organização feita apenas com o intuito de reduzir o encargo fiscal, o que configuraria planejamento tributário “agressivo” e não seria oponível ao Fisco.

Embora tais controvérsias possam ser observadas em relação às mais diversas figuras públicas, não se restringindo apenas a uma classe determinada de profissionais, visando assegurar maior rigor científico por meio da precisão na comparação a ser realizada, este artigo cuidará de analisar o tratamento tributário que tem sido conferido à renda proveniente de apenas uma espécie de atividade – atividade desportiva – nos planos interno e externo.

Nesse aspecto, será feito o exame do tratamento tributário conferido à renda advinda da exploração do direito de imagem relativo aos atletas no direito tributário nacional, o qual envolverá a análise da legislação pertinente, bem como do entendimento que tem sido aplicado pelo CARF. Em sequência, será examinada

⁴⁶ A título de ilustração, cite-se: https://www.espn.com.br/futebol/artigo/_/id/7009585/diego-costa-condenado-seis-meses-prisao-crime-fiscal-pagara-multa; http://www.espn.com.br/noticia/553768_mascherano-confessa-sonogacao-de-impostos-e-paga-multa-de-mais-de-r-7-milhoes; <https://globoesporte.globo.com/futebol/futebol-internacional/noticia/cristiano-ronaldo-admite-fraude-fiscal-em-madri-e-e-multado-em-188-milhoes-de-euros.ghtml>.

a compatibilidade de tais posicionamentos com o conceito de planejamento tributário “agressivo”, desenvolvido anteriormente.

Após, visando uma análise mais ampla que envolva também a compatibilidade de tal fenômeno com a organização dos países proposta no bojo do Plano BEPS, será igualmente feito o estudo de situações análogas no plano internacional, com o exame do respectivo tratamento que tenha sido conferido, tomando por base as normas internacionais.

3.1. Tratamento tributário da renda obtida com a exploração do direito de imagem sob o prisma da legislação brasileira

Preliminarmente, faz-se necessário destacar que, ao tratarmos do direito de imagem, é possível que este possa vir a ser objeto de distintos contratos, sendo dois deles relevantes para os fins deste trabalho, quais sejam: “(i) contrato de gestão patrimonial pela entidade desportiva ou por pessoa física ou jurídica independente; (ii) contrato de licença de uso em favor da entidade desportiva, marcas patrocinadoras ou atividades publicitárias”⁴⁷.

Tais contratos, embora contenham o mesmo objeto, possuem finalidades distintas, razão pela qual devem ser analisados separadamente. Nesse sentido, o primeiro negócio jurídico é o instrumento por meio do qual se realiza apenas a transferência do aspecto econômico do direito de imagem.

Isto é, com ele haverá a atribuição a terceiro da incumbência de exercer os atos relativos à gestão patrimonial do referido direito. Mencionado ajuste se mostra bem similar ao que frequentemente ocorre em situações relativas à venda de um imóvel, na qual um particular pode optar por promover as atividades pertinentes à sua venda (anúncio, divulgação etc.) ou, então, celebrar contrato com terceiro para tal finalidade⁴⁸. Ainda assim, o direito ao uso da imagem em si não é transferido por meio do referido ajuste.

Por outro lado, com o segundo negócio jurídico – contrato de licença de uso – há a transmissão da própria autorização para o uso e reprodução da imagem⁴⁹. Usualmente, é comum a inclusão de cláusula de cessão de direito de imagem no ajuste anteriormente analisado, assim, a pessoa jurídica gestora ficará também autorizada a celebrar contratos com eventuais patrocinadoras ou entidades interessadas, o que em geral é feito por prazo indeterminado⁵⁰. Apesar disso, para a validade do contrato publicitário, dada a natureza do próprio direito em questão,

⁴⁷ LIMA, Cleyber Correia. *Desafios e estratégias para a tributação da renda de desportistas*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019. p. 34. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28525>. Acesso em: 24 jun. 2020.

⁴⁸ Ibidem.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ Ibidem.

mesmo com a cessão, faz-se necessária a anuência do particular, titular da imagem a ser objeto de utilização⁵¹.

Embora o segundo negócio jurídico – contrato de licença de uso – seja admitido com maior tranquilidade pelas autoridades fazendárias, sem que configure automaticamente ato que tenha por intuito único assegurar a redução do encargo fiscal, o mesmo não ocorre com o primeiro – contrato de gestão patrimonial. O fundamento de tal inadmissibilidade seria que os rendimentos auferidos com a gestão econômica deste seriam provenientes de atividade própria do indivíduo titular da imagem explorada, de natureza intransferível. Por conseguinte, estes não poderiam ser considerados rendimentos relativos à pessoa jurídica, visto que não decorrem de atividade desta, mas de função personalíssima de terceiro. Nesse sentido:

“RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. CONHECIMENTO. DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA.

Tendo os acórdãos recorrido e paradigma examinado situações similares oferecendo, contudo, soluções distintas, resta configurado o dissídio jurisprudencial, devendo ser conhecido o recurso.

OMISSÃO DE RENDIMENTOS. EXPLORAÇÃO DE DIREITO PERSONALÍSSIMO. TRIBUTAÇÃO NA PESSOA FÍSICA.

Os rendimentos obtidos pelo contribuinte em virtude de exploração de direito personalíssimo vinculados ao exercício da atividade esportiva devem ser tributados na declaração da pessoa física, que é de fato aquela que tem relação pessoal e direta com a situação que constitui o respectivo fato gerador, sendo irrelevante a existência de registro de pessoa jurídica para tratar dos seus interesses. Câmara Superior de Recursos Fiscais, Acórdão n. 9202-007.322. Processo n. 18470.728514/201466”.

Entretanto, embora tal distinção tenha sido efetivada em determinados julgados no âmbito administrativo (CARF), a partir de exame detalhado da questão, é possível concluir que a legislação não confere nenhum fundamento hábil a ampará-la.

Em primeiro lugar, é imprescindível destacar que o direito tributário como ramo que, entre outras funções, tem por intuito precípua assegurar a obtenção de receitas para o Estado, não funciona de maneira independente e autônoma. É dizer: embora tal área seja responsável por eleger as hipóteses fáticas que devam estar sujeitas à tributação, conforme cada caso e observados os princípios constitucionais, a este não é dada a função de determinar a validade dos negócios jurídicos eventualmente celebrados.

Por consequência, nota-se que o direito tributário figura apenas como disciplina que, ao encarar inúmeros eventos jurídicos e econômicos que manifestem

⁵¹ Ibidem.

capacidade contributiva, fica responsável por elencar as hipóteses que serão submetidas à tributação. Logo, ele possui função de natureza passiva, e a definição da existência e validade dos ajustes eventualmente realizados não pertence ao direito tributário, mas a ramos diversos.

Por essa razão, o direito tributário é frequentemente qualificado como “norma de sobreposição”, uma vez que incide em fatos cuja regulação incumbe a outros ramos. Nesse sentido, é o entendimento de Cleyber Correia Lima:

“O Direito Tributário é, por muitos, definido como norma de sobreposição, na medida em que atua sobre atos e fatos geralmente regulados por outros ramos do Direito. Mas essa relação, embora autônoma, não coloca qualquer dos ramos do Direito em nível sobrejacente, mesmo porque cada qual atua nos limites das balizas que delimitam o seu campo de incidência. A característica de sobreposição ou superposição apenas autoriza a aplicação da norma tributária sobre as relações instauradas a partir de formas definidas ou não proibidas por outras normas do mesmo ordenamento jurídico”⁵².

A partir de tal raciocínio, é possível concluir, portanto, que para a análise da validade de determinados negócios jurídicos faz-se necessário o exame de sua compatibilidade com o respectivo ramo responsável por regulamentá-lo.

Nesse sentido, tomando por base a questão ora estudada, a validade da transferência da gestão patrimonial, bem como da cessão do uso do direito de imagem para pessoas jurídicas, demanda o exame de sua compatibilidade com o complexo normativo responsável por regulamentar tais questões, no caso, o direito civil.

Assim, na hipótese de haver conformidade entre ambos, tal ajuste será consequentemente válido para o direito tributário, somente podendo ser desconsiderado na hipótese de haver disposição normativa expressa quanto aos efeitos tributários de dado instituto e/ou estarem presentes outros vícios, tais como a “simulação” ou, então, o “abuso de direito”, a partir da primeira e da segunda fases do planejamento tributário, respectivamente. Definidas as premissas iniciais necessárias, passa-se, então, à análise da validade da estruturação mencionada.

O desempenho de atividade econômica, a qual pode ou não ser considerada atividade empresarial, segundo o regramento previsto no Código Civil de 2002, pode ser exercido de forma direta pelas pessoas físicas ou, então, por intermédio de pessoas jurídicas.

Salvo raríssimas exceções, não há a obrigatoriedade de opção por um modelo, de maneira que pertence ao próprio particular a escolha da forma em que desenvolverá sua atividade. Tal opção, frise-se, pode se dar em virtude dos mais diversos motivos, tais como a intenção de garantir a separação exata do patrimônio pessoal e o referente à atividade desempenhada, garantir a limitação da responsabilidade dos particulares ou, até mesmo, assegurar o desenvolvimento da

⁵² *Ibidem*, p. 32.

atividade em maior escala, dada a maior organização e estruturação que é atribuída pela constituição de pessoas jurídicas.

Logo, tem-se que a figura das pessoas jurídicas, à parte de toda a discussão acerca das teorias responsáveis por justificá-las, consiste em instrumento legítimo, conferido pelo ordenamento jurídico, para garantir que o desenvolvimento de atividades econômicas, de natureza empresária ou não, ocorra com maior facilidade e de forma autônoma às atividades dos particulares.

Nesse sentido, dada a margem de escolha conferida pelo próprio ordenamento jurídico, em princípio não seria legítimo ao intérprete, em qualquer fase de tal raciocínio, concluir que a utilização de pessoas jurídicas nos casos relativos à exploração do direito de imagem se trataria de tentativa de fraude à tributação. Isso porque, como exposto, o direito civil opera com lógica diversa da do direito tributário, preponderando naquele a autonomia privada e liberdade contratual dos particulares, aos quais pertence a incumbência de decidirem se desejam contratar e, em caso positivo, possuem a liberdade para definir as condições em que a contratação ocorrerá.

Por conseguinte, não havendo vedação nesse sentido, é possível que o particular opte por explorar os direitos relativos à sua imagem na condição de pessoa física ou, então, por constituir pessoa jurídica para os fins apontados. Essa última opção, inclusive, encontra amparo em diversos fundamentos, a exemplo da intenção de maximizar a atividade desenvolvida, com acréscimo do volume dos negócios, bem como na ampliação do valor agregado e poder de marketing⁵³.

Inclusive, somando ao entendimento de não haver nenhum impedimento legal para o desenvolvimento dessa atividade por meio de pessoas jurídicas, o dispositivo que trata da espécie de pessoa jurídica “Empresa Individual de Responsabilidade Limitada”, comumente conhecida como EIRELI, admite sua constituição com o escopo mencionado. Nesse sentido:

“Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

[...]

§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

[...]”.

Por consequência, o único fundamento remanescente apto a justificar a ilegitimidade da constituição de pessoa jurídica para os fins apontados e a consequen-

⁵³ Ibidem, p. 42.

te impossibilidade de oposição desta perante a Fazenda Pública seria o fato de os rendimentos discutidos serem provenientes da exploração do trabalho da pessoa física, que “artificialmente” seriam enquadrados como direito de imagem.

Importante ressaltar que toda atividade desenvolvida por pessoas jurídicas consiste, em última instância, em atividade desenvolvida por pessoas físicas. Considerando que a pessoa jurídica se trata de instituto de ficção legal – ou de realidade técnica, a depender da teoria de predileção do intérprete –, somente por abstração legal ela possui existência autônoma do particular.

Ainda assim, seu funcionamento, organização e estruturação dependem, invariavelmente, do desempenho de atividades por parte de particulares, leia-se, pessoas físicas. Logo, mesmo que a renda em questão seja proveniente do exercício de direito inerente à pessoa física, relativo ao aspecto mais íntimo desta, uma vez que se trata de direito da personalidade, tal fato não impede a organização por intermédio de pessoa jurídica, uma vez que a titularidade do direito não se confunde com a respectiva exploração deste. A última atividade, a depender da figura pública tratada, pode demandar organização complexa para que seja feita uma melhor gestão e administração, justificando, assim, a organização autônoma por intermédio de pessoa jurídica.

Por fim, nota-se que mesmo a necessidade de consentimento do particular não é fato capaz de autorizar a conclusão de que os rendimentos auferidos não constituiriam renda das pessoas jurídicas, mas das pessoas físicas titulares do direito de imagem.

Referido consentimento se justifica em função de previsão existente no direito civil, o qual define que o direito ora tratado possui natureza personalíssima e, por isso, sempre dependerá da autorização do particular para que eventuais contratos sejam válidos (art. 18 do CC/2002). Logo, ele consiste apenas em requisito de validade, exigido pelo ramo respectivo por regular a matéria, não sendo fato capaz de alterar a titularidade das rendas auferidas para fins tributários.

Dessa forma, a compreensão que vem sendo adotada no âmbito administrativo, perante a Secretaria da Receita Federal do Brasil, no sentido de limitar a possibilidade de cessão do direito de exploração do direito de imagem às pessoas jurídicas, não se apresenta a mais adequada com o ordenamento jurídico, visto que acaba por limitar indevidamente a liberdade de organização dos particulares, sem que haja qualquer dispositivo legal nesse sentido, tampouco no que se refere à legislação tributária específica.

3.1.1. Hipóteses de desconsideração do planejamento tributário

Considerando que o ordenamento jurídico não fixa restrições acerca da possibilidade da organização e exploração do direito de imagem por intermédio de pessoas jurídicas, é possível concluir que tais arranjos não poderão ser objeto de limitação para fins tributários, sob esse simples fundamento. Todavia, não

obstante a desconsideração não possa ser feita apenas com base no exercício legítimo do direito de escolha, ela poderá ocorrer quando estiverem presentes determinados vícios.

Conforme anteriormente analisado, os vícios responsáveis por limitar a liberdade de organização dos particulares e, com isso, atribuir ao planejamento tributário eventualmente realizado a característica de “agressivo”, podem ser de diversas ordens, a depender da fase do planejamento tributário considerada.

Inicialmente, partindo da perspectiva da primeira fase, somente o vício de “simulação” é capaz de ensejar a desconsideração da organização feita, a qual ocorreria com base no art. 149, inciso VII, do CTN. Embora tal vício não contenha conteúdo delimitado, como visto, este pode ser compreendido, em resumo, como os atos nos quais exista a vontade dolosa de criação de nova realidade totalmente fictícia⁵⁴.

Nesse aspecto, se, por um lado, não há dificuldade em reconhecer tal patologia como causa legítima para justificar a desconsideração dos arranjos, em virtude da existência expressa de dispositivo nesse sentido, a exata identificação da presença do vício de “simulação” é questão que demanda cautela do intérprete, principalmente no que se refere a essa questão da administração do direito de imagem por pessoa jurídica.

Na hipótese ora tratada, a mera transferência da atividade de exploração do direito de imagem para as pessoas jurídicas, por si só, não configura simulação, dada a liberdade de opção pela organização conferida pelo ordenamento jurídico, bem como pela impossibilidade de vislumbrar em tal conduta a tentativa de alterar qualquer realidade fática.

Ainda assim, embora o vício apontado não possa aí ser identificado, ele pode estar presente em planos diversos relativos à mesma organização, como quando o contribuinte qualifica rendas originárias do contrato de trabalho, como provenientes da exploração do direito de imagem, apenas com o intuito de assegurar que a tributação ocorra em patamar inferior.

A título de ilustração, tendo em vista a situação posta em apreciação, importante considerar o caso julgado pelo CARF⁵⁵ relativo ao atleta Darío Leonardo Conca, que no entendimento da Receita Federal teria constituído a pessoa jurídica “artificialmente”, para reduzir a carga tributária.

Nesse caso, a Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF entendeu que,

“embora o contrato de cessão de uso do direito de imagem seja entre a Unimed e a empresa Dario L. Conca Empreendimentos Desportivos Ltda. a vigência do contrato depende da relação de emprego entre o Clube e a pessoa física do atleta.

⁵⁴ Ibidem, p. 68.

⁵⁵ Câmara Superior de Recursos Fiscais (CRSF), Acórdão n. 9202-007.322, Processo n. 18470.728514/201466.

Isto é, embora alegadamente cedido o direito de imagem à empresa para sua exploração econômica, esta exploração econômica não pode ocorrer sem a ação do seu titular, a pessoa física”.

Dessa forma, pode-se constatar que o CARF requalificou a verba recebida da Unimed, desconstituindo a sua natureza de direito de imagem, para configurá-la como rendimento decorrente do trabalho, uma vez que ela tem origem no contrato de trabalho celebrado entre o atleta e o Clube Fluminense.

Em seu voto, o Conselheiro Relator acresce que

“é sabido, até porque que a Lei n. 9.611/1998⁵⁶ disciplina a matéria, que os contratos entre clubes e jogadores de futebol envolvem a cessão a este do uso do direito de imagem, em razão, dentre outras coisas, do fato de o atleta envergar uniforme com a veiculação de marcas comerciais, pelas quais o clube é remunerado. No presente caso, o contrato do atleta não envolveu o pagamento de qualquer valor a esse título, que foi substituído pelo contrato do clube com a empresa. Nessas condições, seja pela impossibilidade jurídica da cessão do direito de imagem para exploração comercial por terceiros, seja porque a cessão do direito de imagem está diretamente associada à relação de emprego do atleta com o clube Fluminense, concluo que os valores pagos pela Unimed à empresa Darío L. Conca Empreendimentos Desportivos Ltda. constituem rendimentos da pessoa física do contribuinte”.

Desse modo, constata-se que para essa decisão o fato de o contrato entre o jogador e o clube não prever direito de imagem seria motivo suficiente para determinar o reenquadramento da verba, que passaria a constituir rendimento de pessoa física, mesmo que o pagamento seja efetivado por empresa que não tem relação direta com o contrato de trabalho celebrado.

Ocorre que esse não é motivo suficiente para se configurar uma simulação, que justificaria o reenquadramento da verba, como se decorresse de rendimento do trabalho. O atleta recebe direito de imagem, porque esta é veiculada em canais de comunicação e explorada comercialmente, pelo clube ou por patrocinadores, independentemente das obrigações trabalhistas.

Quanto a essa questão, importante mencionar o regime jurídico de tributação do direito de imagem, perante o ordenamento jurídico italiano. Conforme

⁵⁶ Na verdade, o Conselheiro Relator estava se referindo à Lei n. 9.615/1998, conhecida como Lei Pelé, que em seu art. 87-A estabelece limites para a percepção do direito de imagem. O art. 87-A dispõe o seguinte: “O direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo. (Incluído pela Lei n. 12.395, de 2011). Parágrafo único. Quando houver, por parte do atleta, a cessão de direitos ao uso de sua imagem para a entidade de prática desportiva detentora do contrato especial de trabalho desportivo, o valor correspondente ao uso da imagem não poderá ultrapassar 40% (quarenta por cento) da remuneração total paga ao atleta, composta pela soma do salário e dos valores pagos pelo direito ao uso da imagem (Incluído pela Lei n. 13.155, de 2015)”.

explica Andrea Carinci, se o direito de imagem é pago pelo próprio clube para o qual o atleta trabalha, a legislação tributária italiana entende que essa verba decorre do contrato de trabalho celebrado e que, por isso, deve ser tributada como rendimentos do trabalho, por uma força de atração do contrato principal, por eles denominada de *Regola dell'omni comprensività*. Todavia, se o direito de imagem é pago pelos patrocinadores ou terceiros, não se configura rendimento decorrente do trabalho, recebendo a denominação de rendimentos diversos⁵⁷.

A partir da análise do direito comparado, pode-se concluir que o enquadramento do direito de imagem pago por terceiro/patrocinador como rendimento do trabalho, e, portanto, tributado na pessoa física, configura-se arbitrário e desrespeitoso ao direito do contribuinte de se auto-organizar, utilizando opção fiscal lícita.

Esse caso específico é muito relevante, uma vez que tal entendimento se repete em outros julgados e permite refletir sobre a estrutura necessária à configuração da atividade empresarial, com relação às atividades profissionais, no sentido de identificar o grau de artificialidade exigido, visando constituir um planejamento tributário agressivo ou não.

A pergunta que surge a partir desse caso concreto é: Qual seria a estrutura necessária para que a empresa criada pelo atleta, ou por artistas, ou por profissionais liberais, não fosse considerada “artificial” e, portanto, simulada?

Com relação à questão de poder ou não o direito de imagem ser cedido a pessoa jurídica, já se firmou o posicionamento no sentido de ser possível, não havendo restrição no âmbito do direito civil, que rege a matéria.

Além disso, o art. 129 da Lei n. 11.196/2005⁵⁸ é expresso no sentido de autorizar a referida transferência, reconhecendo a sua possibilidade inclusive para fins fiscais e previdenciários, nos seguintes termos:

“Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da

⁵⁷ CARINCI, Andrea. Profili Fiscali dello Sfruttamento del Diritto all'immagine degli sportivi. *Rivista Trimestrale de Diritto Tributario*, fascicolo 2, 2016, p. 299. Disponível em: <http://www.rivistatrimestraleddiritto tributario.com/profil-fiscali-sfruttamento-diritto-immagine-sportivi>. Acesso em: 12 jul. 2020.

⁵⁸ Em 19 de junho de 2020, o STF deu continuidade ao julgamento da ADC n. 66, declarando que o art. 129 da Lei n. 11.196/2005 é constitucional. O julgamento foi suspenso em razão de pedido de vista do Ministro Dias Toffoli. Todavia, a decisão, em tese, não pode ser alterada, dada a maioria de votos pela constitucionalidade. Em seu voto, a Ministra Carmen Lúcia é expressa ao afirmar que “a norma do art. 129 da Lei n. 11.196/2005 harmoniza-se com as diretrizes constitucionais, especialmente com o inc. IV do art. 1º da Constituição da República, pelo qual estabeleceu a liberdade de iniciativa situando-a como fundamento da República Federativa do Brasil. Dessa liberdade econômica emanam a garantia de livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão e o livre exercício de qualquer atividade econômica, consagrados respectivamente no inc. XIII do art. 5º e no parágrafo único do art. 170 da Constituição da República”.

sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil”.

Assim, superada essa questão, no sentido de que o ordenamento jurídico brasileiro é expresso em permitir que o direito de imagem seja explorado por meio de pessoa jurídica, ao contrário do italiano, com relação à estrutura necessária à configuração da empresa, é importante destacar que a tecnologia presente nos dias atuais faz com que a estrutura física e a contratação de pessoal, além de outros requisitos, tornem-se obsoletos. O mundo atual revela que reuniões podem ser feitas em *home office*, no interior das residências, utilizando toda a tecnologia existente.

Então, apegar-se a uma estrutura física, com contas de água, luz, condomínio e empregados, realização de contratos, entre outros, não seria o meio mais adequado para se concluir acerca da artificialidade ou não de uma empresa, principalmente no que se refere à exploração de atividades intelectuais, culturais e artísticas.

Se estamos nos referindo a uma indústria, a um comércio varejista, alguns requisitos se mostram imprescindíveis para a sua configuração, sob pena de a atividade econômica não se desenvolver de maneira possível. Contudo, tratando-se dos serviços intelectuais, incluindo neles a exploração do direito de imagem, essa estrutura se torna intangível, não se podendo aplicar os mesmos critérios, como vem pretendendo a Receita Federal do Brasil.

O CARF, ao julgar o processo⁵⁹ do jogador Fred (Frederico Chaves Guedes), embora tenha adotado uma decisão favorável ao contribuinte, fundou-se no fato de que a estrutura criada por ele não seria artificial, uma vez que a empresa administrava outros negócios, com a ajuda do irmão do atleta, não se restringindo ao direito de imagem.

A decisão é expressa ao afirmar que:

“fica claro que as atividades desenvolvidas pela pessoa jurídica não se restringem ao recebimento dos direitos de imagem do Recorrente. Logo, ao contrário do alegado no relatório de fiscalização, a pessoa jurídica não é mera detentora dos direitos de imagem (o que não é proibido, sendo expressamente previsto em lei), mas também possui outras atividades. No tocante ao sócio Rodrigo Chaves Guedes, destaque-se que ele é o responsável pelo controle e gestão de carreira do atleta, envolvendo a intermediação de negócios e contratos (direitos de imagem, publicidade e marketing), sendo que o referido sócio recebe um pró-labore em razão do seu trabalho, além de também receber lucros ou dividendos”.

Ao contrário do que se acredita, essa decisão fomenta a fraude, pois, para dar segurança ao procedimento adotado visando se protegerem de autuações fiscais,

⁵⁹ Processo n. 15586.720494/201490.

os atletas constituirão pessoas jurídicas, adotando como sócios pessoas de sua confiança somente para se verem livres de autuações, de forma totalmente artificial.

Entretanto, pergunta-se: o fato de ter outros negócios é que configura uma atividade empresarial? Por qual motivo a empresa em questão não poderia se restringir à administração/gestão do direito de imagem do atleta? E por que ele não poderia desenvolver essas atividades de forma autônoma e independente, administrando seus interesses por meio de uma EIRELI?

É importante destacar que, embora isso possa estar no limite do lícito ou do ilícito, ou do que é moral ou imoral, do que é artificial ou não, uma empresa existe se ela tem um contrato social, arquivado na junta comercial, com a inscrição no CNPJ.

A questão, nesse contexto, insere-se no contexto da realização da justiça tributária, como política pública, no sentido de ser justo ou não que esse tipo de atividade reduza a sua carga tributária em detrimento dos demais contribuintes, assalariados, que se submetem a uma alíquota de 27,5%.

Todavia, não obstante o fato de que essa circunstância pode ofender o princípio da igualdade, não cabe à administração pública fazer justiça usando os instrumentos de fiscalização. É preciso que a legislação seja alterada, para: (a) impedir que esse tipo de rendimento seja tributado na pessoa jurídica, imputando os lucros da empresa diretamente às pessoas físicas dos sócios, ou seja, adotando o formato das sociedades transparentes, como ocorre em outros países; e/ou (b) revogar a isenção dos dividendos na pessoa física.

Todavia, enquanto não houver essa manifestação por parte do Poder Legislativo, a constituição de pessoa jurídica para administração de direito de imagem afigura-se como uma opção fiscal lícita.

Embora cause desconforto, se analisada no âmbito da justiça, essa circunstância é permitida legalmente, seja pelo art. 129 da Lei n. 11. 196/2005, cuja constitucionalidade foi afirmada pelo STF, seja pela lei que concede a isenção de dividendos.

Suponha-se que no lugar de um atleta ou artista fosse um advogado, que exercesse a sua atividade em casa, sem ajuda de empregados, como um parecerista, podendo, inclusive, ser contratado pelo Ministério da Economia para proferir cursos e palestras. Seria lícito afirmar que se trata de uma estrutura simulada e, portanto, artificial, porque a sociedade presta exclusivamente serviços de natureza intelectual, devendo-se exigir outros negócios e/ou sócios (o que a OAB veda) para aferir a existência efetiva da empresa?

Em nosso entendimento, não. É preciso admitir que a própria figura da instituição da pessoa jurídica, tratando-se de serviços intelectuais, artísticos e culturais, tem certo grau de artificialidade se comparada com a indústria e o comércio, por se tratar de uma ficção, sendo sua existência condicionada ao cumprimento de procedimentos formais e burocráticos.

No caso dos serviços profissionais e intelectuais, há certa confusão entre a pessoa física do sócio e a sociedade, mas não há ilícito nisso. Não se pode afirmar que há uma simulação nesses casos, em que a atividade é desenvolvida de forma individualizada, concentrada na capacidade intelectual ou na imagem atribuída pelo público.

A ilicitude decorreria se houvesse um enquadramento artificial de rendimento do trabalho, como se fosse direito de imagem, o que a Lei Pelé procurou vetar ao estabelecer que os valores relativos ao direito de imagem dos atletas não podem superar 40% das quantias auferidas.

Para que a utilização dessa estrutura fosse considerada ilícita, era preciso que o ordenamento considerasse que esses tipos de atividades não poderiam ser explorados comercialmente por meio de pessoa jurídica ou que a tributação seria imputada diretamente à pessoa física. Porém, na ausência de lei nesse sentido, o atleta, o artista e o profissional têm o direito de se organizar em sociedade, visando reduzir a sua carga tributária.

Com isso, não se está a adotar a primeira fase do planejamento tributário, no sentido de que tudo aquilo que não era proibido torna-se permitido, para fins de redução da carga tributária, reconhecendo, com isso, que o tributo é algo odioso e ofensivo à propriedade privada.

Longe disso, a questão da exploração do direito de imagem por pessoa jurídica está relacionada com a opção fiscal lícita a ser adotada pelo contribuinte, não se podendo afirmar que uma pessoa jurídica, que foi devidamente constituída segundo os padrões estabelecidos em lei e é contribuinte dos tributos a ela relacionados, possa ser considerada simulada ou artificial porque não tem empregados, ou porque não tem outros negócios, uma vez que esses requisitos não são os adequados para configurar uma empresa perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Por isso, o conceito de planejamento tributário agressivo adotado pelo Plano BEPS mostra-se importante. Deve-se analisar aqueles requisitos e parâmetros com o escopo de se verificar a artificialidade ou não da estrutura adotada.

Segundo Pasquale Pistone, o planejamento tributário agressivo é definido como a obtenção de uma redução fiscal, não desejada pelos ordenamentos jurídicos envolvidos na operação, que é obtida de forma artificial pela utilização de instrumentos, pelos contribuintes, que conduzem a esse resultado⁶⁰.

⁶⁰ Pasquale Pistone afirma que três seriam os requisitos essenciais do planejamento tributário agressivo: (a) a utilização de disparidades entre os sistemas jurídicos com a finalidade de obter uma vantagem fiscal; (b) o desalinhamento entre o local da produção da riqueza e da tributação; (c) a existência de uma dupla não imposição. Os requisitos b e c não se aplicariam ao caso, objeto das decisões mencionadas, julgadas pelo CARF, por não se tratar de operações internacionais. Todavia, tratando-se de operações internacionais, os benefícios concedidos pela legislação brasileira, combinados com outras situações contidas nos sistemas fiscais de outros países, podem conduzir a uma dupla não imposição tributária, o que pode vir a configurar uma hipótese de planejamento tributário agressivo, do ponto de vista internacional. Confira-se o texto no origi-

Ora, no caso da legislação brasileira, a vantagem fiscal em questão é prevista e assegurada pelo legislador ordinário, em duas regras expressas nesse sentido, que é o art. 129 da Lei n. 11.196/2005 e a norma responsável por isentar os dividendos. Assim, não há falar em vantagem fiscal não prevista pelo ordenamento, que é o que configuraria a agressividade nesse caso.

Importante destacar que, recentemente, ao julgar a ADI n. 2.446, que discute a constitucionalidade da Lei Complementar n. 104/2001, que introduziu o parágrafo único do art. 116 do CTN, os ministros, que já se manifestaram, reforçaram o entendimento 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, e, assim, deixando de pagar tributos quando não configurado o fato gerador cuja ocorrência tenha sido evitada”.

Por outro lado, não há falar que essa estrutura poderia ser desconsiderada para fins tributários, por se estar diante do vício de “abuso de direito”, que se refere a uma hipótese de ilícito a autorizar a anulação do ato.

Em relação a este, o reconhecimento de sua aplicabilidade para fins tributários não é questão pacífica. Isso porque referido conceito possui previsão legal apenas no âmbito civil, inexistindo disposição equivalente em âmbito tributário. Por consequência, segundo argumentam alguns, este não poderia ser importado para o direito tributário de forma automática, sem que antes seja instituída previsão legal nesse sentido⁶¹.

No entanto, em sentido oposto, alguns autores justificam a possibilidade de aplicação do conceito de “abuso de direito” na seara tributária, não obstante a omissão normativa, em virtude de ter o Código Civil promovido a equiparação deste com os atos ilícitos, e, por razões óbvias, não seria razoável admitir a oposição de atos ilícitos perante a Fazenda Pública⁶².

nal. “In precedenza, la pianificazione fiscale aggressiva è stata definita come lo sfruttamento delle disparità esistenti tra i sistemi tributari dei singoli Stati, al fine di trarre il vantaggio di una riduzione del carico fiscale altrimenti non spettante. Questa definizione riflette la percezione dei limiti al risparmio d’imposta in relazione alle fattispecie reddituali transnazionali che si è sviluppata nell’ambito del coordinamento fiscale internazionale operato dall’OCSE con i progetti BEPS e di trasparenza fiscale globale. Pertanto, si ritiene che tre siano gli elementi essenziali della pianificazione fiscale aggressiva nell’ottica del diritto tributario globale, ossia i) lo sfruttamento delle disparità tra sistemi diversi con la finalità di trarre un vantaggio fiscale, ii) il disallineamento tra la produzione della ricchezza e il potere statale d’imposizione e iii) la sussistenza di una doppia non imposizione che gli Stati non hanno inteso concedere” (PISTONE, Pasquale. La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale. *Rivista Trimestrale de Diritto Tributario*, fascicolo 2, 2016, p. 395. Disponível em: <http://www.rivistatrimestralediritto tributario.com/categorie-concettuali-diritto-tributario-globale>. Acesso em: 12 jul. 2020).

⁶¹ ROCHA, Sérgio André. Op. cit., p. 84.

⁶² GRECO, Marco Aurélio. Op. cit., p. 206-211.

Contudo, embora seja respeitável esse entendimento, neste trabalho adota-se compreensão diversa, no sentido de não ser aplicável o conceito de abuso de direito no caso da cessão de direito de imagem de atletas para pessoas jurídicas⁶³.

Dessa forma, a partir do exposto, nota-se que a limitação ao planejamento tributário relativo à organização de pessoas jurídicas com o intuito de explorar o direito de imagem somente pode vir a ser realizada pela Fazenda Pública na hipótese de estar presente o vício de simulação, que consiste no enquadramento artificial do rendimento decorrente do trabalho, na categoria do direito de imagem. Ou seja, o fim específico de explorar economicamente a imagem do atleta, por si só, não constitui simulação, devendo ser considerado uma opção fiscal lícita.

3.2. Tratamento da renda obtida com a exploração do direito de imagem dos atletas sob o prisma da legislação espanhola

A controvérsia ora em análise, relativa à possibilidade de a opção feita pelos contribuintes de constituição de pessoa jurídica para a exploração do direito de imagem configurar ou não fraude à legislação tributária, não se restringe ao Brasil, de modo que pode ser identificada, também, em diversos outros países.

Um dos países onde tal discussão se mostra recorrente é a Espanha, em função da concentração de diversos clubes de futebol de destaque, cujos atletas são profissionais notoriamente conhecidos e que, por isso, geralmente percebem rendimentos elevados, provenientes, entre outros fatos, da exploração do direito de imagem⁶⁴. Por tal razão, a análise das limitações ao planejamento tributário exis-

⁶³ Em sentido equivalente, por todos, cite-se o entendimento do Professor Sacha Calmon, para quem: “[...] O direito de praticar negócios juridicamente lícitos, cujos resultados não sejam proibidos, é assegurado tanto no Direito Privado como no Tributário [...] Como já averbamos, não existe nenhuma limitação – nem pode existir – a direitos fundamentais, entre eles, o da livre-iniciativa, o da auto-organização, o da liberdade de contratar *secundum legem*. Afora isso, inútil brandir a ‘ética’, a ‘razoabilidade’, a ‘proporcionalidade’. Estas ideias são ideologizadas e idiossincráticas. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade voltam-se em Direito Tributário precisamente contra o legislador e o administrador (e é sob essa ótica que o art. 129 da Lei n. 11.196/05 foi editado).

Em suma: se a lei autoriza a constituição de sociedades pelos prestadores de serviços intelectuais, estes podem se organizar como tais, sendo tal direito resguardado pela própria Constituição de 1988. [...]” (COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Fraude à lei, abuso do direito e abuso de personalidade jurídica em direito tributário – denominações distintas para o instituto da evasão fiscal*, p. 17-18. Disponível em: <https://sachacalmon.com.br/publicacoes/artigos/fraude-a-lei-abuso-do-direito-e-abuso-de-personalidade-juridica-em-direito-tributario-denominacoes-distintas-para-o-instituto-da-evasao-fiscal/>. Acesso em: 20 jun. 2020).

⁶⁴ Nesse sentido: “[...] Para poder hacernos una idea sobre la magnitud económica que tiene el deporte en España solo hay que nombrar un caso de fraude fiscal y la cantidad defraudada, caso de Lionel Andrés Messi y 4.164.675 € defraudados a la Administración Tributaria por los ingresos obtenidos por la explotación de su imagen durante 3 años. Este es un caso, pero no el único, y mucho menos es un caso aislado. Actualmente están saliendo a la luz muchos otros supuestos de evasión de impuestos por parte de los deportistas, siendo el fútbol el deporte que más dinero mueve, pero desde luego no es el único deporte en el que esto ocurre [...]” (SERRANO, Sheila del

tentes em tal legislação, levando em consideração as diretrizes fixadas pela OCDE, apresenta-se relevante, a fim de possibilitar uma melhor compreensão do tratamento da matéria, também, na seara internacional.

Em tal país, a limitação à liberdade de organização dos particulares ora tratada tem sido feita de diversas formas no decorrer dos anos. Em princípio, o tratamento da questão naquela localidade era feito a partir da aplicação da legislação que previa um “regime de transparência fiscal”, a partir do qual era possível, em relação às sociedades cuja maioria das receitas fosse relativa aos rendimentos de atuações esportivas ou artísticas, desconsiderar sua personalidade jurídica e, com isso, considerar os rendimentos auferidos como pertencentes aos próprios sócios que a componham⁶⁵. Tal dispositivo possibilitaria, dessa forma, que a tributação dos rendimentos ocorresse nos moldes próprios do Imposto de Renda das Pessoas Físicas, e não do Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas.

Entretanto, em virtude da revogação de tal previsão legal no ano de 2002, esta não mais se apresenta aplicável. Ainda assim, como as práticas apontadas não cessaram, o combate delas passou a ser feito de maneira diversa, notadamente no âmbito do Poder Judiciário, o qual fez uso de diversos instrumentos para tanto, tais como a aplicação das normas gerais antielisão e do reconhecimento de simulação em tais casos.

Porém, essa última opção foi duramente criticada pela doutrina e jurisprudência, haja vista que era resultado da confusão dos conceitos relativos ao motivo e causa dos negócios jurídicos⁶⁶. Isto é, a simulação se trata de vício que reside nesse último aspecto do negócio jurídico, e não no primeiro. Logo, considerando que a constituição de pessoa jurídica para a exploração do direito de imagem se trata de ato lícito, a referida organização somente poderia ser desconsiderada para fins fiscais na hipótese de ficar demonstrado que a sua causa de formação é falsa e com propósito de ocultação dos rendimentos do Fisco⁶⁷ – o que nem sempre era observado.

A compreensão de tais fenômenos como atos tendentes a fraudar a legislação tributária, entretanto, nunca consistiu em questão pacífica no âmbito do Judiciário espanhol, haja vista que é possível observar a existência de outras decisões em sentido contrário, segundo as quais tais organizações seriam legítimas, uma vez que consistiriam em opção lícita de economia dos contribuintes⁶⁸.

Río. *La tributación de los derechos de imagen de los deportistas en el impuesto sobre la renta de las personas físicas*, p. 4-5. Disponível em: <https://repositorio.upct.es/bitstream/handle/10317/4149/tfg347.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 jun. 2020).

⁶⁵ GÓMEZ, Salvador Ramírez. *Del caso Lola Flores al caso Leo Messi: la conflictiva relación de artistas y deportistas con la agencia estatal de administración tributaria*. Universidad de Huelva, p. 32. Disponível em: <https://bitly.com/6y4vj>. Acesso em: 25 jun. 2020.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ *Ibidem*.

Com o intuito de solucionar a intensa divergência sobre o tema, o Tribunal Supremo Espanhol, no ano de 2019, admitiu recurso de cassação, no qual irá definir se a constituição de sociedade com a finalidade de exploração exclusiva do direito de imagem é fato capaz de configurar simulação para fins tributários.

Porém, considerando que tal recurso ainda se encontra pendente de julgamento, a questão ainda não foi definitivamente solucionada em tal local.

No entanto, mesmo com a inexistência de definição total da controvérsia, a análise dos julgados espanhóis possibilita identificar o entendimento que vem sendo adotado naquele país. Um desses casos de destaque é, justamente, o relativo ao jogador de futebol Lionel Messi, o qual foi acusado de constituir pessoas jurídicas destinadas à exploração do direito de imagem e, com isso, esquivar-se da incidência do Imposto de Renda de Pessoas Físicas.

Em tal caso, o Poder Judiciário espanhol, embora tenha reconhecido que o direito de imagem não se trata de direito personalíssimo, possuindo, também, aspecto patrimonial, o qual pode ser cedido por meio da celebração de contratos para fins publicitários, por exemplo, fixou limites para tais ajustes. Isto é, segundo o entendimento definido, “o exercício de um direito econômico sobre a própria imagem não pode superar a sua natureza indisponível e fundamentar uma cessão ilegítima para reduzir a carga tributária⁶⁹”.

Nesse sentido,

“pela combinação do Decreto Real 1006/85 e a Lei 35/06, os rendimentos profissionais obtidos como resultado da exploração dos direitos de imagens dos atletas devem se sujeitar ao Imposto de Renda das Pessoas na Espanha, já que tais receitas são conectadas com suas atividades profissionais naquele país⁷⁰”.

No entanto, é imprescindível ter em mente que o caso ora tratado continha peculiaridades distintas das que eram anteriormente observadas tanto nos casos existentes naquele país quanto nos que foram objeto de análise no Brasil.

No arranjo realizado pelo atleta Lionel Messi, não havia simplesmente a constituição de pessoa jurídica com o intuito de assegurar que a tributação ocorresse sem a gravosa progressividade observada no imposto de renda das pessoas físicas⁷¹. Em verdade, a organização adotada consistia em estrutura extremamen-

⁶⁹ PINTO, Rodrigo A. Lazaro. A tributação do direito de imagem dos jogadores de futebol internacionais e as recentes investigações sobre sonegação fiscal. *Migalhas*, 3 jan. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/271758/a-tributacao-do-direito-de-imagem-dos-jogadores-de-futebol-internacionais-e-as-recentes-investigacoes-sobre-sonegacao-fiscal>. Acesso em: 24 jun. 2020.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Nesse sentido: “[...] La existencia de un impuesto sobre la renta de las personas físicas con un elevado grado de progresividad (como hemos visto, en España el tipo marginal ha llegado a situarse en un 56 por 100), frente a un impuesto sobre la renta de las sociedades, sometidas a una tributación a tipo fijo (en la actualidad el 25 por 100) es la principal causa que, tradicionalmente, ha justificado que, especialmente profesionales por cuenta propia, recurran a la constitución de

te complexa, composta por pessoas jurídicas situadas em diversos países, o que assegurava não a mera redução do ônus fiscal, mas a completa inexistência de tributação⁷².

Embora a análise pormenorizada da organização constituída fuja aos estreitos escopos deste trabalho, em linhas gerais, a realização dos contratos relativos ao direito de imagem era feita por intermédio de diversas pessoas jurídicas, que tinham como sócios pessoas extremamente próximas ao jogador – como exemplo, seus pais – e situavam-se apenas em localidades estratégicas, sem nenhuma relação com o local de desenvolvimento das atividades, as quais são comumente reconhecidas como “paraísos fiscais”. Ademais, em tal caso, a cessão dos direitos de imagem ocorreu em patamar bem inferior ao valor em que deveria se encontrar, considerando a grande notoriedade do jogador em questão⁷³.

Desse modo, a soma de tais elementos permitiu chegar à conclusão de que a constituição dessas sociedades não era feita com o intuito de apenas atribuir à pessoa jurídica a incumbência da exploração do direito de imagem – o que, como visto, pode ser conduta legítima. Tais organizações eram revestidas da característica de artificialidade, visto que compostas apenas por familiares dos atletas, sem possuírem estrutura material ou organizacional própria e situadas em jurisdições de conveniência (paraísos fiscais), dissociadas dos locais de exploração das atividades.

Por consequência, a desconsideração da estrutura ora analisada para fins fiscais feita pelo Poder Judiciário espanhol envolve outros aspectos além do que a mera opção de cessão dos direitos relativos à pessoa jurídica. Ainda assim, observa-se nesse paradigma importante concretização dos diversos elementos hábeis a caracterizar a figura do planejamento tributário “agressivo”, estabelecidos no bojo do Plano BEPS, tais como a necessidade de a tributação ocorrer em lugar relacionado ao desenvolvimento da atividade (coerência) e de as organizações refletirem, em essência, a realidade fática, sem que sejam revestidas da característica de artificialidade (substância).

Em suma, embora os contornos não estejam definitivamente pacificados, como exposto, tal como ocorre no Brasil, a mera cessão dos direitos em questão à pessoa jurídica, não obstante possuam estes caráter personalíssimo, não é fato capaz de caracterizar como simulação e, portanto, não legitima a desconsideração automática dos fatos pelas autoridades fiscais. Entretanto, tal fato não signi-

sociedades bajo cuyo amparo desarrollan la actividad correspondiente, y con las que, habitualmente, mantienen una relación laboral por cuenta ajena. Con ello se consigue eludir la progresividad del IRPF, así como, diferir en el tiempo la tributación correspondiente [...]” (GÓMEZ, Salvador Ramírez. Op. cit., p. 32).

⁷² Ibidem.

⁷³ BRESSEL, Álvaro Nieto. *La tributación de los derechos de imagen en el deporte*. Universidad de Zaragoza, p. 30. Disponível em: <http://laboratoire-droit-sport.fr/wp-content/uploads/2019/05/La-tributacion-de-los-derechos-de-imagen-en-el-deporte-2016.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2020.

fica que nunca poderá ser identificada a existência do referido vício nos ajustes tratados, os quais podem estar presentes em elementos diversos, conforme foi reconhecido no caso ora analisado.

Conclusão

A partir do exposto, é possível notar que a definição do fenômeno conhecido como planejamento tributário “agressivo” é tarefa de difícil realização nos mais diversos âmbitos em que este possui aplicabilidade. Isso se justifica pois não é possível ao legislador definir de antemão todos os atos que se enquadrariam em tal conceito e, com isso, deveriam ser desconsiderados para efeitos tributários.

Assim, dada a impossibilidade de fixação de um conceito prévio e definitivo do que pode ser compreendido como planejamento tributário “agressivo”, a caracterização de tal fenômeno sempre será feita a partir da análise da compatibilidade das realidades concretas com os contornos gerais do instituto, os quais podem decorrer tanto de normas internacionais quanto nacionais.

Em virtude da tentativa de uniformização do sistema tributário internacional, tem-se que os elementos caracterizadores de tal fenômeno não podem perder de vista as diretrizes fixadas no Plano BEPS, desenvolvido pela OCDE. Assim, este restará caracterizado, em geral, nos arranjos que possuam estrutura artificial, com intuito único de assegurar a redução ou inexistência de ônus fiscal e se mostrem incompatíveis com os princípios da substância, transparência e coerência.

Todavia, na análise da verificação do fenômeno mencionado, a qual geralmente envolve a validade das organizações estruturadas, é necessário sempre ter em mente a dinâmica própria do direito tributário. Como visto, este exerce atividade de natureza passiva, visto que fica responsável apenas por indicar as hipóteses que estarão sujeitas à tributação, sem que a este caiba a tarefa de definição da validade dos negócios jurídicos. Por conseguinte, a compatibilidade dos ajustes será feita sempre em relação com o respectivo ramo jurídico responsável por regulamentá-los, e não com o direito tributário, o qual consiste em “norma de sobreposição”.

Tal entendimento decorre, também, da ideia de que inexistente direito subjetivo à arrecadação. De tal maneira, a tributação se trata apenas de consequência da realização de operações jurídicas e econômicas válidas, razão pela qual a validade da organização não leva em conta a existência de maior ou menor ônus fiscal, mas tão somente sua compatibilidade com as normas que a regulem.

Um dos ajustes controversos e que têm sido reiteradamente questionados é o da exploração do direito de imagem por intermédio de pessoas jurídicas. Referida admissibilidade é agravada pela própria natureza do direito em questão, o qual se trata de direito eminentemente personalíssimo que, por essa razão, não estaria sujeito à transferência. Além do mais, em virtude de sua natureza, eventuais rendimentos auferidos seriam próprios da pessoa física titular do direito e jamais de pessoas jurídicas.

Todavia, a organização de pessoas jurídicas para a exploração da atividade em questão não é fenômeno vedado, de modo que se trata de conduta lícita. De forma equivalente, o fato de o rendimento ora tratado ser proveniente de pessoa física, ainda que relativo a direito personalíssimo, não é capaz de desnaturar a organização para fins tributários, visto que a atividade de pessoas jurídicas, em última instância, consiste de atividade relativa às pessoas físicas, dada a natureza de abstração jurídica daquelas.

Ainda assim, é possível a constituição artificiosa de pessoas jurídicas, com caráter artificial, sem qualquer estruturação física ou organizacional e que estejam evadidas de determinados vícios, a exemplo da “simulação”, em que o rendimento do trabalho é artificialmente enquadrado como direito de imagem. Em tais casos, ao contrário do anterior, afigura-se legítima a desconsideração da organização para fins tributários, como tem sido feito no âmbito das distintas jurisdições. No entanto, visando maior segurança jurídica, tal desconsideração deve sempre observar determinados parâmetros e estar fundada em previsões legais fixadas para tanto, tal como ocorre no direito brasileiro.

Referências bibliográficas

- ALVIM, Leonardo de Andrade Rezende. Planejamento tributário: os tribunais administrativos estabelecendo parâmetros de atuação do contribuinte e do fisco. In: FRATTARI, Rafael; LOBATO, Valter. *30 anos da Constituição Federal de 1988: uma nova era na tributação?* Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- ÁVILA, Humberto. Planejamento tributário. *Revista de Direito Tributário*, v. 98, p. 74-85, 2006.
- BOGO, Luciano Alaor. *Elisão tributária: licitude e abuso de direito*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/1267/LucianoAlaorBogo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- BORDIGNON, José Luiz. O sistema jurídico brasileiro e o propósito negocial como elemento de validade do planejamento tributário. *UNISINOS: Revista de Direito da Empresa e dos Negócios*, v. 2, n. 1, 2018. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/rden/article/view/17624/60746502>. Acesso em: 14 jun. 2020.
- BRESSEL, Álvaro Nieto. *La tributación de los derechos de imagen en el deporte*. Universidad de Zaragoza. Disponível em: <http://laboratoire-droit-sport.fr/wp-content/uploads/2019/05/La-tributacion-de-los-derechos-de-imagen-en-el-deporte-2016.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2020.
- CANTO, Gilberto Ulhôa. Elisão e evasão fiscal. *Caderno de Pesquisas Tributárias* v. 13, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- CARINCI, Andrea. Profili Fiscali dello Sfruttamento del Diritto all’immagine degli sportivi. *Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, fascicolo 2, 2016. Dispo-

- nível em: <http://www.rivistatrimestraledirittotributario.com/profili-fiscali-sfruttamento-diritto-immagine-sportivi>. Acesso em: 12 jul. 2020.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Fraude à lei, abuso do direito e abuso de personalidade jurídica em direito tributário – denominações distintas para o instituto da evasão fiscal*. Disponível em: <https://sachacalmon.com.br/publicacoes/artigos/fraude-a-lei-abuso-do-direito-e-abuso-de-personalidade-juridica-em-direito-tributario-denominacoes-distintas-para-o-instituto-da-evasao-fiscal/>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- DANIEL NETO, Carlos Augusto. O “mínimo existencial” como condição de derrotabilidade de regras tributárias. *Revista de Direito Tributário Atual*, n. 37, p. 84-105, 2017.
- GODOI, Marciano Seabra de. *Fraude a la ley y conflicto en la aplicación de las leyes tributarias*. Instituto de Estudios Fiscales, 2005.
- GÓMEZ, Salvador Ramírez. *Del caso Lola Flores al caso Leo Messi: la conflictiva relación de artistas y deportistas con la agencia estatal de administración tributaria*. Universidad de Huelva. Disponível em: <https://bityli.com/6y4vj>. Acesso em: 25 jun. 2020.
- GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011.
- LEÃO, Martha Toribio. *O direito fundamental de economizar tributos: entre legalidade, liberdade e solidariedade*. São Paulo: Malheiros, 2018.
- LEITE, Matheus Soares. O planejamento tributário e suas concepções teóricas ao longo de 30 anos da Constituição de 1988. In: FRATTARI, Rafael; LOBATO, Valter. *30 anos da Constituição Federal de 1988: uma nova era na tributação?* Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- LIMA, Cleyber Correia. *Desafios e estratégias para a tributação da renda de sportistas*. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/28525>. Acesso em: 24 jun. 2020.
- LOBO, Cassius Vinicius. *O planejamento tributário agressivo: uma análise crítica dos conceitos adotados pela OCDE e a sua importância para a implementação da Ação 12 do BEPS*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito Fiscal) – Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/26852/1/Tese%20-%20vers%C3%A3o%20final.pdf>. Acesso em: 14 jun. 2020.
- NETO, Luís Flávio. *Teorias do “abuso” no planejamento tributário*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.
- OECD. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD Publishing, 2013. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>. Acesso em: 8 ago. 2019.

- _____. *Plano de ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros*. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264207790-pt>. Acesso em: 10 ago. 2019.
- PIANTAVIGNA, Paolo. Tax Abuse and Aggressive Tax Planning in the BEPS Era: How EU Law and the OECD Are Establishing a Unifying Conceptual Framework in International Tax Law, despite Linguistic Discrepancies. *World Tax Journal*, February 2017.
- PINTO, Rodrigo A. Lazaro. A tributação do direito de imagem dos jogadores de futebol internacionais e as recentes investigações sobre sonegação fiscal. *Migalhas*, 3 jan. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/271758/a-tributacao-do-direito-de-imagem-dos-jogadores-de-futebol-internacionais-e-as-recentes-investigacoes-sobre-sonegacao-fiscal>. Acesso em: 24 jun. 2020.
- PISTONE, Pasquale. La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale. *Rivista Trimestrale de Diritto Tributario*, fascicolo 2, 2016. Disponível em: <http://www.rivistatrimestraleDIRITTOTRIBUTARIO.COM/categorie-concettuali-diritto-tributario-globale>. Acesso em: 12 jul. 2020.
- ROCHA, Sérgio André. *Planejamento tributário na obra de Marco Aurélio Greco*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- SERRANO, Sheila del Río. *La tributación de los derechos de imagen de los deportistas en el impuesto sobre la renta de las personas físicas*. Disponível em: <https://repositorio.upct.es/bitstream/handle/10317/4149/tfg347.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 jun. 2020.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SVAŽIČ, Tatjana. Anti-BEPS Measures and Their Impact on Business Performance of Multinational Enterprises. *Našegospodarstvo/OurEconomy*, v. 65, n. 4, p. 99-109, 2019. Disponível em: <https://content.sciendo.com/view/journals/ngoe/65/4/article-p99.xml>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- TORRES, Ricardo Lobo. A chamada interpretação econômica do direito tributário, a Lei Complementar 104 e os limites atuais do planejamento tributário. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *O planejamento tributário e a Lei Complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 235-244.
- UTUMI, Ana Cláudia. Planejamento tributário: quais são os limites? *Jota*, 25 nov. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/columanda-abdf/planejamento-tributario-quais-sao-os-limites-25112019>. Acesso em: 16 jun. 2020.
- XAVIER, Alberto. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2002.

International Tax in the Digitalized Economy Era

Allison Christians

H. Heward Stikeman Chair in the Law of Taxation, McGill University Faculty of Law.

This research is supported by grants from the Ford Foundation and the Social Sciences and Humanities Research Council of Canada. The author is grateful to Mahwish Tazeem, Kimia Towfigh, Shannon Gallant, and Lucile Flandinette for excellent research assistance.

Abstract

The rise of digitalization changed the global economy, spurring states to revisit the global allocation of tax revenues. This chapter considers that the efforts states are making to date expand nexus and otherwise increase source taxation of digital services reflect the persistent failure of the international community to deliver inter-nation equity. The chapter lays out the stakes for national endowments in the digitalized economy, examines the policy rationales for various unilateral and bilateral measures pending an agreeable multilateral consensus, and concludes that no such consensus will hold so long as an unprincipled sharing of the tax base continues.

Keywords: digital economy, cooperative surplus, inter-nation equity.

1. Introduction

States have been engaged in an ostensibly comprehensive reform of the international tax system to address common fiscal issues created by digitalization. The work emerged after the 2008 global financial crisis, which has had lasting effect in a number of vulnerable states¹. But it unfolded against a booming economy, in which perhaps for many firms a percentage point increase in tax here or there might be objectionable but not insurmountable. The COVID-19 pandemic changed everything virtually overnight, massively increasing the need for public spending even as it grounds economies around the world to a sudden halt. Significant economic impacts were immediately felt as economies contracted even as government spending needs soared across the world². At the same time, some of the world's most profitable multinationals are seeing earnings spikes, including some in the field of high tech and digitalized services. But it is clear that countries will share unequally in these returns³.

¹ CHRISTIANS, A. Taxation in a time of crisis: policy leadership from the OECD to the G20. *Nw J L & Soc Poly* v. 5, p. 19, 2010; ECCLESTON, R. *The dynamics of global economic governance: the financial crisis, the OECD and the politics of international tax cooperation*. Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2012; CHRISTENSEN, R. C; and HEARSON, M. The new politics of global tax governance: taking stock a decade after the financial crisis. *Rev Intl Pol Econ* v. 26, n. 5, p. 1068, 2019.

² WORLD BANK. COVID-19 to plunge global economy into worst recession since World War II. 8 June 2020. Available at: <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2020/06/08/covid-19-to-plunge-global-economy-into-worst-recession-since-world-war-ii>.

³ WATERS, R. Software stocks emerge as downturn winners. *Financial Times*, 14 Apr. 2020; VAL-

The question is, why should they? If big tech consists of a handful of wholly globalized firms that rely on a networked global economy for their essential viability, why is it that all the countries that contribute to creating that foundational structure do not have an equal claim to the bounty they helped create? A big part of the answer to this question is that the way in which countries share economic profits is through the mechanism of taxation, and the traditional mechanisms of taxation with which we are familiar are tilted in such a way as prevents many countries from enjoying their share⁴.

Peggy Musgrave and Richard Musgrave detailed the role of taxation in distributing national wealth in their groundbreaking work on inter-nation equity in the 1970s, well before the rise of big tech and its ubiquitous hallmarks, scale without mass, reliance on intangibles, and reliance on user data and contributions⁵. But the Musgraves' work still serves as useful guidance for taxation in the context of digitalized economy because it demonstrates the axis around which any lasting consensus will have to be built, namely, a principled approach to sharing cross-border investment returns via taxation. This chapter posits that the persistent failure of past international consensus-building efforts to prioritize inter-nation equity explains the measures countries are now taking to try to re-configure the distribution of multinational profits, with a special focus on highly digitalized firms.

The chapter revisits the Musgraves' insights and considers how these insights apply to the digitalized economy. It briefly reviews the current status of multilateral efforts to build consensus around the distribution of the profits earned by big tech firms before examining unilateral measures that countries are taking either by way of stopgap or permanent reforms. The chapter concludes that taken together, these unilateral measures signal that inter-nation equity is a key priority for many states despite the near absence of this concept in the leading circles of international discourse⁶. As such, no international consensus is likely to hold so long as an unprincipled sharing of the relevant tax base continues.

ISNKY, J. Business is booming for these companies during the COVID-19 pandemic. *CTVNews*, 11 May 2020.

⁴ MAGALHAES, T.; and CHRISTIANS, A. Rethinking tax for the digital economy after COVID-19. 26 June 2020. Available at: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3635907>.

⁵ MUSGRAVE, P.; and MUSGRAVE, R. Inter-nation equity. In: BIRD, R.; and HEAD, J. (ed.). *Modern fiscal issues: essays in honour of Carl S. Shoup*. Toronto; Buffalo: University of Toronto Press, 1972. p. 72-73; OECD. *Programme of work to develop a consensus solution to the tax challenges arising from the digitalisation of the economy*. OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD, 2019. Available at: www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm. [hereafter, OECD Programme of Work on Digitalisation].

⁶ BROOKS, K. Inter-nation equity: the development of an important but underappreciated international tax value. In: HEAD, J. G.; and KREVER, R. (eds.). *Tax Reform in the 21st Century: a volume in memory of Richard Musgrave*. Alphen aan de Rijn: Kluwer International Law, 2009. p. 471-498.

1.1. Inter-nation equity and national endowment

In an interconnected world with international financial flows, economic returns can be generated by combining economic factors originating in multiple countries, for instance, by mixing capital invested from abroad with domestic labour and natural resources. In the digitalized economy, domestic labour and natural resources may not be needed but domestic customers certainly are – whether as direct consumers of digital products and services furnished by foreign firms, or as the target of local advertisers with local goods and services on offer. Productive gains to cross-border investment might be realised as additional income to investors, managers, or workers, relative to what the domestic economy would produce in the absence of cooperation, or they might be in the nature of knowledge spillovers or increased spending in the local economy.

The return that exceeds what the domestic economy would produce is obviously the product of the combined regulatory efforts of all the states that cooperated with the cross-border investment. These efforts include, for example, making it possible to exchange currency, enter into contracts that are respected in law, and use corporate structures and property rights created elsewhere. We can therefore refer to these extra or surplus gains as cooperative surplus. It is clear that all cooperating states have an entitlement to share in any cooperative surplus to which they contributed, but it is less clear how the cooperative surplus should be distinguished from the gain that would otherwise accrue (e.g., under conditions of autarky) and how much of this cooperative surplus should be assigned to each contributing country.

The question then becomes what constitutes a fair division⁷. It is probably not too controversial to suggest that states are entitled to what their resident investors would have earned had they confined their investment to the domestic economy, should such a counterfactual be measurable⁸. Even if so, it is less clear how to explain which contributing states are entitled to the surplus resulting from the shift to cross-border investment, and in what relative amounts, so as to minimize the possibility for multiple levels of taxation on the same income stream.

In their exploration of the allocative function of taxation, the central insight of Peggy Musgrave and Richard Musgrave in their examination of inter-nation equity was that a tax at source reduces the gains that the state of residence of the capital owners would otherwise accrue from such investment⁹. A source state, they argued, can only realize its entitlement to a cross-border stream of income by

⁷ ROSENZWEIG, A. H. Defining a country's "fair share" of taxes. *Fla St U L Rev* v. 42, n. 2, p. 373, 2015.

⁸ APELDOORN, L. van. Do states have an entitlement to tax income arising in their territory? *Brit Tax Rev* v. 4, p. 557, 2019.

⁹ P. Musgrave and R. Musgrave *supra*.

taxing it, whereas a residence state benefits by including in its national endowment any dollar that makes its way to a beneficiary in its state, whether it is then taxed or not. Peggy Musgrave and Richard Musgrave established that whether or not these countries tax in their role as residence states is irrelevant because a tax at residence involves only a transfer of some of the residence country's gain from the taxpayer to the public fisc.

It is facile to conclude from this observation that all other factors being equal, it would always be a viable strategy of residence states to reduce taxation at source, to ensure that more dollars make their way into the pockets of those in the residence state. Peggy Musgrave and Richard Musgrave made it clear that whether and how those profits are ultimately taxed by the residence state is inconsequential to the residence state's enjoyment of its national endowment, while the source state's enjoyment of its endowment requires taxation. The struggle over source is accordingly a struggle of inter-nation equity¹⁰.

To be sure, states might expect to gain in national terms from cross-border investment even if neither taxes the profit thereby derived. By the Musgraves' account, a state that is typically in the source state position (that is, usually a recipient of foreign capital investment) typically expects to benefit from inbound investment in the form of increased employment, perhaps increased sales of local products to the foreign supplier, and other spillovers. Conversely, a state that is typically in the residence state position (that is, usually exporting capital to foreign markets) expects to benefit from increased investment gain. In both cases the expectation of increased gain is relative to the counterfactual of the gains expected to be achievable under conditions of autarky.

Taxation at source determines the distribution of profits among states, with higher source tax sending more economic gain to the source state at the expense of the residence state¹¹. We might therefore expect residence states to cede to source taxation only if and to the extent they also expect to be in the position of source state, as it happens more often in relations between developed countries, where investment flows are roughly symmetrical. The expectation of reciprocity helps explain why these states seek out bilateral tax treaties. Otherwise, the residence state is likely to resist source taxation, for example when it is a capital-exporting (developed) country trading with a capital-importing (developing) one¹². In today's digitalized economy, there is a relatively shorter list of ultimate residence countries as the primary exporters of highly digitalized services. For the few countries where the world's largest tech firms reside, it is easy to predict that

¹⁰ OZAI, I. Two accounts of international tax justice. *Can J L & Jurisp* v. 1, 2020.

¹¹ EYITAYO-OYESODE, O. A. Source-based taxing rights from the OECD to the UN Model Conventions: unavailing efforts and an argument for reform. *L & Dev Rev* v. 13, n. 1, p. 193, 2020.

¹² HEARSON, M. When do developing countries negotiate away their corporate tax base? *J Intl Dev* v. 30, p. 233, 2018.

their likely position on the tax challenges arising from the digitalization of the economy will be to resist greater taxation at source.

1.2. National endowment in a digitalized economy

When it comes to digital services, the traditional source/residence distinction breaks down because some firms – such as the so-called “FAANGs” – Facebook, Amazon, Apple, Netflix, Google, and in theory their major if typically unnamed foreign competitors – can effectively derive value from cross border investment without necessarily employing anyone locally and without contributing much by way of spillovers that would ultimately enable local firms to compete. The FAANGs themselves are mostly resident in the United States, but some of their unnamed competitors are resident in China (such as Wechat or Tencent) while others are scattered in other mostly highly developed, high income countries (such as Shopify in Canada).

The eponymous FAANGs as well as their foreign competitors do not access source states in the traditional sense of setting up local bases of operations¹³. Instead, they access the population as consumers of online services and online advertising. Without an increase in employment or profitability potential in local firms, the traditional source state becomes the state of access to consumers. In this role, the source state is a “market” state. A market state might see some increased spending in the advertising sector, but it may also be that local advertisers simply switch from paying domestic broadcast and print media for platform space, to paying foreign firms for web-based platform space instead.

The residence state of a highly digitalized firm is potentially any country with a company upstream of the market, ultimately to the original capital-exporting state (e.g., for the FAANGs themselves, the United States). The gain to these upstream companies consists of the increased returns to their investment in digital assets. States that are mostly residence states for high-value digital services firms accordingly must assess the extent to which they will accept the redistribution of some of their national investment gain to other states through taxation at source. Since these countries are also a potential source state for foreign digital services firms (such as, in the case of the United States, competitors headquartered in China), they might agree to some modest level of increased gain sharing¹⁴.

However, to date the United States in particular has been very vocal about its resistance to any significant redistribution, first attempting to narrow the scope

¹³ ALLEY, C.; and EMERGY, J. Taxation of cross border e-commerce: avoidance of permanent establishment and multilateral modifications to tax treaties. *J Intl Taxation* v. 28, n. 11, p. 38, 2017.

¹⁴ CHRISTIANS, A.; and MAGALHÃES, T. Diniz. A new global tax deal for the digital age. *Can Tax J* v. 67, n. 4, p. 1153, 2019.

for reallocation being developed by the OECD Secretariat, then launching unilateral trade-based investigations against countries introducing domestic measures even as it signaled its desire to pause – indefinitely – the OECD's work on devising a multilateral solution. That work is explored in the next section.

2. Reconfiguring profit distribution

Over the past several years, countries around the world have been engaged in consensus-building on various measures to counter base erosion and profit shifting (BEPS)¹⁵, coming to substantial agreement on a series of action items save one: the tax challenges arising from the digitalization of the economy¹⁶. This highly contested issue area initially failed to garner policy agreement in the first round of negotiation on BEPS but it rose quickly to the top of the agenda over the past year as countries began considering, adopting and implementing various forms of so-called digital services taxes. A slow trickle at first, these unilateral measures prodded the OECD to launch a program of work to build consensus, and the OECD Secretariat quickly constructed a proposed solution with two Pillars¹⁷.

The first of these pillars was intended to develop consensus on a new taxing right, which would take shape in one of three proposals based on the concepts of user participation, marketing intangibles, substantive economic presence, or a combination of them; the second was to create a global minimum tax which would theoretically reduce tax competition by ensuring that all profits are subject to tax somewhere. In its “Unified Approach,” the Secretariat settled on a plan for Pillar 1 that would separate profits of highly digitalized multinational firms into routine and residual pools, and then designate a portion of the residual amount to be redistributed to market countries including in the absence of traditional nexus. This is an exercise in classification and assignment that deviates in some respects from traditional approaches and introduces some formulary methods of apportionment, leading some to conclude that the proposal is a significant break with the past. On the other hand, the likely scale of redistribution appears to be relatively modest under various predictive scenarios, so the degree of significance is still up for debate.

Despite the OECD's work, and perhaps as a result of wariness that consensus cannot possibly be reached as the United States withdraws its support, digital

¹⁵ CHRISTIANS, A. BEPS and the new international tax order. *BYU L Rev* v. 1603, 2016-2017; CHRISTIANS, A.; and SHAY, S. Assessing BEPS: origins, standards, and responses – general report. *Cahiers de droit fiscal international* v. 102-A, p. 17, 2017.

¹⁶ OECD. Addressing Base Erosion and Profit Shifting. OECD Publishing, 2015. Available at: www.oecd.org/tax/beps.htm.

¹⁷ OECD. Brief on the tax challenges arising from digitalisation: interim report. 2018. Available at: www.oecd.org/tax/beps/brief-on-the-tax-challenges-arising-from-digitalisation-interim-report-2018.pdf.

services taxes have continued to proliferate to the point that the United States – which considers its companies the primary target of these measures – is now investigating possible trade violations and announcing its intention to impose retaliatory tariffs, even as it seeks to pause the OECD's work on a consensus solution.

2.1. Digital services taxes

Digital services taxes (DSTs) are not wholly new but they have enjoyed a spotlight in international tax circles, especially following the economic upheaval created by COVID-19. Hungary, India, and France adopted DSTs in the years preceding the pandemic and others had started considering such taxes, but a number of countries have since announced their intention to do the same, and more may be expected to follow¹⁸. Some countries are expressly considering their options should the OECD not reach consensus by the end of 2020¹⁹. Others, such as Belgium and Brazil, have legislative proposals pending further action, while four countries – Austria, Italy, Spain, and the United Kingdom – all adopted some form of DST in 2020²⁰. Having rejected a DST proposal in 2017, the European Commission recently announced its plans to reopen the discussion²¹.

The term DST is often used informally to describe a broad variety of taxes but it is perhaps best reserved to describe taxes meant to reach the profits of non-resident firms that under a conventional analysis would escape source taxation by

¹⁸ For example, Latvia, New Zealand, and Slovenia have each announced their intention to study the prospects of a DST in their countries, while Canada announced its plans to consider such a tax in late 2019. India adopted a digital services tax in the form of an equalization levy, in 2016; it extended the scope in 2019. KPMG. India: digital taxation, enlarging the scope of “equalisation levy”. 24 March 2020. Available at: <https://home.kpmg/us/en/home/insights/2020/03/tmf-india-digital-taxation-enlarging-the-scope-of-equalisation-levy.html>. Hungary implemented a DST in 2017, but in July 2019 it reduced the rate to 0% until 2023, pending further developments. See Ernst & Young, Hungary announces single digit tax rate starting in 2017. Available at: <https://taxinsights.ey.com/archive/archive-news/hungary-announces-single-digit-tax-rate-starting-in-2017.aspx>. France announced its DST by press release in June 2019 and adopted the law the next month, but after the United States initiated a trade-based investigation, announced it would delay collection pending negotiation of a multilateral solution at the OECD. GOVERNMENT OF FRANCE. Taxe sur les services numériques (“taxe GAFA”): députés et sénateurs parviennent à un accord sur le projet de loi. 26 June 2019. Available at: <https://www.senat.fr/presse/cp20190626b.html>; BARSHEFSKY, C.; ROSS, D. J.; MANDELL, L.; and HARTMANN, S. USTR launches Section 301 investigations of digital services taxes in 10 jurisdictions. Available at: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=11d1da22-bb87-49c4-a5e4-c36959aa8a72>.

¹⁹ For example, Norway, Poland, and Indonesia have announced their intentions to pursue a DST if no consensus has been reached. KPMG. Taxation of the digitalized economy. Last updated 5 Aug 2020. Available at: <https://tax.kpmg.us/content/dam/tax/en/pdfs/2020/digitalized-economy-taxation-developments-summary.pdf>.

²⁰ For an overview and visual timeline see Allison Christians & Mahwish Tazeem, CTF Digital Tax Log. Entry #2. 10 July 2020. Available at: http://www.ctf.ca/CTFWEB/EN/Newsletters/Blogs_and_Reports/Digital_Services_Updates/Entries/Entry02.aspx.

²¹ European Council meeting (19 October 2017) – Conclusions (doc. EUCO 14/17).

virtue of avoiding conventional thresholds (namely in the form of a permanent establishment)²². Since a taxpayer that does not exceed the traditional threshold remains a nonresident for tax purposes, it is typically immune to the obligation to submit annual tax returns and thus is typically not subject to net basis taxation. It follows that the only way to tax such firms at source is to identify a cash flow that can be defined as arising from a local source and impose the tax on that transfer.

Since the majority of cash flows involving the FAANGs is advertising revenue, it is no surprise that this is also the cash flow that is targeted by most DSTs, but some also target membership fees, streaming service subscription fees, and other digital platform-related fees, and a few target the sale of data that is extracted from local users. Thus, Austria imposed its DST (officially referred to as a digital advertising tax) on revenue from online advertisements aimed at local users. France, Italy, and Spain have broader tax bases including revenues from online services, defined to include online advertising, sale of a user database, and digital interface services that provide e-commerce services to users. The UK base is gross revenues from online services such as search engines, online marketplace, and social media platforms. In all cases, the new threshold to taxation is not a permanent establishment but the overall revenues of the firm, in some cases together with a threshold of local sales revenues.

Given that advertising revenues, platform fees and data sales are commonly the target of DSTs, it is straightforward to characterize such taxes as excise taxes, but this is not the only possible classification. Such taxes could also be viewed as low-rate, gross-basis withholding mechanisms that stand in lieu of higher-rate, net-basis income assessments, such as those that apply to resident firms²³. As such, a DST could be viewed as akin to withholding on interest, dividends, royalties, rents, or capital gains. Most of the proposed or adopted DST rates are in the 2-5% range. To date, Brazil seems to be the only country considering a progressive rate structure, with 1, 3, and 5% brackets. These rates are in line with prevailing statutory and treaty-based withholding tax rates. The release by the United Nations of a model treaty provision expressly providing for digital services tax withholding provides some evidence that this position is tenable on the same logic as withholding for technical services²⁴.

Viewed from this perspective, DSTs look like a standard income tax withholding mechanism, which applies to nonresident firms as a corollary to the

²² As such, the term should exclude extensions of domestic consumption or value-added tax withholding obligations to foreign firms. Such rules expand the scope of existing rules that name those responsible for withholding but the tax itself still falls (or is intended to fall) on the consumer rather than on the profits of the foreign firm.

²³ MORENO, A. B.; and BRAUNER, Y. Taxing the digital economy post BEPS... seriously. *Colum J Transnatl L* v. 58, n. 1, p. 121, 2019.

²⁴ UNITED NATIONS. Tax treatment of payment for digital services. Aug. 2020.

net-basis income taxes that apply to resident firms. As such, a DST would presumably not apply were countries instead to expand their domestic business nexus rules as laid out in the OECD's Pillar 1. However, the OECD Secretariat's proposed unified approach is not the only way to change the domestic business rule. A potentially complementary approach – albeit possibly not consistent with existing treaty arrangements – is to expand the domestic definition of nexus to include firms with “significant economic presence” (thus attracting local income tax).

2.2. Expanded nexus rules

The goal of adopting a significant economic presence rule is to draw more non-resident businesses into the domestic income tax net²⁵. Expanding nexus to encompass a digital permanent establishment, such as by using a significant economic presence rule, was first mentioned in the OECD's 2015 Final Report on Action 1, on Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy²⁶. The Action 1 Report mentions the concept by way of dismissing it as an option, together with withholding taxes on digital transactions and equalisation levies (such as India then adopted the following year)²⁷. The Action 1 Report noted that these options for taxing the digital economy were not recommended because “among other reasons, it is expected that the measures developed in the BEPS Project will ... mitigate some aspects of the broader tax challenges, and that consumption taxes will be levied effectively in the market country.” Even so, the Action 1 Report noted, countries could adopt any of these measures “as additional safeguards against BEPS, provided they respect existing treaty obligations or [adopt changes] in their bilateral tax treaties.”

When the OECD picked up its work on the digital economy in 2018, the Group of Twenty-Four (G24) accordingly proposed a significant economic presence rule²⁸. The G24 proposal noted that significant economic presence was one of three options discussed in the Final Report on Action 1 of BEPS, and explored the options for profit attribution, including by proxy to revenue from transactions undertaken with local users (which could be collected via withholding, as DSTs do) as well as through unitary taxation with fractional apportionment. This proposal is not included in the OECD Secretariat's Unified Approach.

²⁵ REQUENA, José Ángel Gómez; and GONZÁLEZ, Satumina Moreno. Adapting the concept of permanent establishment to the context of digital commerce: from fixed to significant digital economic presence. *Intertax* v. 45, n. 11, p. 732, 2017.

²⁶ Action 1; OECD. Are the current treaty rules for taxing business profits appropriate for e-commerce? Final report [undated].

²⁷ *Supra*.

²⁸ G-24 WORKING GROUP ON TAX POLICY AND INTERNATIONAL TAX COOPERATION. Proposal for addressing tax challenges arising from digitalisation. 17 Jan. 2019.

Per the OECD Action 1 report, the definition of significant economic presence could capture any business with a digital or automated platform that has a “purposeful and sustained interaction” with the local economy. Several pertinent factors may be relevant in determining whether the threshold is met, including the amount of revenues generated through a digital platform; the level of sustained local user interaction; the use of local marketing and promotion; the integration of local forms of payment into purchasing platforms (i.e. prices reflecting local currency); the number of monthly active users that visit the digital platform; and the amount of digital data collected by the business. Industries that are likely subject to a significant economic presence threshold include those providing streaming services, search engines, transportation services and accommodation services that operate on a digital platform.

Across jurisdictions, a broad range of different approaches to significant economic presence and virtual permanent establishments have been proposed, with distinct revenue requirements and other conditions to meet the taxable income threshold. The recent U.S. Supreme Court case of *Wayfair vs. South Dakota* was targeted at state-level sales tax and not income taxes, but it provides useful analysis because the court expressly confronted the concept of nexus in making its decision to allow U.S. states to expand their taxation of non-resident firms²⁹.

The *Wayfair* case arose because South Dakota adopted a law requiring non-resident firms to collect tax on specified sales to residents “as if the seller had a physical presence in the state.” *Wayfair, Inc.*, together with other non-resident sellers with no physical presence in South Dakota, refused to comply on the grounds of well-established precedent in the form of a prior Supreme Court case, which held that for the several states, tax nexus requires physical presence³⁰. South Dakota initiated proceedings in state court to compel their compliance notwithstanding this precedent. Given the clear precedent, the taxpayers unsurprisingly prevailed. But the state appealed successfully to the U.S. Supreme Court, which reversed course and held that South Dakota was not constitutionally prohibited from requiring remote sellers to collect tax on goods and services sold to in-state customers, despite the lack of physical presence.

The U.S. Supreme Court concluded that nexus is established when the taxpayer avails itself of the “substantial privilege of carrying on business in [a] jurisdiction”³¹. The Court reviewed the taxpayer’s economic and virtual contacts with

²⁹ *South Dakota v Wayfair*, 138 S. Ct. 2080 (2018) (finding that physical presence is not necessary to create a substantial nexus). See also AVI-YONAH, R. S. The international implications of *Wayfair*. *Tax Notes Intl* 161, 2018; MASON, R. Implications of *Wayfair*. *Intertax* v. 46, n. 10, p. 810, 2018; HELLERSTEIN, W.; OWENS, J.; and DIMITROPOULOU, C. Digital taxation lessons from *Wayfair* and the U.S. States’ responses. *Tax Notes Intl* 241, 2019.

³⁰ *Quill Corp. v. North Dakota*, 504 U.S. 298 (1992).

³¹ *South Dakota v Wayfair supra* at 22, citing *Polar Tankers, Inc. v. City of Valdez*, 557 U. S. 1, 11 (2009).

and in South Dakota, and concluded that the state was justified in asserting nexus had been reached. The Court noted that South Dakota had taken reasonable steps to prevent unconstitutionally discriminatory treatment of non-residents relative to residents by, *inter alia*, establishing a threshold to taxation of US\$100,000 in sales or 200 users. These are all useful points of departure for foreign states vis a vis their dealings with the United States. Indeed the G-24 proposal explicitly recognized the *Wayfair* decision as relevant to the analysis and pointed to the U.S. Supreme Court's questioning about the logic of traditional nexus rules as the same rationale for redrawing the boundaries of nexus with a doctrine of significant economic presence³².

Expanding the definition of nexus is something every country is free to do, with the caveat that it might be seen as a violation of existing tax treaties³³. In the absence of a treaty, there is no international law of tax nexus. The only limit on the scope of authority of a sovereign state is its practical ability to enforce its will on those it would call its taxpayers. Lacking the ability to enforce a claim does not actually negate the ability to claim such authority: in truth, any sovereign with control over a territory can effectively declare its authority to regulate at will.

Tax treaties are to date the only ground on which countries negotiate their respect for each other's potentially expansive tax jurisdiction claims. The treaty definition of a permanent establishment is not a nexus-granting provision; it is, like all the other elements of treaties, a voluntary constraint on an otherwise expansive, if not unlimited, right to tax. Whether countries are free to override such treaties on a unilateral basis depends on internal law and whether they consider themselves monist or dualist states, including a respect for the terms of the Vienna Convention on the Law of Treaties where it applies. Renegotiation of treaty terms is a policy option that varies with the relative geo-political and economic strengths of the negotiating parties.

As such, there is little doubt that as a matter of law, any country currently considering various strategies to tax the profits of highly digitalized firms could expand their nexus rules to include the targeted firms, and it is a matter of debate whether they might still do so even if it should violate their existing treaties. As between redefining nexus and adopting a gross-basis tax on income flows earned

³² G24 Proposal *supra*, at 2 (quoting the *Wayfair* Court's language that "it is not clear why a single employee or a single warehouse should create a substantial nexus while 'physical' aspects of pervasive modern technology should not. For example, a company with a website accessible in South Dakota may be said to have a physical presence in the State via the customers' computers. A website may leave cookies saved to the customers' hard-drives, or customers may download the company's app on to their phones. Or a company may lease data storage that is permanently, or even occasionally, located in South Dakota.")

³³ MUSGRAVE, P. Sovereignty, entitlement, and cooperation in international taxation. *Brook J Intl L v. 26*, p. 1335, 2001.

by foreign taxpayers, the decision to adopt a substantial economic presence rule might be a more conventional approach.

Conclusion

The impact of source taxation on the distribution of national gains flowing from cross-border investment was the defining issue of inter-nation equity according to Peggy Musgrave and Richard Musgrave. It seems clear in the rhetoric of fair shares, level playing fields, and equal footings that inter-nation equity is the primary motivation behind the OECD's entire program of work on the challenges for taxation in the digitalized economy. Inter-nation equity is clearly the force behind various unilateral measures to change profit allocations in the case of highly digitalized firms; it is the clear rationale for revisiting age-old consensus positions on physical presence as a condition of nexus. And it is equally useful in understanding the resistance to the efforts of foreign states by the principal residence country, the United States, even as its own Supreme Court upends decades of well-established judicial precedent to accomplish the same ends internally. The stakes for national endowments in the digitalized economy have perhaps never been clearer, so inconsistent positions are perhaps unsurprising. But it is equally clear that no consensus can be expected to hold so long as an unprincipled sharing of the tax base continues.

International Taxation in Times of the Digitized Economy

Rainer Prokisch

Professor for International Tax Law at Maastricht University, The Netherlands.

Abstract

The article deals with the digital economy and international taxation. It analyzes the fact that the income from digital businesses does not suffer direct taxation due to business arrangements. The author lists some measures in the field of international tax law to tax the digital business.

Keywords: taxation, international, digital, digitalized economy, intangible, unified approach.

I. The issue

New business models, frequently using opportunities of digital business models, make it possible to earn profits in “source” countries without having a physical presence there (“scale without mass”). Existing rules on the allocation of profits are, however, based on the idea that a physical presence (a permanent establishment or a subsidiary) is needed to do business and to earn income. For many years now it has been discussed whether market jurisdictions should have a right to tax income even if the taxpayer does not maintain a physical presence in those states. For instance, the question arises whether a company like Nike that sells sport shoes via independent wholesalers without having a presence of its own in the market or like Facebook earning income from advertisements placed by companies that would like to reach consumers who are users of the Facebook platform, should pay taxes in the market jurisdiction.

The examples of Nike on the one hand and Facebook on the other hand have already shown that it is impossible to draw a line between digital enterprises and other regular enterprises. All kind of businesses have been gripped by digitalisation to a greater or lesser extent. It is therefore logical that all proposals for a different tax system do not try to develop specific rules for the digital economy.

In connection with digitalisation, intellectual property has gained more weight and attention. The developer of software for digital platforms, for collecting information in databases or for analysing customer data owns a copyright the value of which frequently outweighs any other (traditional) business asset. The flexibility of intellectual property in being transferred as licence or sublicense to other persons make it possible to shift profits to low tax countries and by claiming high licence fees to erode the tax base in high tax countries. This leads to low effective tax rates on the profits of multilateral enterprises so that the question of social responsibility and carrying the “fair share” arises.

Frequently, low taxation is also due to the fact that countries want to favour domestic businesses, that countries prefer the positive labour market developments of foreign investment over high tax revenue, or that they want to be simply attractive for investments in general and for specific establishments of businesses in particular. The result is that legal gaps are created between tax jurisdictions which are very difficult to be closed afterwards.

We have also experienced that our transfer pricing rules do not apply adequately in many situations and that not all profits of an enterprise are allocated to parties when we use transactional methods. The further development of transfer pricing rules remains a long-standing process but it is also necessary to think about what we do with residual profits.

It is important to record some important changes of the general understanding of international tax law:

1. Market jurisdictions are considered places of wealth creation even if the enterprise does not maintain a physical presence there.
2. Intellectual property is one of the main drivers of profit making activities, nowadays and in the future.
3. There is a need for multinational cooperation in order to close legal gaps and to avoid the creation of new tax planning opportunities.
4. There is a need for new rules on profit allocation which sufficiently considers the interests of market jurisdictions.
5. There is a broad consensus now that a minimum taxation could help to ensure healthy tax competition.
6. The levying of new withholding taxes on payments for digital services is not the best way to go.

II. Steps taken

1. OECD BEPS Action 1 Final Report 2015

The question how enterprises of the digital economy should be adequately taxed in those states in which they make profits but where they do not have a physical presence has already been part of the BEPS project. Action 1 report, however, only resulted in an overview of the issues raised but did not provide for a recommendation of the solution of the issues¹. The Task Force on Digital Economy (TFDE), sub-group of the Committee on Fiscal Affairs (CFA), discussed three options to counter distortions of allocation of income:

- The creation of a fictitious economic presence (significant economic presence) as a new nexus for taxation;

¹ OECD. *Addressing the tax challenges of the digital economy*. Action 1, Final Report. Paris: OECD, 2015.

- A source tax on fees paid for digital services;
- An equalisation levy which compensates for the loss of tax revenue.

2. Interim Report 2018

The interim report of 2018² on the tax challenges arising from digitalisation identified three common features of digital business strategies which are currently used and may be used to a greater extent in future:

- Cross-border activities without physical presence (“cross-jurisdictional scale without mass”);
- High importance of intangible assets including know-how and other intangible rights;
- Relevance of data, user participation, and content provided by users.

The Report points out that those characteristics have gained acceptance generally but that there is still some uncertainty in regard of the place of value creation and that the person who realizes the relevant income is still unknown.

3. Policy Note January 2019

In this note³ the Inclusive Framework laid the grounds for coming to an agreement on the way forward. Two pillars should be examined more in detail. One pillar refers to the challenges of the digitalised economy and aims to find new rules on the allocation of taxing rights between states. The second pillar should solve remaining BEPS issues.

4. Public Consultation February – March 2019

In February 2019, the OECD published a Consultation Paper⁴ which addresses the current proposals to ensure an adequate taxation of digital economy.

In respect of pillar 1 three possible solutions of determining a nexus for the application of new allocation rules have been identified:

- User participation

The user participation proposal considers the engagement and active participation of users of social media platforms, search engines, and on-line marketplaces. This would trigger taxation in the market jurisdiction calculated through a non-routine profit (“residual”) split approach.

² OECD. *OECD Inclusive Framework on BEPS*. The tax challenges arising from digitalisation. Interim Report 2018.

³ OECD. *OECD Inclusive Framework on BEPS*. Addressing the tax challenges of the digitalisation of the economy – Policy Note, 23 January 2019.

⁴ OECD. *OECD BEPS Project, Public Consultation Document: Addressing the tax challenges of the digitalisation of the economy*, 13 February – 6 March 2019.

- Marketing intangibles

This proposal recognizes an intrinsic functional link between marketing intangibles like brand and trade names, customer data, customer relationships, customer lists, and the market jurisdiction. Such intangibles are supposed to be allocated to the market jurisdiction. The latter would be entitled to tax some or all of the non-routine income associated with such intangibles and connected risks if the profit cannot be attributed to a physical presence in the market jurisdiction.

- Significant economic presence

The proposal would identify enterprises that are doing substantial business in a market jurisdiction via digital technology and other automated means without having a physical presence there. Business activity will constitute a virtual permanent establishment. Criteria could be the existence of a user base and the associated data input, the volume of digital content, billing and collection with a local form of payment, maintenance of a website in a local language, responsibility for the final delivery of goods or the provision of support services, or sustained marketing and sales promotion activities. The allocation of profits to the virtual PE could be based on turnover, number of employees, or amount of capital.

In Pillar 2 the OECD proposes a global minimum tax (Global Anti Base Erosion Proposal – GLoBE). The minimum tax is aimed at avoiding harmful tax competition between states.

The global minimum tax would work similar to existing Cfc-rules by including foreign income of a subsidiary into the tax base of the parent company (“Income Inclusion Rule”). Such an approach would be applied as soon as the foreign effective tax rate did not reach the (still to be determined) minimum tax rate. Different from Cfc the nature of income (active or passive) would not be relevant. The foreign tax would be credited in order to avoid double taxation.

The proposal is supplemented by a “tax base eroding payments”-rule. A domestic company will not be entitled to deduct expenses if the payments are not subject to a minimum tax in the country of the recipient (“undertaxed payments rule”).

5. Programme of Work (May 2019)

Following the public consultation in March 2019, the OECD compiled a working programme that has been published in May 2019⁵ and has been approved by the G20 Finance Ministers in Fukuoka/Japan in June 2019. The pro-

⁵ OECD. *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Programme of work to develop a consensus solution to the tax challenges arising from the digitalisation of the economy. Inclusive Framework on BEPS, 2019.

gramme schedules the publication of results and concrete proposals for October 2020 which are supposed to mirror the consensus between states involved.

6. Public Consultation – Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One

In November 2019, the OECD tried to merge the different proposals for solutions into one approach (so-called “unified approach”)⁶. The idea is to base the unified approach on the significant commonalities of the three alternatives set out before:

- To allocate taxing rights to the market jurisdiction;
- To introduce a new nexus independent of any physical presence (nexus rule);
- To take a global entity approach that departs from the arm’s-length and separate entity principle as they had been used in the past;
- To enhance simplicity and stability of the international tax regime in the interest of increased legal certainty.

The proposal suggests a new nexus which is not dependent on physical presence but is largely based on sales. Further, the approach wants to maintain current transfer pricing rules but complements them with formula based solutions. The scope of the approach is extended to all business structures by amending the international tax regime fundamentally and limiting the residence principle generally through taxation rights of market jurisdictions (“consumer-facing business”).

The allocation of taxing rights is changed by modifying transfer pricing rules through a three-step approach:

- Market states are allowed to tax a so-called amount A. This amount is calculated on the basis of the total profit from digital business activities and other consumer-facing business activities and under a deduction of routine profits derived from standard functions. The resulting residual profit will be split between source state and state of residence.
- Further, market jurisdictions will be empowered to tax a fixed remuneration for baseline marketing and distribution functions that take place in the market jurisdiction (amount B). This amount decreases the total profits of the enterprise and will be deducted from Amount A.
- Third, an Amount C will be allocated to the market jurisdiction if there are more functions than have been accounted for by reference to the local entity’s assumed baseline activity (covered by Amount B). Also this amount decreases the total profits of the enterprise and will be deducted from

⁶ OECD. *Public Consultation Document*. Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One, 9 October 2019 – 12 November 2019.

Amount A. Effective conflict resolution mechanisms have high importance in this respect.

7. Public Consultation Pillar 2

This consultation paper⁷ takes the proposal for an effective global minimum taxation for granted and focusses on three issues regarding the tax base, the rate of the minimum tax, and exceptions as to minimum taxation.

It is planned to take (consolidated) financial accounts of the ultimate parent company of a group as a starting point. Material permanent differences between financial accounting income and taxable income as well as temporary differences should be eliminated.

Further, the question has to be answered as to what extent enterprises will be allowed to mix low-tax and high-tax income (“blending”). There are three blending options:

- Worldwide approach (blending of worldwide income);
- Jurisdictional approach (blending between states);
- Entity approach (consideration of each entity in the group).

Finally, the consultation paper addresses potential carve-outs.

8. Inclusive Framework Statement on the Two-Pillar Approach

The statement of the Inclusive Framework⁸ endorses the unified approach as the basis for negotiations by emphasizing the need for legal certainty and less complexity. In particular, some specific concerns were added to the debate:

- Binding nature of dispute prevention and resolution mechanisms;
- Digital differentiation (scope of the unified approach);
- Consideration of regional factors;
- Relation to national taxes on digital businesses.

In general, Annex 1 to the statement clarifies several issues in respect of scope, amount A and nexus. Further, the statement contains explanations in regard of interactions with Amounts B and C and, most important, details on the proposed tax certainty regime. Annex A sets out the working plan to further develop the solutions proposed. Annex 2 describes the steps made and results achieved in respect of Pillar 2 and tries to identify the steps which still have to be taken.

⁷ OECD. *Public Consultation Document*. Global Anti-Base Erosion Proposal (“GloBE”) – Pillar Two, 8 November – 2 December 2019.

⁸ OECD. *OECD/G20 BEPS Project*. Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the two-pillar approach to address the tax challenges arising from the digitalisation of the economy, January 2020.

9. OECD Secretary-General Tax Report February 2020

Annex A of this report⁹ sets out the remaining work that needs to be undertaken. 11 work streams have been identified:

- Scope of Amount A;
- Definition of a new nexus (the mere conclusion of sales will not be the new nexus);
- Clarification of the tax base to be used;
- Quantum of Amount A;
- Revenue sourcing under Amount A;
- Elimination of double taxation under Amount A;
- Interactions between Amounts A, B, and C; potential risks of double counting;
- Features of Amount B;
- Dispute prevention and resolution for Amount A;
- Dispute prevention and resolution for Amounts B and C;
- Implementation and administration (changes in domestic legislation, possibility to foresee safe harbour rules, changes to tax treaties, exchange of information, design of a multilateral convention, relevant unilateral measures, measures to limit costs and maximize certainty, simplicity).

10. OECD Secretary-General Tax Report July 2020

The Report¹⁰ informs about certain progresses made, on Pillar One in particular:

- Further refinement and clarification of the scope of the new taxing right (Amount A)
Amount A will cover automated digital services like online search engines, social media platforms, online advertising services, etc., but also Consumer-facing businesses. In respect of the latter further work is still needed in order to develop precise definitions.
- Determination of the new nexus rules
The new nexus will be based on indicators of a significant and sustained engagement with market jurisdictions. In particular:
 - Revenue earned in market jurisdictions;
 - Obviously, mere selling consumer goods into a market jurisdiction will not create a new nexus.

⁹ OECD. *OECD Secretary-General Tax Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, February 2020.

¹⁰ OECD. *OECD Secretary-General Tax Report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, July 2020.

- Determination of the related source rules

Source rules still have to be developed, in any case, they should cover certain digital transactions like online advertising services considering the location of users.

On Pillar Two the report informs about the ongoing discussions. Work has substantially progressed on the definition of the tax base.

The OECD still aims to deliver a final report by the end of 2020.

Tributação Internacional em Tempos de Economia Digitalizada: Entre a Decisão de Como Alocar o Direito de Tributar (Fonte x Residência) e a Realidade Brasileira

International Taxation in the Era of Digital Economy: Between the Decision of How Allocate Taxing Rights (Source x Residence) and the Brazilian Reality

Rodrigo Maito da Silva

Doutor e Mestre em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da USP.
Diretor e Professor do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Advogado.

Resumo

A economia digital relativizou a presença física como elemento de conexão para justificar o poder de tributar os rendimentos auferidos pelas empresas que atuam em tal segmento. Nesse contexto, países que até então apregoavam a tributação na residência como regra preponderante passaram a buscar novos critérios para justificar o seu direito de tributar uma fatia da riqueza gerada a partir das transações envolvendo intangíveis e serviços automatizados. Medidas unilaterais e propostas de soluções para esse problema alocativo vêm sendo desenvolvidas, destacando-se aquelas suscitadas no bojo dos Pilares I (ampliação do conceito de estabelecimento permanente e *unified approach*) e II (regras mais sofisticadas de repartição do lucro das multinacionais que atuam na economia digital) do BEPS. Este estudo tem por objetivo lançar luz sobre a política fiscal brasileira calcada na tributação na fonte, para, cotejando-a com as propostas suscitadas pela OCDE, pelo G20 e por acadêmicos, concluir que o pragmatismo e a simplicidade podem ser melhores do que a insegurança e a alta complexidade que aquelas propostas suscitam.

Palavras-chave: tributação internacional, economia digital, tributação na fonte, tributação na residência, BEPS.

Abstract

The digital economy has relativized physical presence as a condition to justify the power to tax the income earned by companies operating in this area. Under such scenario, countries that used to defend the prevalence of the right of residence country to tax the income arising from international transactions are now seeking new criteria to justify the taxation of the income arising from transactions involving intangibles and automated services at source. Unilateral measures and proposals to solve the tax allocation problem have been developed in the last years, such as those embraced by Pillars I (the broadening of the permanent establishment concept and the unified approach) and II (more sophisticated profit sharing allocation rules to be ap-

plied to multinational enterprises operating in the digital economy) of BEPS. This paper aims at shedding light on the Brazilian fiscal policy based on taxation of services and intangibles at source, in order to compare it with the proposals raised by the OECD/G20 and academics. The conclusion lies on the idea that pragmatism and simplicity of source taxation – though not exempt from criticisms – are better than the uncertainty and high complexity of the proposals currently discussed in the international taxation environment.

Keywords: international taxation, digital economy, source taxation, residence taxation, BEPS.

Simplicity is the ultimate sophistication.

Leonardo da Vinci

Introdução

A evolução das práticas econômicas nunca foi tão intensa. A internet catalisou esse processo, na medida em que permitiu que as trocas comerciais (produtos e serviços) passassem a ser formalizadas de modo mais dinâmico, no contexto do que se convencionou chamar de comércio eletrônico.

Em poucos anos, essa forma de se fazer negócios não apenas se consolidou, mas cedeu espaço para novas soluções e demandas em âmbito virtual, evidenciando a transição de uma economia pautada predominantemente nas trocas de produtos e serviços, para uma economia que passou a abranger um número crescente de transações envolvendo intangíveis, especialmente bens imateriais oriundos de avanços tecnológicos¹⁻².

Propala-se a ideia de desmaterialização da economia, mas o que ocorre, em verdade, é justamente uma redefinição dos contornos do ambiente econômico, não no sentido de substituição plena da economia tradicional por uma economia imaterial, mas sim em termos de ampliação da sua abrangência. Não se nega que, parcialmente, a digitalização da economia acaba por promover uma ênfase de transações com intangíveis em detrimento de trocas de bens corpóreos. Os livros e os jornais eletrônicos, a publicidade *on-line* e a computação em nuvem são exemplos claros e incontestes dessa nova realidade. O suporte físico que era essencial e indissociável de vários bens intangíveis passou agora a ser menos relevante.

Some a isso o fato de que a contratação não mais se formaliza pelos instrumentos tradicionais, mas mediante anuência do consumidor manifestada digitalmente. A aquisição de intangíveis na economia digital é concluída mediante pa-

¹ Exemplos de negócios digitais são: lojas virtuais de aplicativos (licenciamento de *softwares*), anúncios virtuais em páginas na internet (publicidade *on-line*), meios eletrônicos de pagamento, computação em nuvem, motores de busca *on-line*, plataformas de mídia social, plataformas de intermediação *on-line*, *streaming* de conteúdo digital, jogos *on-line* etc.

² Tal circunstância tem ocasionado, inclusive, dificuldades de qualificação da renda gerada a partir das diferentes modalidades de intangíveis, como *royalties*, remuneração por serviços, lucro ou mesmo ganho de capital.

gamento por cartão de crédito ou por outros meios eletrônicos, muitas vezes com o apoio de empresas intermediárias desse processo³.

Se, de um lado, as mudanças tecnológicas contribuíram para a redefinição dos contornos da economia, de outro, trouxe desafios em relação à tributação, porquanto, no ambiente virtual, tornam-se fluidos certos conceitos jurídicos que serviam de base para a alocação da competência tributária, seja no contexto interno dos países, seja no que toca à tributação da renda no plano internacional.

A economia digital tem por característica principal não exatamente maior liberdade na mobilidade dos fatores de produção, mas sim uma relativização da localização desses elementos, já que o ambiente virtual é onipresente, é plurilocalizado, tornando anacrônica a exigência de presença física como critério determinante para a alocação da competência tributária⁴. Disso decorre o amplo debate no bojo do direito tributário internacional acerca da alocação da tributação entre fonte e residência. Esse é um dos maiores desafios que se apresentam atualmente no direito tributário internacional, a ponto de merecer destaque na Ação 1 (*Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy*) do BEPS (*OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*)⁵, que, embora abrangente, ainda não foi capaz de apresentar soluções definitivas e satisfatórias⁶.

Se o Direito Tributário Internacional sempre esteve voltado a identificar algum nexos para justificar o direito de tributar e a determinar a fonte e a natureza da renda para, somente então, definir se os países (fonte e/ou residência) têm competência para tribuá-la, levando também em conta as medidas voltadas a mitigar uma possível (senão provável) bitributação, com a digitalização da economia, essa tarefa passou a ser particularmente mais árdua, já que não mais se verifica a presença física como elemento relevante nos negócios digitais.

³ Cf. VASCONCELLOS, Roberto França de. *Os desafios da tributação de operações internacionais na economia digital*. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; BIANCO, João Francisco (coord.). *Estudos de Direito Tributário em homenagem ao Professor Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 417-443.

⁴ Cf. BRAUNER, Yariv; BAEZ, Andres. Withholding taxes in the service of BEPS Action 1: address the tax challenges of the digital economy. *WU International Taxation Research Paper Series*, n. 15. IBFD, Working Paper, February 2015. Disponível em: <https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/WithholdingTaxesintheServiceofBEPSAction1-whitepaper.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2020.

⁵ OECD. *Addressing the tax challenges of the digital economy. BEPS Action 1: Final Report*. Paris: OECD, 2014. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241046-en.pdf?expires=1593786822&id=id&accname=guest&checksum=6113628C2A45C6ED1AB975426288CB7D>. Acesso em: 3 jul. 2020.

⁶ Também compartilhando desse mesmo entendimento, *vide*: DIAS JÚNIOR, Antônio Augusto Souza. *Tributação da Economia Digital – Propostas Doutrinárias, OCDE e o Panorama Brasileiro*. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, n. 6. IBDT: São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.ibdt.org.br/RDTIA/n-6-2019/tributacao-da-economia-digital-propostas-doutrinarias-ocde-e-o-panorama-brasileiro/>. Acesso em: 6 jul. 2020; BIANCO, João Francisco; SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes. Estabelecimento permanente: legislação tributária brasileira e desafios na economia digital. In: FARIA, Renato Vilela; SILVEIRA, Ricardo Maito da; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. *Tributação da Economia Digital*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 28-30.

No que toca às medidas bilaterais para evitar ou mitigar a bitributação, os países desenvolvidos⁷, até então defensores de uma primazia alocativa da tributação em favor do Estado da residência, passam agora a defender – ao menos em relação à tributação da renda oriunda das trocas realizadas na economia digital – que a tributação ocorra no Estado da fonte, justamente para que possam abocanhar o que se considera a sua justa parte (*fair share*) do bolo da arrecadação.

A postura original e tradicional dos países desenvolvidos, refletida na Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), pautava-se, como regra, na atribuição de competência tributária ao país da residência do contribuinte em relação aos rendimentos oriundos do exercício de atividade econômica (lucro) no país da fonte, havendo, porém, deslocamento da competência tributária para este último país quando configurada a existência de um estabelecimento permanente no seu território, ressalvados, ainda, os casos de competência concorrente para rendimentos passivos (juros, *royalties*, dividendos entre outros). A economia digital leva justamente a uma mudança de perspectiva, quando os países desenvolvidos se aperceberam que a manutenção dessa lógica de alocação do poder de tributar ser-lhes-ia prejudicial⁸.

Assim, nessa incoerente mudança de atitude, justificada por razões de política tributária⁹, em que se procura alterar o critério alocativo do poder de tributar¹⁰, várias soluções têm sido aventadas. Inicialmente, destacam-se as propostas de criação de um tributo na fonte sobre a remuneração de serviços digitais (*digital service tax* – DST), o que já foi adotado por países como França, Reino Unido (*diverted profit tax*), Índia (*equalisation levy*), entre outros¹¹.

⁷ Lembrando que os países mais desenvolvidos e ricos do planeta são os principais integrantes da OCDE e do G20.

⁸ Em sentido contrário, até pelo fato de que boa parte das maiores empresas da economia digital são americanas, os Estados Unidos seguem a postura de defender a primazia da tributação na residência, argumentando, por exemplo, que no caso similar ao das empresas de transporte aéreo e marítimo internacional, que atuam de forma plurilocalizada, o art. 8º dos tratados que se baseiam na Convenção Modelo da OCDE atribui ao país de residência a competência para tributar a renda auferida alhures. Para aprofundamento, *vide*: VASCONCELLOS, Roberto França de. Op. cit., p. 428-431.

⁹ Como bem denuncia Wolfgang Schön em: SCHÖN, Wolfgang. Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy. *Bulletin for International Taxation*. Amsterdam: IBFD, April-May/2018, p. 280.

¹⁰ Sobre essa questão, *vide*: BLUM, Daniel W. Permanent Establishment and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Criterion Redefined? *Bulletin for International Taxation*, v. 69, June-July/2015, p. 314-325.

¹¹ Cf. LEE, Chang Hee; YOON, Ji-Hyun. Withholding tax in the era of BEPS, CIVs and digital economy. General Report. *Cahiers de Droit Fiscal International*, v. 103. Rotterdam: IFA, 2018, p. 249; TAMANAHA, Rodolfo Tsunetaka. *Tributação e Economia Digital: análise do tratamento tributário dos rendimentos da computação em nuvem*. São Paulo: IBDT, 2020. v. XXX. p. 248 e s. (Série Doutrina Tributária). Para aprofundamento sobre tais medidas, *vide*: SILVEIRA, Ricardo Maitto da. As estruturas de planejamento tributário adotadas pelas empresas de tecnologia, as proposições da Ação 1 do BEPS e as iniciativas legislativas dos países ao redor do mundo. In: FARIA,

Paralelamente, na evolução dos trabalhos lastreados na Ação 1 do BEPS, a OCDE vem desenvolvendo duas abordagens para endereçar a questão da alocação do poder de tributar os lucros gerados pela economia digital no contexto internacional:

- Pilar I: busca-se, de um lado, um alargamento do conceito de estabelecimento permanente, e, de outro, a adoção de novos critérios capazes de ampliar os poderes tributários do país em que se situa o mercado consumidor, tendo essa abordagem já sido adotada por Áustria, Finlândia, Indonésia, Itália, Holanda, Espanha (cujas legislações passaram a considerar servidor como estabelecimento permanente) e Israel (que inseriu no seu sistema jurídico o conceito de estabelecimento permanente virtual, configurado a partir de presença econômica significativa e contínua¹²). Avanços têm sido buscados pela OCDE em relação ao chamado *Unified Approach*¹³, por meio do qual se procura, a partir de fórmulas e critérios objetivos, repartir o lucro global (consolidado) de grandes empresas multinacionais que atuem na economia digital, de tal modo que o país em que situado o mercado consumidor (fonte) possa tributar ao menos parte desse lucro, ao passo que o restante do lucro seria alocado, para fins tributários, entre os vários países em que essas empresas atuam em função de parâmetros determinados, próximos aos critérios aplicados no controle de preços de transferência¹⁴. Em linhas gerais, o lucro das empresas que

Renato Vilela; SILVEIRA, Ricardo Maitto da; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Op. cit., p. 922-943.

¹² A caracterização de presença econômica ou digital significativa poderia levar em conta a combinação de variados fatores, dentre os quais: (i) número de contratos firmados com clientes no país; (ii) significativo número de usuários/clientes daquele serviço no país; (iii) propaganda direcionada a clientes do país; (iv) *website* desenvolvido no idioma do país; (v) descontos direcionados para pessoas do país; (vi) adoção de moeda e meios de pagamentos locais; e (vii) receita relevante obtida a partir do mercado local (Cf. DIAS, Felipe Wagner de Lima. Action 1 do BEPS, medidas unilaterais adotadas por países e seus impactos na tributação dos negócios da economia digital. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, n. 7. São Paulo: IBDT, 1º semestre de 2020, p. 149. Disponível em: <https://www.ibdt.org.br/RDTIA/wp-content/uploads/2020/07/felipe-wagner.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020).

¹³ Sobre o assunto, *vide*: OCDE. *Secretariat Proposal for a "Unified Approach" under Pillar One*. 9 October 2019 – 12 November 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020; OCDE. *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*. As approved by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on 29-30 January 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-by-the-oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-january-2020.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

¹⁴ Sobre o *unified approach*, *vide*: CHRISTIANS, Allison; MAGALHAES, Tarcisio D. A New Global Tax Deal for the Digital Age (December 27, 2019). *Canadian Tax Journal/Revue Fiscale Canadienne*, n. 4, v. 67, p. 1171-1173. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3510271>. Acesso em: 10 ago. 2020.

aufiram um valor significativo de receitas oriundas de transações digitais seria fictamente dividido em diferentes categoriais (*Amounts A, B, C*), em função do que seria a parcela desse lucro considerada normal/rotineira (afetada com base em determinados patamares) e aquela reputada como não rotineira ou residual. O desafio é justamente angariar apoio político para que essa espécie de solução possa ser aceita, em vista da sua alta complexidade, de eventuais riscos de bitributação e de caracterização de tratamento tributário restritivo (*ring fence*) da economia digital em relação ao restante da economia, além de uma provável carga de trabalho adicional para as empresas em termos de *compliance*.

- Pilar II: essa iniciativa da OCDE, no bojo do chamado *Global Anti-Base Erosion* (GLOBE), contempla uma proposta que se baseia em uma tributação mínima para as empresas multinacionais em sua atuação em diferentes jurisdições, partindo-se da sua receita global. Tal abordagem visa evitar que as multinacionais que atuam na economia digital desviem lucros para jurisdições de baixa ou nenhuma tributação¹⁵. Da mesma forma que no Pilar I, inúmeras são as críticas e as preocupações relacionadas à adoção do Pilar II, especialmente por conta da necessidade de 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.

Diante do que alguns autores denominam como crise dos elementos de conexão¹⁶, à luz da problemática quanto à eleição de critérios voltados à alocação da tributação entre fonte e residência em relação às transações digitais internacionais, este artigo volta-se a investigar como o Brasil se coloca nesse cenário. Não se tem a pretensão de esgotar o tema, tampouco explorar todas as suas facetas. O propósito deste estudo, muito mais restrito, é apenas lançar luz sobre a prática brasileira, indagando se, a partir dela e diante de um improvável consenso internacional sobre o assunto, seria necessário algo mais para endereçar os desafios da tributação da renda de não residentes na economia digital, mais especificamente com relação a intangíveis provenientes do exterior.

Para além da perspectiva alocativa dos tratados contra a bitributação (já que tais instrumentos visam mitigar ou afastar esse fenômeno a partir da distribuição

¹⁵ Para aprofundamento, *vide*: OECD. *Public consultation document Global Anti-Base Erosion Proposal ("GLOBE") – Pillar Two*. 8 November 2019 – 2 December 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-global-anti-base-erosion-proposal-pillar-two.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

¹⁶ Cf. PIRES, Rita Calçada. *Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio electrónico*: desvendar mitos e construir realidades. Coimbra: Almedina, 2011. p. 212 e s.; TAMANAHA, Rodolfo Tsunetaka. *Op. cit.*, p. 238-245.

do exercício da competência tributária pelos países signatários em razão do tipo de rendimento e à luz da sua origem – fonte – e da localização – residência – do contribuinte), a discussão em apreço tem como foco as escolhas legislativas, em matéria de tributação da renda, adotadas pelo Brasil e que são aplicáveis, mesmo que não intencionalmente, às operações realizadas no contexto da economia digital.

1. A velha e sempre nova disputa entre fonte e residência: há espaço para algo mais?

O embate entre os países desenvolvidos e em desenvolvimento quanto à prevalência dos critérios de fonte ou residência não é novo, refletindo-se especialmente no tocante à elaboração de modelos de tratados contra a bitributação. Enquanto a Convenção Modelo da OCDE sempre se pautou, em maior ou menor grau, pela adoção da primazia da repartição das competências tributárias em favor do país de residência do contribuinte (em prestígio dos interesses dos países desenvolvidos, tradicionais exportadores de capital), a Convenção Modelo da ONU, ao contrário, procurou melhor balancear os interesses contrapostos de países exportadores e importadores de capital.

A dicotomia fonte e residência ganha novos contornos quando a economia passa pelo processo de digitalização, em razão da relativização do conceito de residência e da dificuldade, por vezes, de se identificar a caracterização de um estabelecimento permanente, outro critério reputado como relevante para – constatada a presença econômica a partir de uma ligação física com o território – atrair a tributação para o país em que os rendimentos são gerados. Tal dificuldade decorre, portanto, da menor relevância ou mesmo inexistência da presença física na economia digital, não mais sendo possível adotar os elementos de conexão atrelados à localização geográfica do contribuinte ou de suas atividades.

Diante desse cenário, entre as soluções apresentadas pela OCDE (Ação 1 do BEPS) para justamente endereçar o tema e justificar a tributação pelo país da fonte dos rendimentos, destacam-se a ampliação do conceito de estabelecimento permanente no bojo dos tratados (mediante aprimoramento do art. 5 da Convenção Modelo da OCDE)¹⁷, a criação do conceito de presença digital significati-

¹⁷ Também a Organização das Nações Unidas – ONU, na sua Convenção Modelo de 2017, ampliou o conceito de estabelecimento permanente, ao incluir no seu art. 5º, § 3º, um *service PE*. Confira-se: “Article 5 PERMANENT ESTABLISHMENT

The term “permanent establishment” also encompasses: (...)

(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”.

UN. *United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*. 2017. p. 11. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf. Acesso em: 8 jul. 2020.

va e adoção de um teste correlato para verificação da existência de um estabelecimento permanente e criação de um tributo incidente na fonte sobre transações digitais¹⁸.

No âmbito acadêmico, duas propostas ganharam relevância à medida que as soluções apresentadas pela OCDE se revelaram insuficientes ou de difícil implementação.

De um lado, a partir de uma nova dimensão do princípio da fonte, colocou-se o mercado consumidor (*marketing intangibles*), do qual provém os rendimentos oriundos da economia digital (*value creation*), como o critério justificador do direito de tributar, a ser exercido pelo Estado em que se situar tal mercado. Avança-se nessa ideia para, com base nela, criar um conceito mais moderno de estabelecimento permanente, pautado em um vínculo que pressupõe quatro elementos ou requisitos principais: (i) serviços digitais; (ii) determinados tipos de usuários; (iii) tempo mínimo de permanência; e (iv) valor mínimo de receita¹⁹.

Relativiza-se, portanto, a presença física do contribuinte que aufera a renda, buscando-se novos critérios para caracterizar um estabelecimento permanente virtual no Estado em que localizado o mercado consumidor, justificando-se, com isso, o direito de tributar a renda imputada a esse estabelecimento. A verificação da presença local, ainda que paradoxalmente virtual, exigiria uma análise funcional, para identificar se a empresa não residente, ao desenvolver suas atividades, estaria assumindo riscos, realizando funções ou utilizando ativos no país da fonte.

De outro lado, sem refutar a abordagem anterior, considerando-a inclusive mais alinhada com as premissas adotadas pela OCDE no bojo do BEPS, apregoa-se uma solução mais pragmática, a partir da criação de um imposto na fonte sobre transações digitais, sem necessidade de se reformular o conceito de estabelecimento permanente, em vista das dificuldades inerentes a essa mudança. Tal medida, porém, é confessadamente muito mais preocupada em resolver a eventual erosão de base de cálculo e transferência de lucros para outras jurisdições, no contexto de operações entre empresas (*Business to Business – B2B*), do que efetivamente buscar uma solução mais abrangente para o problema alocativo, tanto que procura excluir operações envolvendo consumidores finais (*Business to Consumer – B2C*)²⁰.

Estudos mais recentes indicam as vantagens e as desvantagens de cada modelo, assim como as dificuldades de sua adoção, além de refletirem a tentativa de

¹⁸ Para uma análise dessas medidas, *vide*: BLUM, Daniel W. Op. cit., p. 314-325.

¹⁹ Cf. HONGLER, Peter; PISTONE, Pasquale. *Blueprints for a new PE nexus to tax business income in the era of the digital economy*. IBFD, Working Paper, January 2015. Disponível em: https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/Redefining_the_PE_concept-whitepaper.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.

²⁰ Cf. BRAUNER, Yariv; BAEZ, Andres. Op. cit.

avancar e aprimorar as soluções mencionadas²¹. A preocupação que se engendra é justamente que políticas fiscais – sobretudo se unilaterais – direcionadas à economia digital não causem desincentivo à inovação ou mesmo desequilíbrio concorrencial, tampouco se revelem restritivas e direcionadas apenas às grandes multinacionais atuantes nesse segmento.

Além dessas preocupações, é possível ainda elencar eventuais incertezas quanto à não aplicabilidade dos tratados contra a bitributação existentes a novos impostos sobre transações digitais, que acabam não incidindo exatamente sobre a renda e passam a ter a feição de tributos sobre o consumo²². E, a se confirmar essa natureza, tais tributos poderiam ser reputados como discriminatórios à luz das regras do comércio internacional (acordos celebrados no âmbito da Organização Mundial do Comércio – OMC) ou mesmo de acordos comunitários (União Europeia)²³.

A tributação na fonte de valores remetidos a provedores de serviços digitais ou de intangíveis traz à tona críticas antigas na linha de que, em nome da praticabilidade, pode se estar tributando uma manifestação de riqueza que não se traduz em acréscimo patrimonial. Nesse particular, seja pelas diferentes margens de lucros que as empresas que atuam na economia digital apresentam, seja ainda porque muitas delas operam de forma deficitária em seus primeiros anos de vida, a tributação na fonte acabaria por não tributar o lucro efetivo. Eventual crédito de imposto concedido pelo Estado da residência, no entanto, não seria de grande utilidade se a empresa não tem lucros a oferecer à tributação.

No que tange ao alargamento da caracterização de um estabelecimento permanente, não se pode esquecer que tal conceito sempre esteve voltado a preservar o direito de tributar do país da fonte, mas não do país em que se situa o mercado consumidor. Conforme alerta Wolfgang Schön, *fonte e mercado* são conceitos distintos, na medida em que a presença no país da fonte a justificar a tributação da renda leva em conta o lucro auferido pelo contribuinte, e não meramente as receitas advindas da venda de intangíveis para consumidores do mercado local. Dito de outro modo, no que se refere à repartição das competências tributárias, o estabelecimento permanente sempre foi utilizado para justificar a tributação da renda imputada a um local físico que reúne condições para a geração dessa renda,

²¹ V.g., OLBERT, Marcel; SPENGLER, Christoph. International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted? *World Tax Journal*, February 2017, p. 3-46; PISTONE, Pasquale; NOGUEIRA, João Félix Pinto; ANDRADE, Bety. The 2019 OECD Proposals for addressing the tax challenges of the digitalization of the economy: an assessment. *International Tax Studies*, n. 2, IBFD, 2019, p. 3-44.

²² Também concluindo nesse sentido, *vide*: BIANCO, João Francisco; SANTOS, Ramon Tomazela. A mudança de paradigma: o artigo 7º dos acordos de bitributação e a superação da dicotomia fonte *versus* residência. In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (coord.). *Direito tributário internacional – homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016. p. 341-345.

²³ Cf. SCHÖN, Wolfgang. Op. cit., p. 291.

e não para justificar a tributação na fonte, sobre o rendimento bruto, das remunerações pagas pela aquisição de bens, direitos ou serviços. Além disso, não necessariamente o país em que o pagamento é feito é o país onde os lucros são gerados²⁴.

Especificamente sobre a tentativa de se tributar uma parcela do lucro da economia digital no mercado consumidor, mesmo que nele não se encontre a fonte de pagamento, trata-se de um problema que sempre existiu na economia tradicional. Buscar uma solução para essa questão, embora sem dúvida alguma em linha com a ideia de uma equidade tributária internacional²⁵, não se mostra uma tarefa simples, lastreando-se em presunções capazes de ensejar mais questionamentos do que um consenso por parte dos diferentes países, com suas diferentes realidades econômicas e distintos sistemas tributários.

O que se percebe é que qualquer medida que venha a ser criada com o propósito de alocar ou realocar o direito de tributar a renda gerada pela economia digital, para além dos mecanismos existentes, traz consequências em termos de (i) competitividade entre as empresas de diferentes portes e áreas de atuação, especialmente quando comparadas com empresas da economia tradicional; (ii) possível não aplicabilidade de tratados contra a bitributação, na hipótese de criação de tributos sobre transações digitais que se afastem da tributação da renda e se aproximem da tributação do consumo²⁶; (iii) podendo ainda tais tributos ensejar a caracterização de tratamento discriminatório, vedado por acordos multilaterais de mercados regionais ou comuns (*v.g.*, União Europeia); e, por fim, (iv) aumento de carga tributária e dos custos de transação, inclusive mediante múltiplas incidências, recaindo o ônus sobre o mercado consumidor²⁷.

Voltando à questão inicial, sobre se o embate entre fonte e residência se esgota em si mesmo no âmbito da economia digital, ou se haveria espaço para variantes ou mesmo para novos critérios capazes de justificar a alocação do direito de tributar, parece-nos razoável dizer que o desenvolvimento histórico e a evolução do direito tributário internacional permitiram a fixação de parâmetros juridicamente aceitos para se exercer a soberania fiscal com vistas a evitar a bitributação. A alocação da tributação da renda ativa em favor do país da residência e da renda passiva ao país da fonte, até determinado patamar, com direito residual em favor do país da residência, são nada mais do que convenções lastreadas em teorias econômicas (sacrifício x benefício).

²⁴ Cf. *ibidem*, p. 288-289.

²⁵ Sobre o assunto, *vide* o seguinte artigo presente neste volume: CHRISTIANS, Alisson. *International Tax in the Digitalized Economy Era*.

²⁶ Sobre essa questão, em particular à luz dos tratados contra a bitributação firmados pelo Brasil, *vide*: PIGNATARI, Leonardo Thomaz. Artigo 2º da Convenção-Modelo da OCDE e a tributação da economia digital: política brasileira e perspectivas. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, n. 6. São Paulo: IBDT, 2º semestre de 2019, p. 224-256.

²⁷ Cf. SCHÖN, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 284-285.

Dentre as soluções aventadas atualmente, entendemos que são inspiradas nas mesmas bases teóricas que permitiram a sedimentação dos critérios de fonte e residência, com algum aprimoramento voltado a contornar a relativização da presença física como elemento de conexão para justificar o exercício do poder de tributar.

Nesse contexto, entendemos que a complexidade que pode advir de propostas como o *unified approach*, ou mesmo as incertezas e as peculiaridades que a adoção dos *digital service taxes* e da solução aventada pelo Pilar II apresentam, acabam por tornar a busca pelo consenso internacional uma tarefa não apenas ingrata, mas provavelmente utópica.

Não se trata de refutar as referidas soluções como se não tivessem pertinência teórica ou como se os seus propósitos não fossem corretos. O ponto crucial, parece-nos, é como implementar regras complexas e uniformes em sistemas jurídicos distintos (de países desenvolvidos e em desenvolvimento²⁸), mas, acima de tudo, com interesses contrapostos. A dicotomia alocativa entre fonte e residência (que continuará existindo, em maior ou menor grau), as diferenças nas políticas fiscais dos países e a noção do que seria um nível de tributação adequado indicam o quão hercúleo será o processo de convencimento para a adoção, com padrões mínimos de uniformidade, das soluções propostas.

Também não é razoável supor que a solução passaria por impor uma tributação sobre lucros excessivos ou superlucros, como se apregoa numa tentativa inusitada de tentar resolver o problema alocativo mediante uma imposição adicional para conter as pretensões arrecadatórias crescentes dos países²⁹. Não é exatamente esse o propósito do BEPS, a uma porque não necessariamente as empresas que apresentam lucros consolidados acima de um patamar de normalidade estão erodindo artificialmente suas bases tributárias ou mesmo desviando tais lucros para países de baixa tributação; a duas porque tal proposta não resolve a questão da alocação equilibrada do direito de tributar tais lucros, mas apenas resguarda o país da residência no sentido de conferir-lhe uma tributação adicional sobre o excesso de lucro, ainda que tal solução se baseie nos complexos critérios de alocação do *unified approach*; a três porque essa medida acaba por se revelar como um verdadeiro desincentivo para a inovação, além de ser claramente discriminatória *per se*, ainda que se pretenda justificá-la com base na capacidade contributiva.

²⁸ Para uma análise crítica das dificuldades relacionadas às diferentes realidades existentes nos países desenvolvidos e naqueles considerados subdesenvolvidos (ou em desenvolvimento), em termos de políticas fiscais, sistemas tributários e prioridades, *vide*: MAGALHAES, Tarcisio D.; OZAI, Ivan. A Different Unified Approach to Global Tax Policy: Addressing the Challenges of Underdevelopment (August 5, 2020). Copenhagen Business School, *CBS LAW Research Paper*, n. 20-13. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3667717>. Acesso em: 8 ago. 2020.

²⁹ Trata-se, por exemplo, de proposta formulada por Allison Christians e Tarcisio Diniz Magalhaes, em conexão com a crise econômica decorrente da pandemia da COVID-19. Para maiores detalhes sobre essa proposta, apontada inclusive como uma espécie de Pilar III, *vide*: MAGALHAES, Tarcisio D.; CHRISTIANS, Allison. *Rethinking Tax for the Digital Economy After COVID-19* (June 26, 2020). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3635907>. Acesso em: 10 ago. 2020.

Não se pode perder de vista que as pretensões dos países em torno da tributação da economia digital passam por encontrar caminhos para de algum modo captar a renda obtida a partir de atividades (informações, publicidade, dados etc.) realizadas nos seus respectivos mercados, ainda que não se verifique presença física das empresas. A reformulação do *nexus* para tributação considera o mercado como instrumento de criação de valor, a ponto de se poder tributar a renda associada a esse mercado ainda que nele não esteja presente a fonte de pagamento. Ou seja, para tributação da renda oriunda da economia digital, bastaria apenas o elemento de conexão “mercado” (similar à fonte de produção), sendo desnecessária a fonte de pagamento³⁰.

Seja como for, parece-nos que a melhor solução seria aquela que, pragmaticamente, procure conciliar o exercício cumulativo do poder de tributar pelos países da fonte e da residência, adotando-se mecanismos não apenas para evitar a bitributação, mas também para buscar uma repartição equilibrada das pretensões fiscais, mediante fixação de limites (alíquota máxima) para tributação na fonte. No entanto, a tentativa de apropriação da renda a partir da geração de valor é algo que seria igualmente válido para a economia tradicional.

O problema está justamente na definição de critérios adequados, uniformes e amplamente aceitos para permitir a repartição do poder tributário também com jurisdições que, com base nos critérios clássicos de fonte e residência, não estariam legitimadas a exercê-lo. Na ausência dessas condições, os países devem buscar ponderar até que ponto podem se valer de medidas extrafiscais ou mesmo regulatórias para induzir que as empresas se estabeleçam em seus territórios.

2. Tratamento tributário brasileiro aplicável na importação de serviços e intangíveis

Tratando-se de remuneração cujos beneficiários são pessoas não residentes no Brasil, o tratamento tributário varia em função da natureza jurídica dos respectivos pagamentos. Em linhas gerais, a legislação fiscal brasileira aproxima, para fins de tributação da renda na fonte, os *royalties* da remuneração por serviços técnicos e de assistência técnica, administrativa e semelhantes, sujeitando-os a igual tratamento. E considera como serviços técnicos “a execução de serviço que dependa de conhecimentos técnicos especializados ou que envolva assistência ad-

³⁰ Em sentido oposto, propondo uma solução em que o novo *nexus* deveria ser determinado não a partir da demanda do mercado consumidor, mas a partir do fornecimento (*supply*) de recursos ou meios para a obtenção da renda nesse mercado, e que a alocação da tributação do lucro residual poderia ser feita a partir de métodos de divisão do lucro com base em margens de lucro presumidas ou predeterminadas (*simplified profit split method*), *vide*: CHAND, Vikram. Allocation of Taxing Rights in the Digitalized Economy: Assessment of Potential Policy Solutions and Recommendation for a Simplified Residual Profit Split Method. *Intertax*, v. 47, Issue 12. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2019, p. 1023-1041.

ministrativa ou prestação de consultoria, realizado por profissionais independentes ou com vínculo empregatício ou, ainda, decorrente de estruturas automatizadas com claro conteúdo tecnológico”³¹.

Nesse sentido, na medida em que os serviços estejam relacionados à transferência de tecnologia³², a remessa para não residentes ficará sujeita à incidência dos seguintes tributos:

- Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF, à alíquota de 15%³³;
- Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE, à alíquota de 10%³⁴;
- PIS-Importação e COFINS-Importação, incidentes à alíquota global de 9,25%³⁵;
- Imposto sobre Serviços – ISS, cuja alíquota aplicável pode variar de 2% a 5% a depender do Município em que se encontra o importador³⁶;
- Imposto sobre Operações Financeiras – IOF-Câmbio, à alíquota de 0,38% se a remessa for feita via contrato de câmbio firmado com instituição financeira autorizada, ou 6,38% se ocorrer mediante pagamento com cartão de crédito internacional³⁷.

Diferentemente, quando se trata de pagamento de *royalties* em função de uso, fruição e exploração de direitos, não incidem PIS-importação e COFINS-Importação³⁸ nem ISS³⁹.

³¹ Cf. art. 17, *caput*, e § 1º, inciso II, “a”, da Instrução Normativa RFB n. 1.455/2014.

³² Para os serviços que não correspondam a “serviços técnicos”, “assistência técnica”, administrativa e semelhantes, e que não sejam contrapartida do pagamento de *royalties*, a respectiva remuneração, quando paga a não residente, ficará sujeita a IRRF, à alíquota de 25%; PIS-Importação e COFINS-Importação, incidentes à alíquota global de 9,25%; ISS, cuja alíquota aplicável pode variar de 2% a 5% a depender do Município em que se encontra o importador; e IOF-Câmbio, à alíquota de 0,38%.

³³ Cf. art. 7º da Lei n. 9.779/1999; art. 3º da Medida Provisória n. 2.159-70/2001; e art. 2º-A da Lei n. 10.168/2000.

³⁴ Cf. art. 2º, § 2º, da Lei n. 10.168/2000.

³⁵ Cf. art. 1º da Lei n. 10.865/2004.

³⁶ Cf. art. 1º, § 1º, da Lei Complementar n. 116/2003.

³⁷ Cf. art. 6º da Lei n. 8.894/1994; arts. 11 e 15-B, *caput* e inciso IX, do Decreto n. 6.306/2007, com alterações posteriores.

³⁸ Não se cogita a incidência das contribuições PIS-Importação e COFINS-Importação (instituídas pela Lei n. 10.865/2004) sobre o pagamento de *royalties*, tendo a Receita Federal do Brasil, na Solução de Divergência n. 11/2011, consignado o entendimento de que, em caso de remessa de *royalties* a beneficiário no exterior, não há a importação de serviço. Vale, porém, a ressalva de que, no entendimento das autoridades fiscais, se o contrato contemplar transferência de tecnologia e, ao mesmo tempo, serviços técnicos ou de assistência técnica, e os valores de cada uma das atividades não forem individualizados, o valor total deverá ser considerado como referente a serviços e sujeitar-se à incidência das contribuições.

³⁹ Não estaria afastado o risco de as autoridades fiscais municipais, de modo questionável, buscarem caracterizar o pagamento de *royalties* como relativo a uma importação de serviços, escorando-se

Sendo aplicável tratado contra a bitributação, os rendimentos relacionados a serviços deveriam, como regra, enquadrar-se como lucros de empresas (equivalente ao art. 7º da CM-OCDE), hipótese em que ficaria afastada a incidência do IRRF, já que tais rendimentos seriam tributados apenas no país da residência.

Todavia, países⁴⁰ que, como o Brasil, embora adotando a Convenção Modelo da OCDE como base para celebração dos seus tratados contra a bitributação, não quiseram abrir mão de tributar determinados itens de rendimento, acabaram por valer-se de subterfúgios para ampliar (ou ao menos não mitigar) a sua competência tributária. Exemplo evidente disso é a inclusão, na maioria dos protocolos dos tratados celebrados pelo Brasil, da equiparação dos rendimentos de serviços técnicos e de assistência técnica a *royalties*, justamente para deslocar a regra alocativa, do art. 7º (lucro de empresa) para o art. 12 (*royalties*), viabilizando a tributação na fonte quando da remessa, a partir do Brasil, de remuneração de serviços para pessoa residente do outro país com o qual foi firmado o tratado⁴¹.

Essa busca por preservar a tributação na fonte fez-se refletir na mais recente versão da Convenção Modelo da ONU, que passou a contar com previsão específica⁴² para alocar a competência tributária em relação à remuneração de servi-

em determinados itens da lista de serviços anexa à Lei Complementar n. 116/2003 (*v.g.*, item 3.02 – Cessão de direito de uso de marcas e de sinais de propaganda), exigindo, então, o ISS.

⁴⁰ *V.g.*: Argentina, Costa do Marfim, Filipinas, Gabão, Índia, Tailândia, Tunísia e Vietnã (Cf. BIANCO, João Francisco; SANTOS, Ramon Tomazela. *Op. cit.*, p. 329 e 332).

⁴¹ O Parecer PGFN/CAT n. 2.363/2013 sintetizou o tratamento aplicável na hipótese de existir tratado contra a bitributação firmado entre o Brasil e o país de residência do destinatário dos rendimentos de serviços, nos seguintes termos: a remuneração de serviços técnicos deverá ser qualificada como (a) *royalties* (art. 12), se o tratado contemplar regra de equiparação; (b) serviços profissionais independentes (art. 14); ou (c) residualmente, como lucro de empresa (art. 7º).

⁴² “Article 12A FEES FOR TECHNICAL SERVICES

1. Fees for technical services arising in a Contracting State and paid to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State. 2. However, notwithstanding the provisions of Article 14 and subject to the provisions of Articles 8, 16 and 17, fees for technical services arising in a Contracting State may also be taxed in the Contracting State in which they arise and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the fees is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed ___ percent of the gross amount of the fees [the percentage to be established through bilateral negotiations]. 3. The term ‘fees for technical services’ as used in this Article means any payment in consideration for any service of a managerial, technical or consultancy nature, unless the payment is made: (a) to an employee of the person making the payment; (b) for teaching in an educational institution or for teaching by an educational institution; or (c) by an individual for services for the personal use of an individual. 4. The provisions of paragraphs 1 and 2 shall not apply if the beneficial owner of fees for technical services, being a resident of a Contracting State, carries on business in the other Contracting State in which the fees for technical services arise through a permanent establishment situated in that other State, or performs in the other Contracting State independent personal services from a fixed base situated in that other State, and the fees for technical services are effectively connected with: (a) such permanent establishment or fixed base, or (b) business activities referred to in (c) of paragraph 1 of Article 7. In such cases the provisions of Article 7 or Article 14, as the case may be, shall apply. 5. For the purposes of this Article, subject to paragraph 6, fees for technical

cos⁴³ em detrimento da sua inclusão como lucro de empresa. Em tratados (ou aditivos) mais recentemente celebrados pelo Brasil, cláusulas semelhantes foram incorporadas ao texto convencional (*v.g.*, Emirados Árabes, Suíça, Singapura e Uruguai).

Sob a perspectiva de política fiscal, o Brasil, involuntariamente, estaria na vanguarda ao defender, ferrenhamente, o exercício da sua competência tributária em relação à importação de serviços⁴⁴. Há, obviamente, críticas bem fundamentadas contra esse tipo de manobra normativa⁴⁵.

Ao se tributar na fonte o valor bruto do rendimento, sem considerar o lucro efetivo do contribuinte, o montante do imposto, a depender da alíquota, pode ensejar uma tributação mais alta na fonte do que na residência, de forma que o crédito a ser aproveitado na residência acaba sendo maior que o imposto devido.

services shall be deemed to arise in a Contracting State if the payer is a resident of that State or if the person paying the fees, whether that person is a resident of a Contracting State or not, has in a Contracting State a permanent establishment or a fixed base in connection with which the obligation to pay the fees was incurred, and such fees are borne by the permanent establishment or fixed base. 6. For the purposes of this Article, fees for technical services shall be deemed not to arise in a Contracting State if the payer is a resident of that State and carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated in that other State or performs independent personal services through a fixed base situated in that other State and such fees are borne by that permanent establishment or fixed base. 7. Where, by reason of a special relationship between the payer and the beneficial owner of the fees for technical services or between both of them and some other person, the amount of the fees, having regard to the services for which they are paid, exceeds the amount which would have been agreed upon by the payer and the beneficial owner in the absence of such relationship, the provisions of this Article shall apply only to the last-mentioned amount. In such case, the excess part of the fees shall remain taxable according to the laws of each Contracting State, due regard being had to the other provisions of this Convention". (UN. *United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*. 2017. p. 23-25. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf. Acesso em: 8 jul. 2020.)

⁴³ Note-se que está atualmente (agosto/2020) em discussão uma proposta para inserção do art. 12-B na Convenção Modelo da ONU, que contempla o conceito de serviços digitais automatizados, como uma espécie de serviço que não estaria abrangida pelo art. 12-A, gerando dúvidas sobre o escopo deste último artigo. Para maiores detalhes, *vide*: <https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2020-08/TAX%20TREATY%20PROVISION%20ON%20PAYMENTS%20FOR%20DIGITAL%20SERVICES.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.

⁴⁴ Essa é também a opinião de: BIANCO, João Francisco; SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes. *Op. cit.*, p. 34.

⁴⁵ Para aprofundamento sobre o tema, *vide*: TORRES, Heleno Taveira. A qualificação dos serviços não técnicos como lucros de empresas nas convenções para evitar a dupla tributação. In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (coord.). *Op. cit.*, p. 249-267; BEHRNDT, Marco Antônio; LOBO, Diana Piatti. A incidência do IRRF nos casos de pagamento de serviços técnicos e de assistência técnica sem transferência de tecnologia: críticas ao ADI RFB n. 5/2014 e Parecer PGFN/CAT n. 2.363/13. In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (coord.). *Op. cit.*, p. 425-451; XAVIER, Alberto. A tributação da prestação internacional de serviços, em especial de serviços técnicos e de assistência técnica. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 235. São Paulo: Dialética, 2015, p. 7-28.

Dito de outro modo, a tributação na fonte, embora seja uma solução pragmática, pode acarretar distorções significativas, seja por eventual tributação de rendimento que não se traduz em acréscimo patrimonial, seja pelo fato de, dependendo da alíquota praticada pelo país da fonte, ensejar uma distribuição desequilibrada da receita tributável entre os países envolvidos⁴⁶.

Especificamente no que toca à economia digital, a tributação na fonte desconsidera as especificidades de atividades em que as formas de criação de valor e as margens de lucro dos diferentes modelos digitais são muito discrepantes. Nesse sentido, a tributação na fonte pode levar à descaracterização do imposto de renda como um imposto pessoal, além de aproximá-lo mais de um tributo sobre o consumo⁴⁷.

Todavia, o uso expandido da tributação na fonte – não apenas pelo imposto de renda – pode servir de incentivo para que as empresas não residentes se estabeleçam formalmente nos países da fonte, mediante a criação de subsidiárias locais. Tal circunstância se verifica claramente no Brasil. É certo, porém, que a tributação na fonte não é a única causa desse fenômeno. Há explicações mercadológicas e operacionais que podem igualmente explicar essa tendência.

É preciso, ainda, fazer a ressalva de que, em se tratando de operações B2C, há dificuldades práticas para se cobrar os tributos incidentes sobre a remuneração paga pelos intangíveis disponibilizados aos consumidores locais⁴⁸, de tal modo que muitas vezes as empresas não residentes valem-se de intermediários que oferecem soluções em termos de meios de pagamento, justamente para facilitar o recebimento, em moeda local, da referida remuneração.

Adicionalmente, ainda que tais pagamentos sejam processados por cartão de crédito internacional, não há mecanismos de controle e fiscalização específicos voltados à verificação do cumprimento das obrigações tributárias. Em outras palavras, nas operações B2C, há margem para o não cumprimento integral da obrigação de recolher os tributos devidos por parte dos consumidores finais⁴⁹, diferentemente do que ocorre nas operações B2B, em que os instrumentos de fiscalização são mais efetivos, além de existir, no caso de remessas mediante fechamento de operações de câmbio com instituições financeiras autorizadas, a responsabilidade solidária dessas instituições quanto ao cumprimento das obrigações atinentes ao fechamento do câmbio.

Ainda que exista uma razoável complexidade operacional na individualização de inúmeras operações de pagamento realizadas na economia digital, uma

⁴⁶ Cf. LEE, Chang Hee; YOON, Ji-Hyun. Op. cit., p. 250.

⁴⁷ Cf. DIAS JÚNIOR, Antônio Augusto Souza. Op. cit.

⁴⁸ Cf. SILVEIRA, Ricardo Maitto da. Op. cit., p. 936 e 943.

⁴⁹ Sobre o assunto, *vide*: COELHO, Renato Souza; CHIANG, Gabriel Oura. IRF e IOF sobre remessas realizadas por empresas de intermediação de pagamento e regulação do BACEN. In: FARIA, Renato Vilela; SILVEIRA, Ricardo Maitto da; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Op. cit., p. 646-647.

possível solução seria – mediante alterações legislativas necessárias para viabilizá-la – impor às operadoras de cartão de crédito e aos intermediários financeiros a responsabilidade solidária pela retenção do imposto de renda na fonte.

Por fim, problemas de qualificação do rendimento associado à economia digital (por exemplo, em relação aos diferentes tipos de *software*) no bojo da aplicação de tratados⁵⁰ podem conduzir à indesejada bitributação. Da mesma forma, tributos na fonte que não tenham a renda como integrante da sua materialidade (como ocorre no caso de alguns *equalisation taxes* e *digital service taxes*, que incidem sobre a receita bruta do não residente) acabam ficando fora do escopo dos tratados⁵¹.

Em que pesem todas as nuances e críticas à tributação na fonte, parece-nos essencial o seu aprimoramento⁵², mediante uma repartição mais equilibrada do imposto de renda, para que a alíquota aplicável no país da fonte não seja alta a ponto de o país da residência ficar apenas com o ônus de conceder crédito ou isenção, sem qualquer arrecadação residual⁵³.

O caso brasileiro é interessante para demonstrar que a tributação na fonte foi priorizada ao longo dos anos, antes mesmo de a economia digital ganhar relevância. Não se trata aqui de tomar essa solução como a mais adequada, mas sim – desde que se busque aperfeiçoá-la – como uma medida pragmática e que conduz a resultados concretos satisfatórios, quando comparados com os problemas que poderão surgir com as soluções aventadas no contexto dos Pilares I e II do BEPS.

Conclusão

Considerando que, em situações internacionais envolvendo dois ou mais países, quaisquer deles podem assumir o papel de fonte ou de residência a depender do fluxo de consumo ou fornecimento de utilidades e intangíveis, é temerário tomar partido numa discussão binária no tocante à primazia da fonte ou da residência para tributar a renda.

⁵⁰ Sobre o assunto, *vide* o nosso: SILVEIRA, Rodrigo Maito da; AMENDOLA, Antonio Carlos de Almeida. Qualificação de operações envolvendo *software* no Brasil à luz dos tratados contra a bitributação: visão da OCDE e prática brasileira. In: FARIA, Renato Vilela; SILVEIRA, Ricardo Maitto da; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Op. cit., p. 84-97. *Vide* também: ROLLIM, João Dácio; LARA, Daniela Silveira. A tributação de IRRF na importação de *cloud computing* no Brasil e as soluções analisadas na Ação 1 do BEPS. In: FARIA, Renato Vilela; SILVEIRA, Ricardo Maitto da; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. Op. cit., p. 37-56.

⁵¹ Cf. LEE, Chang Hee; YOON, Ji-Hyun. Op. cit., p. 250.

⁵² Com essa afirmação, não concordamos com Bianco e Silva quando concluem: “Se no passado, portanto, alguma crítica poderia ser feita à política fiscal brasileira, hoje em dia nada há de reparar, pois a maneira mais prática, simples e fácil de tributar a economia digital é mediante a exigência do imposto retido na fonte sobre a remuneração percebida pelos seus integrantes”. (BIANCO, João Francisco; SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes. Op. cit., p. 36).

⁵³ BRAUNER, Yariv; BAEZ, Andres. Op. cit., p. 5.

Os esforços teóricos empreendidos até o momento indicam que a alocação do poder de tributar em favor do país da fonte, com base na justificativa de o mercado consumidor ser um elemento de conexão plausível, ou mesmo na existência de um estabelecimento permanente virtual, ganha maior número de adeptos. No entanto, apenas o consenso internacional poderá resolver satisfatoriamente a questão, sob pena de a profusão de iniciativas descoordenadas e de medidas unilaterais imediatistas acabem por promover um desincentivo ao comércio internacional e à integração dos países.

Se a coordenação internacional é o caminho para resolver a dicotomia alocativa da tributação da renda gerada pela economia digital, não se pode desconsiderar as inúmeras dificuldades para que se alcance minimamente tal objetivo. Tomando por base a política fiscal brasileira, note-se que o país sequer aderiu à *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS*, mais conhecida como *Multilateral Instrument (MLI)*.

Na linha de uma solução razoável, que permita a concorrência de competências tributárias, o ideal seria que houvesse uma aceitação ampla da tributação na fonte, mas limitada a ponto de permitir que, de forma efetiva, haja tributação residual igualmente no país da residência. Nesse sentido, a Convenção Modelo da OCDE poderia, a exemplo daquela elaborada pela ONU, admitir a tributação de intangíveis associados à economia digital no país da fonte, com emprego de alíquotas máximas em percentuais mais baixos do que normalmente se adota para outros tipos de rendimento.

Admitindo-se que todos os países podem se beneficiar da economia digital, seja como exportadores, seja como importadores, ressalvados os casos de planejamentos abusivos que afastam a tributação em qualquer deles (*stateless income*), é medida salutar que se considere a competência concorrente como uma solução inevitável, devendo as nações apenas procurar delimitar os contornos e os limites dessa proposta.

Parece-nos exagerada e utópica a pretensão dos países de exercerem competência tributária em relação a determinadas situações em que não se verifica a geração de renda efetiva a partir ou em conexão direta com o seu território. Em outras palavras, a tributação da mais-valia oriunda de informações e dados colhidos em um determinado mercado consumidor, quando não monetizados exatamente nesse mercado, mas sim no exterior, embora possa parecer legítima, carece de instrumentos concretos que possam aferir com precisão o valor a ser tributado. As soluções apontadas para endereçar essa questão passam por aproximações e presunções, cuja complexidade e dificuldades de consenso quanto a sua adoção superariam os benefícios esperados, podendo gerar bitributação.

Os países estão caminhando para não deixar escapar nenhuma riqueza (renda) da tributação, além de buscar equilibrar o direito de tributar uma mesma renda com vistas a reduzir as chances de bitributação. Entendemos que, nos dias

atuais, esse movimento é impossível sem um ônus excessivo para as empresas e para as administrações tributárias.

Sem prejuízo das críticas aplicáveis, a tributação na fonte, se adotada com parcimônia e equilíbrio, pode traduzir-se também em um incentivo (*nudge*) para que as empresas estrangeiras se estabeleçam localmente, viabilizando, ao final, melhor dimensionamento da renda a ser tributada.

Tem prevalecido, no contexto da tributação internacional, a ideia de que situações complexas exigem soluções sofisticadas e igualmente complexas. A sofisticação, no entanto, advém da simplicidade. Espera-se que a evolução dos estudos sobre a tributação da economia digital alcance soluções simples, justas e pragmáticas, capazes de oferecer segurança jurídica a todos os envolvidos.

Referências bibliográficas

- BEHRNDT, Marco Antônio; LOBO, Diana Piatti. A incidência do IRRF nos casos de pagamento de serviços técnicos e de assistência técnica sem transferência de tecnologia: críticas ao ADI RFB n. 5/2014 e Parecer PGFN/CAT n. 2.363/13. In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (coord.). *Direito tributário internacional – homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- BIANCO, João Francisco; SANTOS, Ramon Tomazela. A mudança de paradigma: o artigo 7º dos acordos de bitributação e a superação da dicotomia fonte *versus* residência. In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (coord.). *Direito tributário internacional – homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- _____; SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes. Estabelecimento permanente: legislação tributária brasileira e desafios na economia digital. In: FARIA, Renato Vilela; SILVEIRA, Ricardo Maitto da; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. *Tributação da Economia Digital*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BLUM, Daniel W. Permanent Establishment and Action 1 on the Digital Economy of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative – The Nexus Criterion Redefined? *Bulletin for International Taxation*, v. 69, June-July/2015.
- BRAUNER, Yariv; BAEZ, Andres. Withholding taxes in the service of BEPS Action 1: address the tax challenges of the digital economy. *WU International Taxation Research Paper Series*, n. 15. IBFD, Working Paper, February 2015. Disponível em: <https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/Withholding-TaxesintheServiceofBEPSAction1-whitepaper.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2020.
- CHAND, Vikram. Allocation of Taxing Rights in the Digitalized Economy: Assessment of Potential Policy Solutions and Recommendation for a Simplified Residual Profit Split Method. *Intertax*, v. 47, Issue 12. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2019.
- CHRISTIANS, Allison; MAGALHAES, Tarcisio D. A New Global Tax Deal for the Digital Age (December 27, 2019). *Canadian Tax Journal/Revue Fiscale Cana-*

- dienne*, n. 4, v. 67. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3510271>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- COELHO, Renato Souza; CHIANG, Gabriel Oura. IRF e IOF sobre remessas realizadas por empresas de intermediação de pagamento e regulação do BACEN. In: FARIA, Renato Vilela; SILVEIRA, Ricardo Maitto da; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. *Tributação da Economia Digital*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- DIAS JÚNIOR, Antônio Augusto Souza. Tributação da Economia Digital – Propostas Doutrinárias, OCDE e o Panorama Brasileiro. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, n. 6. IBDT: São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.ibdt.org.br/RDTIA/n-6-2019/tributacao-da-economia-digital-propostas-doutrinarias-ocde-e-o-panorama-brasileiro/>. Acesso em: 6 jul. 2020.
- DIAS, Felipe Wagner de Lima. Action 1 do BEPS, medidas unilaterais adotadas por países e seus impactos na tributação dos negócios da economia digital. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, n. 7. São Paulo: IBDT, 1º semestre de 2020. Disponível em: <https://www.ibdt.org.br/RDTIA/wp-content/uploads/2020/07/felipe-wagner.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2020.
- HONGLER, Peter; PISTONE, Pasquale. *Blueprints for a new PE nexus to tax business income in the era of the digital economy*. IBFD, Working Paper, January 2015. Disponível em: https://www.ibfd.org/sites/ibfd.org/files/content/pdf/Redefining_the_PE_concept-whitepaper.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.
- LEE, Chang Hee; YOON, Ji-Hyun. Withholding tax in the era of BEPS, CIVs and digital economy. General Report. *Cahiers de Droit Fiscal International*, v. 103. Rotterdam: IFA, 2018.
- MAGALHAES, Tarcisio D.; CHRISTIANS, Allison. *Rethinking Tax for the Digital Economy After COVID-19* (June 26, 2020). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3635907> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3635907>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- _____; OZAI, Ivan. A Different Unified Approach to Global Tax Policy: Addressing the Challenges of Underdevelopment (August 5, 2020). Copenhagen Business School, *CBS LAW Research Paper*, n. 20-13. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3667717>. Acesso em: 8 ago. 2020.
- OCDE. *Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One*. 9 October 2019 – 12 November 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-secretariat-proposal-unified-approach-pillar-one.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- _____. *Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*. As approved by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on 29-30 January 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-by-the-oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-january-2020.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.

- _____. *Addressing the tax challenges of the digital economy. BEPS Action 1: Final Report*. Paris: OECD, 2014. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264241046-en.pdf?expires=1593786822&id=id&accname=guest&checksum=6113628C2A45C6EDIAB975426288CB7D>. Acesso em: 3 jul. 2020.
- _____. *Articles Of The Model Convention With Respect To Taxes On Income And On Capital* [as they read on 21 November 2017]. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/articles-model-tax-convention-2017.pdf>. Acesso em: 8 jul. 2020.
- _____. *Public consultation document Global Anti-Base Erosion Proposal (“GloBE”) – Pillar Two*. 8 November 2019 – 2 December 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-global-anti-base-erosion-proposal-pillar-two.pdf.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2020.
- OLBERT, Marcel; SPENGLER, Christoph. International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted? *World Tax Journal*, February 2017.
- PIGNATARI, Leonardo Thomaz. Artigo 2º da Convenção-Modelo da OCDE e a tributação da economia digital: política brasileira e perspectivas. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, n. 6. São Paulo: IBDT, 2º semestre de 2019.
- PIRES, Rita Caçada. *Tributação internacional do rendimento empresarial gerado através do comércio electrónico: desvendar mitos e construir realidades*. Coimbra: Almedina, 2011.
- PISTONE, Pasquale; NOGUEIRA, João Félix Pinto; ANDRADE, Bety. The 2019 OECD Proposals for addressing the tax challenges of the digitalization of the economy: an assessment. *International Tax Studies*, n. 2, IBFD, 2019.
- ROLIM, João Dácio; LARA, Daniela Silveira. A tributação de IRRF na importação de *cloud computing* no Brasil e as soluções analisadas na Ação 1 do BEPS. In: FARIA, Renato Vilela; SILVEIRA, Ricardo Maitto da; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. *Tributação da Economia Digital*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SCHÖN, Wolfgang. Ten Questions about Why and How to Tax the Digitalized Economy. *Bulletin for International Taxation*. Amsterdam: IBFD, April-May/2018.
- SILVEIRA, Ricardo Maitto da. As estruturas de planejamento tributário adotadas pelas empresas de tecnologia, as proposições da Ação 1 do BEPS e as iniciativas legislativas dos países ao redor do mundo. In: FARIA, Renato Vilela; SILVEIRA, Ricardo Maitto da; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. *Tributação da Economia Digital*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SILVEIRA, Rodrigo Maitto da; AMENDOLA, Antonio Carlos de Almeida. Qualificação de operações envolvendo *software* no Brasil à luz dos tratados contra a bitributação: visão da OCDE e prática brasileira. In: FARIA, Renato Vilela; SILVEIRA, Ricardo Maitto da; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo. *Tributação da Economia Digital*. São Paulo: Saraiva, 2018.

- TAMANAH, Rodolfo Tsunetaka. *Tributação e Economia Digital: análise do tratamento tributário dos rendimentos da computação em nuvem*. São Paulo: IBDT, 2020. v. XXX. (Série Doutrina Tributária)
- TORRES, Heleno Taveira. A qualificação dos serviços não técnicos como lucros de empresas nas convenções para evitar a dupla tributação. In: ROCHA, Sergio André; TORRES, Heleno (coord.). *Direito tributário internacional – homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- UN. *United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries*. 2017. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf. Acesso em: 8 jul. 2020.
- VASCONCELLOS, Roberto França de. Os desafios da tributação de operações internacionais na economia digital. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; BIANCO, João Francisco (coord.). *Estudos de Direito Tributário em homenagem ao Professor Gerd Willi Rothmann*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- XAVIER, Alberto. A tributação da prestação internacional de serviços, em especial de serviços técnicos e de assistência técnica. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 235. São Paulo: Dialética, 2015.

Reflexões sobre o Ingresso do Brasil na OCDE Pós-Pandemia COVID-19

Reflections on Brazil's entry into the OECD after the Pandemic COVID-19

José André Wanderley Dantas de Oliveira

Doutor em Direito Tributário (Universidade de Salamanca/Espanha – Título obtido com a Menção European Doctor da União Europeia). Mestre – Advanced Master in International Taxation (International Tax Center/Leiden University/Holanda). Professor Adjunto de Direito Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito do Recife (UFPE).

Resumo

Este artigo tem por objetivo apresentar os recentes avanços da dinâmica legislativa brasileira no desenvolvimento de sua política tributária internacional, mais notadamente na área dos preços de transferência, com vistas a ascender a membro efetivo da OCDE. Na sequência, realiza uma análise das vantagens e das desvantagens do ingresso do Brasil naquela organização; por fim, apresenta o contexto do Brasil atual e discute se, considerando essas características, ainda continuamos um país atrativo para ser membro efetivo daquela organização.

Palavras-chave: tributação internacional, preços de transferência, OCDE, conjuntura brasileira, pandemia COVID-19.

Abstract

This article aims to present the recent advances in the Brazilian legislative dynamics in the development of its international tax policy, most notably in the area of transfer pricing, with a view to becoming a full member of the OECD. Then, it performs an analysis of the advantages and disadvantages of Brazil's entry into that organization; finally, it presents the current Brazilian context and discusses whether considering these characteristics, we still remain an attractive country to be an effective member of that organization.

Keywords: international taxation, transfer pricing, OECD, Brazilian situation, pandemic COVID-19.

Introdução

Durante muito tempo, o Brasil foi cortejado pela OCDE para tornar-se membro desta organização. Ao final da primeira década deste século, o Brasil apresentava indicadores econômicos invejáveis, não obstante níveis de desenvolvimento sociais ainda modestos, mas em processo de melhora. Assim, necessitava de programas cada vez mais arrojados de recuperação de uma imensa massa de pobreza, reveladora de uma desigualdade social alarmante. Contudo, a partir de 2016, com a saída do Partido dos Trabalhadores do comando do Executivo Federal, o

polo da relação se inverteu e os novos gestores do Brasil passaram a se interessar por ingressar na OCDE. Novos tempos e, portanto, diferentes perspectivas.

Nesse novo cenário, quais as chances de o Brasil se alinhar satisfatoriamente às recomendações e às chamadas “boas práticas internacionais” ditadas pela OCDE? Até que ponto o Brasil de 2020 terá fôlego de se adequar ao *acquis* regulatório da OCDE e implantar todas as mudanças observadas como necessárias por esta organização¹? Especialmente no tema que nos ocupa, fiscalidade internacional, será que temos condições de nos alinhar aos padrões de tributação internacional e, notadamente, do controle fiscal dos preços de transferência determinados pelo padrão da OCDE?

Além disso, também devemos indagar: quais as vantagens e as desvantagens do ingresso do Brasil nesta organização? Destarte, tentamos aqui analisar essas possibilidades e ponderar o que seria tecnicamente mais viável.

Por fim, apresentamos o perfil do Brasil atual, para também tentar responder se ainda somos interessantes à OCDE, na qualidade de membro efetivo.

1. Direito Tributário brasileiro e as recomendações da OCDE – uma retrospectiva dos avanços recentes

Uma análise cuidadosa da dinâmica legislativa brasileira revela a existência de uma política tributária internacional independente, que busca preservar a soberania tributária². Essa política foi implementada, mais ou menos, nos últimos 25 anos, tendo como marco normativo a Lei n. 9.249/1995, que introduziu no país a tributação da renda em bases mundiais.

A política tributária internacional do Brasil apresenta, em particular: uma política de conclusão de tratados fiscais; a tributação baseada no Worldwide Income Tax; regra específica sobre o controle fiscal dos preços de transferência, disposta nos arts. 18 a 24 da Lei n. 9.430/1996; regras do CFC – art. 43, § 2º, do CTN, e art. 74 da MP n. 2.158/2001; a Lei n. 12.973/2014 – tributação da disponibilidade de lucros das subsidiárias no exterior (regra da Transparência Tributária Internacional); outras regras firmando compromisso com a transparência tributária internacional; regulamentação de subcapitalização, empréstimos e juros; o art. 9º da Lei n. 9.249/1995, e o art. 9º da Lei n. 10.426/2002, que tratam da sistemática de controle fiscal dos Juros sobre o Capital Próprio; normas sobre Paraísos Fiscais e Países com Tributação Favorecida; e regras de Assistência Mútua Interestatal e Intercâmbio de Informações.

¹ QUINONES, Natalia. The Birth of a New International Tax Framework. In: ROCHA, Sérgio André; CHRISTIANS, Allison. *Tax Sovereignty in the BEPS Era*. Amsterdam: Wolters Kluwer, 2017. Ver também: BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Adesão do Brasil a novos instrumentos da OCDE*. 6 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/17401-adesao-do-brasil-a-novos-instrumentos-da-ocde>. Acesso em: 15 ago. 2020.

² BRAUNER, Yariv. An Essay on BEPS, Sovereignty, and Taxation. In: ROCHA, Sérgio André; CHRISTIANS, Allison. Op. cit., p. 74 e 81.

Contudo, considerando o supracitado arcabouço normativo tributário brasileiro, devemos refletir e responder se existe um desalinhamento radical e perceptível entre os *Reports* da OCDE, especialmente os emanados das recomendações do Projeto BEPS³ e a Política Tributária Internacional do Brasil⁴. À primeira vista, devemos responder que não; porém, há notadamente duas áreas de exceção: soluções de controvérsia via arbitragem tributária e preços de transferência.

O Relatório Geral do Congresso da *International Fiscal Association* (IFA), realizado na cidade do Rio de Janeiro, em 2017, em síntese, ratificava a ideia de que: como regra geral, os países desenvolvidos e em desenvolvimento reconhecem as “Diretrizes do TPGL” da OCDE como uma influência significativa em suas regras. Nesse sentido, as discussões pós-BEPS incluem a necessidade de regras internas que introduzam o novo padrão e a sua efetiva aplicação.

Quando da discussão do Projeto BEPS, recapitulamos, apenas o Brasil apresentou regras significativamente divergentes do padrão da OCDE. A maioria dos países (desenvolvidos e em desenvolvimento) está, até certo ponto, comprometida com a implementação dos resultados do Projeto BEPS na área de preços de transferência. Apenas o relator uruguaio expressou preocupação com o papel da OCDE e seu impacto sobre a soberania fiscal dos países. Os países levantaram, ainda, preocupações sobre o aumento dos custos de *compliance*; também nesse sentido, as Administrações Tributárias ressaltaram que, no contexto da harmonização das normas da OCDE, é necessário considerar as capacidades institucionais, ou seja, a adaptação qualitativa e quantitativa das Administrações Tributárias.

Como tendência, podemos observar três aspectos que prevaleceram nas conclusões do Projeto BEPS: i) que o padrão *Arm's Length* (ALS) continuará sendo o padrão global para orientar a aplicação das regras de preços de transferência; ii) que as mesmas incertezas permanecem quanto ao escopo efetivo da ALS em relação às diversas operações, somadas à complexidade devido à aplicação da análise funcional e de risco; iii) que o princípio da prevalência da substância econômica sobre a forma legal vem se consolidando também no âmbito dos preços de transferência.

Na direção contrária, devemos recordar as históricas críticas ao princípio ALS, que apresenta várias fragilidades que comprometem sua efetividade como padrão de controle internacional de operações entre empresas associadas, a saber: a ausência de comparáveis razoáveis no mercado livre que efetivamente permitam a aplicação do princípio; os riscos de promover uma dupla tributação econômica; o seu grau de insegurança operacional e legal; e o alto custo de confor-

³ Sobre o Projeto BEPS da OCDE, ver: AVI-YONAH, Reuven S.; XU, Haiyan. Evaluating BEPS. In: ROCHA, Sérgio André; CHRISTIANS, Allison. Op. cit.

⁴ Sobre o tema, ver MINTZ, J. Is National Tax Policy viable in the Face of Global Competition? *Tax Notes International*, n. 1, v. 19, 1999, p. 100.

midade que gera para os contribuintes e as administrações tributárias. Além disso, as metodologias de cálculo para determinar o valor, sob condições normais de mercado, são completamente ineficientes para alocar adequadamente o chamado prêmio de eficiência do grupo de empresas transnacionais (ETN), como resultado da integração econômica, traduzida em retornos crescentes com economias de escala e efeitos sinérgicos.

Pesquisas⁵ recentes continuam identificando a sistemática dos preços de transferência como um potencial instrumento de planejamento tributário abusivo, capaz de provocar evasão fiscal mediante a transferência de rendas para jurisdições tributariamente mais interessantes, e isso ocorreria, especialmente, por meio da própria manipulação dos preços, bem como nas operações de captação de recursos intragrupo envolvendo juros e na localização estratégica de intangíveis.

Nessa dinâmica se estima que 40% dos lucros das empresas transnacionais se direcionam para paraísos fiscais. Esses lucros se movem simplesmente no papel; porém, não têm uma contrapartida de capital real, traduzida na efetiva comprovação da existência de uma produção de bens ou serviços.

Outro aspecto que merece atenção é que, nas conclusões do Projeto BEPS, está implícita a importância da assistência mútua interestatal e o intercâmbio de informações entre os Estados. Referida tarefa está formalizada na Ação 15 deste projeto e materializado no *Multilateral Convention to Implement Tax Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* ou, simplesmente, MLI. Contudo, devemos indagar: será que apenas maior cooperação e melhor informação podem resolver o problema? Seguramente, uma robusta malha de base de dados, determinante de informações mais precisas, pode ajudar, mas não é o suficiente. Ou seja, será que o MLI responderá pela eficácia esperada⁶⁻⁷?

Assim, em tempos de multilateralismo, considerando especificamente o âmbito dos preços de transferência, devemos refletir sobre se e em que medida o *Transfer Pricing Guidelines*, ratificado pelo BEPS, é relevante para o Brasil, consi-

⁵ ZUCMAN, Gabriel; TORSLOV, Thomas; WIER, Ludvig. The Missing Profits of Nations. Scientific Research – Prof. Gabriel Zucman (coord.). *UC Berkeley and NBER Review*, abr./2020.

⁶ Analisando esse tema, ver WANDERLEY DANTAS DE OLIVEIRA, José André. Asistencia mutua en el Derecho tributario con la finalidad de intercambio de información. In: GONZÁLEZ GARCÍA, E. (dir.). *Temas actuales de Derecho Tributario*. Barcelona: Bosch, 2005. p. 176-184; e, do mesmo autor, ver: Intercâmbio de informação como instrumento de preservação do tradicional modelo de tributação internacional. In: WANDERLEY DANTAS DE OLIVEIRA, José André; ROSENBLATT, Paulo (org.). *Direito Tributário – Comemoração dos 50 anos do Código Tributário Nacional – Estudos em Homenagem a Souto Maior Borges*. Recife: Nossa Livraria Editora, 2016. p. 239-273.

⁷ Ver também: BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Assuntos Internacionais – SAIN. *Fórum Global para Transparência e Troca de Informações Tributárias*. 2018b. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/cooperacao-internacional/forum-global-para-transparencia-e-troca-de-informacoes-tributarias>. Acesso em: 15 ago. 2020.

derando sua legislação doméstica sobre preços de transferência. Quais são os prós e contras?

Nesse contexto, avaliando a possibilidade de o Brasil tornar-se membro da OCDE, podemos observar que, nos últimos tempos, esta organização confirmou a adesão do Brasil em várias recomendações e instrumentos, hoje já alcançando cerca de 80⁸.

Contudo, lembremos, a histórica exposição de motivos da nossa lei de controle fiscal dos preços de transferência (Lei n. 9.430/1996) enunciava que:

“As normas contidas nos artigos 18 a 24 representam um significativo avanço da legislação nacional frente ao ingente processo de globalização experimentado pelas economias contemporâneas. No caso específico, em conformidade com as regras adotadas nos países integrantes da OCDE, se propõem normas que possibilitem o controle dos denominados ‘Preços de Transferência’ para evitar a prática, lesiva para os interesses nacionais, de transferência de resultados ao exterior, mediante a manipulação dos preços pactuados nas importações ou exportações de bens, serviços ou direitos, em operações com pessoas vinculadas residentes ou domiciliadas no exterior”.

Em 1997, logo após a edição da nossa norma de controle fiscal dos preços de transferência, o *Business and Industry Advisory Committee to the OECD (BIAC Comments on Tax Issues Involving Brazil and the Other Latin America Countries*, Paris, OECD Publications), expressou que: “Ainda que os métodos mencionados nestas regras pareçam estar influenciados pelo Informe sobre Preços de Transferência da OCDE (CUP, Cost Plus e Resale Price), eles estão longe de serem compatíveis com os conceitos internacionais (OCDE) e com as regras para a determinação e aplicação do princípio arm’s length”. Em síntese, a doutrina internacional alegava que o padrão brasileiro de controle fiscal dos preços de transferência foi, apenas, inspirado no TPGL/OCDE, mas não retratava a essência do ALS.

No entanto, devemos recordar que a norma interna brasileira desenvolveu um sistema de controle fiscal dos preços de transferência considerando que este:

- protege a base tributária brasileira, uma vez que as regras de preços de transferência exigem que as empresas transnacionais que fazem negócios

⁸ Notadamente na esfera tributária, podemos citar como principais exemplos: I) Recommendation of the Council concerning the Avoidance of Double Taxation with respect to Taxes on Estates and Inheritances and on Gifts; II) Recommendation of the Council to Facilitate Co-operation between Tax and Other Law Enforcement Authorities to Combat Serious Crimes; III) Recommendation of the Council on Implementing the Proposals contained in the 1998 Report on Harmful Tax Competition; IV) Recommendation of the Council on Counteracting Harmful Tax Competition; V) Recommendation of the Council on the Granting and Design of Tax Sparing in Tax Conventions; VI) Recommendation of the Council on the Use of Tax Identification Numbers in an International Context; VII) Recommendation of the Council concerning an OECD Model Agreement for the Undertaking of Simultaneous Tax Examinations; VIII) Recommendation of the Council concerning Tax Treaty Override; IX) Recommendation of the Council on Tax Avoidance and Evasion.

no Brasil utilizem para fins fiscais margens brutas, fixadas pela legislação, independentemente das características econômicas reais das transações controladas; e

- garante previsibilidade, pois um dos objetivos do sistema é reduzir a incerteza sobre a tributação dos lucros. Essa previsibilidade é essencial para atrair investimentos estrangeiros diretos, pois ajuda o contribuinte a avaliar a viabilidade de um investimento no Brasil.

Ademais, considerando esses fatores, o Brasil desenvolveu um sistema que apresenta duas características básicas: primeiro, garante estrita legalidade. Nesse sentido, a norma interna de controle fiscal de preços de transferência está em conformidade com a Constituição Brasileira, que limita os poderes discricionários da administração ao avaliar a responsabilidade e o cumprimento das obrigações tributárias por parte do contribuinte. Segundo, é prático, pois as regras brasileiras de preços de transferência minimizam os custos administrativos e de conformidade tanto para a administração quanto para os contribuintes. Isso é especialmente importante quando um país não tem uma administração tributária altamente especializada nesse tema, como foi o caso no Brasil quando as regras foram adotadas.

Em síntese, o modelo usa critérios fixos e objetivos, determinantes de praticidade. É um sistema baseado na objetividade e focado na segurança jurídica e na simplicidade de aplicação pela Administração Fiscal e pelo contribuinte. As regras estão em vigor há 25 anos com um nível de litigiosidade razoavelmente baixo. Justamente considerando sua praticidade, o modelo brasileiro deveria ser a base para a legislação em países emergentes e em desenvolvimento. De fato, o modelo brasileiro de controle fiscal dos preços de transferência é recomendado pelo comitê tributário da ONU para as economias emergentes.

Sobre o modelo brasileiro, merece observar a avaliação do Prof. Sol Picciotto (*Law School – Lancaster University UK*)⁹ que exclamou:

“O Brasil adotou suas próprias medidas no momento em que a OCDE estava decidindo as suas, isso em 1996. Trabalha com margens fixas, onde os auditores independentes não precisam fazer análise das empresas. É um método não ortodoxo, com regras parecidas com o próprio tratado, mas que está funcionando melhor. As regras brasileiras não são perfeitas, mas deveriam ser mais adotadas pelos países em desenvolvimento, uma vez que a OCDE está falhando com isso”.

Nesse mesmo fórum, o mesmo autor asseverou: “Considero que *seja adequado* o Brasil *não seguir as regras da OCDE*, que já mostrou *falhas desastrosas* em países como o México e a própria Índia” (grifos nossos).

⁹ PICCIOTTO, Sol. Evasão e Paraísos Fiscais. *Anais do Fórum Internacional Tributário*. São Paulo, jul./2018.

O Estado brasileiro, por meio de seus Ministérios, das Relações Exteriores e da Fazenda, especialmente, por meio da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, promoveu seminários temáticos junto com representantes da OCDE, auditores fiscais especializados como representantes da Administração Tributária Federal brasileira e especialistas da academia e da iniciativa privada, objetivando discutir as possibilidades de ajustes da norma brasileira de controle fiscal dos preços de transferência ao padrão da OCDE. Nesses eventos ficou patente que a norma interna, em certas situações, é vantagem para o Estado brasileiro e, em outros casos, para os contribuintes; contudo, em qualquer situação, as divergências com o modelo da OCDE, emanados do *Transfer Pricing Guidelines Report*, são verificáveis e dificultam o *compliance* das empresas que operam transnacionalmente com ramificações no Brasil¹⁰.

Entretanto, nos últimos anos, a agenda para o ingresso do Brasil como membro efetivo da OCDE, no que tange o controle fiscal dos preços de transferência, vem avançando. Destarte, podemos enunciar alguns tópicos relevantes que vêm sendo estudados pela Administração Tributária Federal, a saber: a análise da necessidade de introduzir, de maneira expressa, o Princípio ALS na legislação brasileira de preços de transferência; o estudo sobre a importância de harmonizar o conceito de empresas associadas e seus critérios determinantes da norma brasileira com os das Diretrizes da OCDE; o estudo sobre a possibilidade de incorporar métodos atuais de *commodities* e juros como casos particulares de CUP; o estudo sobre a importância de incorporar à norma brasileira a análise de comparabilidade, considerando a análise funcional dos ativos e dos riscos envolvidos na transação; a melhora da metodologia de cálculo das margens fixas, apresentando uma gama de margens por setores da economia; a busca da compatibilização do uso das margens fixas da norma brasileira com as Diretrizes TP da OCDE; a análise dos métodos de precificação de transferência expressa, incluindo métodos baseados em rentabilidade (PS/TNMM) estabelecidos nas Diretrizes TP da OCDE; o estudo sobre a introdução de regras de preços de transferência específicas para serviços e transações intangíveis, incluindo o tratamento de acordos de compartilhamento de custos; o exame da possibilidade de alterar as regras sobre dedutibilidade de *royalties* e assistência técnica, científica, ou similar entre partes relacionadas no contexto das regras de preços de transferência; o estudo sobre o estabelecimento de tratamento de preços de transferência para a reestruturação de negócios; o estudo sobre a viabilidade de adotar o método mais adequado de acordo com as circunstâncias do caso de forma objetiva, incluindo a criação de priorização na aplicação dos métodos; a melhoria dos *safe harbours*; a introdução de uma política de Acordos Prévios de Preços; o estudo sobre como estabele-

¹⁰ FERNANDES, José Augusto Coelho. O Brasil e a OCDE: uma visão sobre o sistema de acesso e o papel da participação empresarial. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, n. 132, 2017, p. 20-25.

cer obrigações acessórias alinhadas com as novas regras de preços de transferência, incluindo penalidades e políticas de *compliance*; e o estudo de como introduzir na lei o conceito de estabelecimento permanente, o tratamento tributário de suas atividades, incluindo a aplicação de regras de preços de transferência.

A partir de 2017, considerando a concreta inclinação política dos gestores do Executivo Federal da época¹¹⁻¹², em relação ao Brasil tornar-se membro efetivo da OCDE, a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil desenvolveu um projeto conjunto com esta organização, o qual foi lançado em fevereiro de 2018. Os trabalhos duraram 15 meses e o relatório inicial foi apresentado em Brasília, em 18 de dezembro de 2109.

O relatório intitulado *Preços de Transferência no Brasil – Convergência para o Padrão OCDE – Destaques*¹³ analisa as semelhanças e as diferenças entre as regras de preços de transferência do Brasil e as Diretrizes da OCDE sobre Preços de Transferência para Empresas Multinacionais e Administrações Tributárias, que estabelecem o padrão de consenso internacional sobre a sistemática de controle fiscal dos preços de transferência.

O relatório, além de buscar o alinhamento do Brasil com o padrão da OCDE, simultaneamente procura aperfeiçoar as características positivas do modelo de preços de transferência brasileiro. Contudo, é patente que em ambas as opções será rigorosamente observada a total aderência ao Princípio ALS, que é a essência do padrão da OCDE. Outros objetivos, como a preservação da simplificação, a manutenção da facilidade de conformidade tributária e a eficácia da administração tributária, bem como a segurança jurídica tributária internacional, também são elementos de preocupação do projeto e que devem ser perseguidos.

Atualmente o projeto encontra-se na segunda fase, que tem como objetivo preparar uma proposta de modelo do sistema e um plano para sua implementação¹⁴.

Recentemente, ao início de agosto de 2020, a Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil e a OCDE lançaram, em mais uma iniciativa conjunta, pesquisa sobre medidas de simplificação que possam contribuir para ampliar a segurança

¹¹ BRASIL. Presidência da República. *Carta Brasileira de pedido de acesso à OCDE*. 2017. Disponível em: <http://www.regulacao.gov.br/brasil-ocde/carta-brasileira-de-pedido-de-adesao-a-ocde/carta-do-brasil-enviada-a-ocde.pdf/view>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹² BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Assuntos Internacionais. *O histórico da OCDE e a recente aproximação entre o Brasil e o organismo internacional*. 2018c. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/cooperacao-internacional/ocde>. Acesso em: 20 abr. 2018.

¹³ OCDE. *Preços de Transferência no Brasil – Convergência para o Padrão OCDE – Destaques*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/precos-de-transferencia-no-brasil-convergencia-para-o-padrao-ocde-folheto.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.

¹⁴ Mais informações sobre o projeto podem ser encontradas em: OCDE. *Transfer Pricing in Brazil: Towards Convergence with the OECD Standard*. Disponível em: <http://oe.cd/TPbrasil>. Acesso em: 15 ago. 2020.

jurídica na aplicação do novo modelo de regras de preços de transferência. A ação é mais uma etapa do projeto conjunto de análise da sistemática de controle fiscal dos preços de transferência desenvolvido pela OCDE e o Brasil, lançado em fevereiro de 2018, com a intenção de revisar e analisar as diferenças nas regras brasileiras em comparação ao padrão da OCDE.

Com vistas a facilitar a participação dos contribuintes, foi preparado um documento de pesquisa contendo 17 questões, exemplificando situações e necessidades específicas, com o objetivo de possibilitar a identificação de cenários que constatem a necessidade de aplicação de medidas que fortaleçam a segurança jurídica em matéria tributária e facilitem o *compliance* por parte das empresas¹⁵. Genericamente, a pesquisa busca informações relativas “às circunstâncias em que os futuros regimes de *safe harbour* e/ou estruturas de APA específicas do setor devem ser desenvolvidos no Brasil e dar a partes interessadas a oportunidade de relatar suas necessidades específicas com base na sua experiência com questões específicas”.

2. O que o Brasil ganha e o que perde entrando na OCDE

Deliberadamente se fala da importância do ingresso do Brasil na OCDE, como se essa entrada fosse a certeza indiscutível da obtenção de vantagens. Contudo, tecnicamente, é importante realizar uma análise coerente sopesando as verdadeiras vantagens e desvantagens. Então, de forma objetiva, passemos a discutir os principais aspectos; afinal, o que o Brasil ganha ou perde aderindo à OCDE¹⁶?

2.1. Vantagens na adesão à OCDE

Como vantagens resultantes do ingresso do Brasil na OCDE, em tese, são apontados basicamente três aspectos: maior facilidade na atração de investimentos estrangeiros diretos e captação de empréstimos e financiamentos internacionais a juros baixos; auxílio técnico especializado no desenvolvimento estratégico de programas para dar eficácia a políticas públicas; e ter voz nas discussões que definem padrões internacionais¹⁷.

A OCDE é uma instituição com sede em Paris, criada em 1961, e reúne 37 países-membros, a maioria economias desenvolvidas ou economias com potencial

¹⁵ Os interessados devem enviar comentários até o dia 18 de setembro de 2020 para os *e-mails*: cotin.df.cosit@rfb.gov.br ou TP.Brazil@oecd.org. Mais informações sobre o projeto podem ser encontradas em: <http://oe.cd/TPbrazil>.

¹⁶ Para uma visão geral de vantagens e desvantagens do ingresso do Brasil na OCDE, ver: THORSTENSEN, Vera; NOGUEIRA, Thiago Rodrigues São Marcos (coord.). *Brasil a caminho da OCDE: explorando novos desafios*. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2020. p. 10-44.

¹⁷ Ver COZENDEY, Carlos Marcio. O pedido de adesão do Brasil à OCDE: Aceder a quê? Aceder por quê? *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, n. 132, 2017, p. 26-32.

de desenvolvimento. É apontada como o “clube dos ricos”, não obstante o ingresso de alguns países emergentes. Notadamente, Chile, México e Colômbia são os únicos representantes da América Latina. A OCDE enfaticamente defende a democracia representativa e a economia de mercado.

Ela desenvolve um papel importante como centro de pesquisa e produção de relatórios orientados para criar e melhorar políticas públicas. Assim, é um fórum internacional que realiza estudos e auxilia no desenvolvimento de seus países-membros, promovendo iniciativas direcionadas à estabilidade econômico-financeira e à melhoria de indicadores sociais.

Considerando a chancela ao início do processo de entrada, o Brasil passará a ser avaliado por comissões temáticas quanto ao cumprimento de recomendações da OCDE em diversos setores, tais como: meio ambiente, saúde, educação, responsabilidade fiscal, combate à lavagem de dinheiro e, claro, estrutura do sistema tributário. Essa avaliação é um procedimento que pode levar, em média, de 3 a 5 anos.

O Brasil vem cooperando como país convidado da instituição desde os anos 1990. A OCDE tem 253 instrumentos jurídicos, que são recomendações e decisões, e atualmente o Brasil já aderiu a cerca de 80 desses instrumentos, o que representa cerca de 30%.

Para uma corrente de economistas, a adesão do Brasil à OCDE funcionaria como uma espécie de “selo de qualidade” na economia, o que, em tese, poderia atrair investimentos e melhorar a nota do Brasil com consultorias que avaliam o risco de o quanto é seguro e garantido a inversão de recursos diretos para empreendimentos no país avaliado. Ressaltamos que muitos fundos de investimentos estrangeiros possuem regras internas que dificultam a aplicação de recursos em países que não integram a OCDE. Por isso, a entrada do Brasil nessa organização poderia representar novas e melhores oportunidades de negócios, bem como uma maior facilidade para a captação de empréstimos bancários internacionais a juros mais baixos.

A OCDE também conta com um setor especializado de tratamento de dados, que os transforma em ricas fontes de informações estatísticas; assim, a organização faz uma série de análises do comportamento de seus países-membros. Destarte, o ingresso na OCDE também poderia melhorar o grau de qualidade das estatísticas que são produzidas sobre o Brasil, fato que influenciaria positivamente o grau de confiabilidade do país.

Ainda, a OCDE tem um corpo técnico extremamente especializado, que produz relevantes pesquisas sobre políticas públicas em várias áreas, como saúde, educação, infraestrutura, saneamento básico etc. Esses estudos servem para orientar iniciativas internas nos países-membros; portanto, o Brasil poderia utilizar essas experiências para desenvolver estratégias de melhoria de indicadores econômicos e sociais, como base para a implementação de melhores práticas de políticas públicas. Ainda nesse contexto, a OCDE realiza um trabalho de assistên-

cia, comparação e aperfeiçoamento de políticas públicas que pode representar uma ferramenta de grande auxílio à gestão da máquina estatal.

Ainda, um país-membro pode influenciar a decisão sobre as áreas que a organização deve priorizar em suas análises. Ou seja, se o país deseja focar em investimentos de saneamento básico, poderia eventualmente pressionar por pesquisas e avaliações de políticas públicas sobre esse tema na OCDE.

Por congregarem os países mais influentes do mundo, as resoluções adotadas pela OCDE acabam se tornando uma referência internacional, verdadeiros instrumentos de *soft law*. Como membro da organização, o país passa a ser aceito como cumpridor dessas normas, consideradas as “melhores práticas”, bem como tem a oportunidade de participar das discussões que definem esses padrões, podendo eventualmente evitar o estabelecimento de exigências que seriam prejudiciais ao país.

Sobre o pacote de supostas vantagens elencadas, passamos a fazer algumas reflexões. À primeira vista, sem dúvida, todas são bem atrativas; contudo, ponderamos: quando o Brasil, ao final da década inicial do século XXI, despontou como a sexta maior economia do mundo, quase encostando na quinta, apresentava fundamentos macroeconômicos sólidos e não tinha dificuldades de atração de investimentos estrangeiros diretos, bem como de captação de recursos no mercado internacional, pelo contrário, na crise de 2008, passou a emprestar ao Fundo Monetário Internacional, tornando-se credor deste; nessa época não era membro da OCDE, mas essa condição não o fez deixar ser atraente a inversão estrangeira direta nem implicou dificuldades para captar recursos no mercado internacional.

Não obstante, reconhecermos a importância de auxílio técnico especializado no desenvolvimento estratégico de programas, para dar eficácia a políticas públicas, promovido pela OCDE, bem como a possibilidade de troca de ricas experiências com outros países-membros e, ainda, a chance de eventualmente pressionar por pesquisas e avaliações de políticas públicas que interessem ao Brasil e possam ser desenvolvidas no âmbito da OCDE; argumentamos que existem vários outros organismos e universidades internacionais extremamente qualificados e organizações não governamentais (ONGs) que também realizam esse mesmo papel e que, inclusive, já vivenciam parcerias com vários órgãos públicos brasileiros e apresentam resultados, igualmente, de alto nível. Destarte, essas parcerias são satisfatórias ao Brasil. A seu turno, ingressar na OCDE como membro efetivo determina, irremediavelmente, em contrapartida, assumir de forma compulsória outras rígidas obrigações.

Além disso, o Brasil pode continuar acompanhando e cumprindo as chamadas “melhores práticas” disseminadas pela OCDE por meio de seus instrumentos de *soft law*, mesmo sem ser membro da organização. Por sua vez, mesmo que membro efetivo fosse, qual a garantia de que a oportunidade de participar de discussões definidoras de padrões internacionais evitaria o estabelecimento de exigências prejudiciais ao Brasil? Isso é uma incógnita, pois quem garante que

as demandas efetivas de países em desenvolvimento seriam apreciadas coerentemente, considerando que estes são minoria no clube dos países ricos? Afinal, apenas integrar a OCDE não é garantia de que o Brasil será ouvido e terá capacidade de influenciar decisões, pois até que ponto um país emergente, mas com históricos de graves problemas estruturais na sua consistência de desenvolvimento econômico e social, vai ter, efetivamente, uma voz alta e ouvida, uma voz própria e a oportunidade de se colocar nesse debate?

Devemos ressaltar que não é suficiente ser membro efetivo. Dentro da organização existem *status* diferenciados, em função de um conjunto de atributos apresentados, daí a proporcional importância dessa confiança conferida pelos outros Estados naquilo que você transmite, que tecnicamente atende por *soft power*, ou seja, a capacidade ou o poder de influenciar decisões internacionais por prestígio, conceito, reconhecimento, sem, contudo, necessitar usar força bélica ou econômica. No Brasil atual, não temos *soft power*, nem força bélica; e, assim como a economia internacional, a nossa também não apresenta um viés otimista de crescimento. Ou seja, para o Brasil, o suposto pacote de vantagens, motivador à participação como membro efetivo da OCDE, em verdade, não se revela atraente.

Infelizmente, com a intenção de ingressar na OCDE, o Brasil fez uma série de concessões importantes aos Estados Unidos ao longo de 2019. Entre essas ações estão a eliminação de visto para americanos que visitam o país, a renúncia ao tratamento diferenciado que o Brasil tinha em negociações na Organização Mundial do Comércio (OMC) e, mais recentemente, o apoio à ação militar dos EUA que resultou no assassinato do general iraniano Qasem Soleimani, no Iraque. Contudo, especialistas na área das relações internacionais observam que esses afagos do Brasil aos EUA vêm acontecendo de forma desequilibrada, considerando que o Brasil vem cedendo sem receber nada substancial em troca, pois, até então, de concreto, ainda não recebemos nada em contrapartida.

2.2. Desvantagens do ingresso do Brasil na OCDE

Como desvantagens resultantes do ingresso do Brasil na OCDE, em tese, também podemos apontar alguns aspectos, a saber: o processo de ingresso é custeado pelo país que quer aderir à organização e isso são gastos que duram em média de 3 a 5 anos; após ingressar existe o pagamento anual de uma contribuição obrigatória; a perda da flexibilidade do uso de instrumentos para gerir a economia; renúncia ao tratamento diferenciado na OMC.

Ser membro desse clube não sai de graça, vale a ressalva. Se a adesão do Brasil à OCDE vingar, este terá que realizar uma contribuição obrigatória anual para ajudar a financiar o orçamento da instituição. Essa contribuição obrigatória considera no cálculo o tamanho do Produto Interno Bruto (PIB); ademais, contribuições voluntárias também podem ser realizadas.

Como exemplo de contribuição obrigatória, podemos apresentar a do México, que é de aproximadamente US\$ 5,5 milhões. Considerando que o Brasil tem

um PIB comparativamente maior, é coerente estimar que teríamos que fazer um investimento proporcionalmente maior que o dos mexicanos. Destacamos que, no caso dos Estados Unidos, maior financiador da organização, a soma ultrapassa US\$ 80 milhões anuais.

Caso o Brasil inicie o processo de ingresso na OCDE, as ações do país em várias áreas, como meio ambiente, educação, saúde e gestão fiscal, serão analisadas por comissões temáticas. Os custos dessa fase de negociação e avaliação, que pode durar até 5 anos, também são arcados pelo Brasil. Portanto, o processo de adesão à OCDE determinará expressivos gastos para o país.

Ainda, ser membro da OCDE significa comprovar a adesão à maioria das recomendações efetuadas pela organização em diferentes áreas, sobretudo a macroeconômica. Isso significa que o Brasil vai ter de se curvar às orientações sobre o grau de interferência do Estado na economia, notadamente no uso dos instrumentos mais nobres da gestão macroeconômica, quais sejam as práticas relacionadas a controle de taxa de juros e de taxa de câmbio, do equilíbrio do orçamento fiscal e sobre a tributação de capital estrangeiro.

Por conseguinte, na prática, fazer parte da OCDE significa limitar a liberdade que o governo tem de gerir a economia, porque essa organização internacional tem como princípios fundamentais a intervenção mínima do Estado e liberalização do fluxo de capitais. Lembremos, o controle sobre a entrada e a saída de dinheiro no Brasil já foi usado, por exemplo, para conter os efeitos da crise internacional de 2008. Naquela época, o Brasil aumentou o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) para diminuir o ingresso de capital especulativo, ou seja, de recurso que não representa investimento de longo prazo e que pode sair a qualquer momento do país, causando quedas na bolsa e valorizações ou desvalorizações imprevistas do real frente ao dólar.

Ingressar na OCDE significa obedecer a certos padrões. A organização é contrária a medidas como essa e se opõe a controles sobre importações e taxas de câmbio controlando o fluxo de capitais em momentos de crise. Esses são instrumentos que o Brasil e qualquer país podem se valer para se protegerem em épocas de crises econômicas internacionais, os quais, repetimos, já foram utilizados no passado em momentos de turbulência. Portanto, sendo membro da OCDE, se em algum momento o país tiver um ataque especulativo ou se quiser evitar uma (des)valorização muito grande de sua moeda, não vai poder impor uma taxaçoão sobre entrada de capital, por exemplo.

Destacamos que esse tipo de estratégia relacionada ao controle de capitais já foi muito usado por países asiáticos, como a Coreia do Sul, e também por vizinhos, como o Chile, que é visto como um país de perfil liberal. Essas medidas trazem uma estabilidade de câmbio, um atributo importante do ponto de vista macroeconômico, tanto para o exportador como para o importador.

Contudo, no elenco de concretas desvantagens, devemos apontar como concessão de maior potencial de impacto econômico negativo a renúncia ao trata-

mento diferenciado, como país em desenvolvimento, nas negociações da OMC. Ponderamos, será que os ganhos de ingressar na OCDE compensam essa concessão? Para muitos analistas, não.

A OMC autoriza benefícios para países emergentes em negociações com Estados desenvolvidos. No caso do Brasil, tínhamos, por exemplo, um prazo mais dilatado para cumprir determinações e margem maior para proteger produtos nacionais.

Havia também um conjunto de vantagens em termos de compras de produtos com conteúdo local por parte do setor público e uma série de benefícios tarifários, em função da condição de país em desenvolvimento. Abrimos mão dessas importantes vantagens para entrar na OCDE, sem termos praticamente nenhuma garantia do outro lado. Vale destacar que isso pode prejudicar muito o Brasil do ponto de vista do comércio, da indústria e do próprio processo de desenvolvimento.

Essa decisão também causará um impacto direto nas futuras negociações comerciais internacionais brasileiras, bem como afetará a relação com países do BRICS (grupo formado por Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul). Isso, justamente, pelo fato de que esses países vão acabar sendo mais pressionados a também renunciar ao tratamento diferenciado após a decisão brasileira. Nesse particular, e perfeitamente compreensível, já observamos a Índia retaliando o Brasil. Na OMC, a Índia vetou recentemente a nomeação de um embaixador brasileiro para negociar questões na área de pesca. Este veto foi vinculado precisamente às tratativas realizadas entre EUA e Brasil, por sua entrada na OCDE.

3. O Brasil de 2020: breves notas sobre sua estrutura, conjuntura e dicotomias

No Brasil de anos bem recentes, temos observado que desde a Ditadura Militar (1964-1985), nunca houve tanto anacronismo na preservação dos direitos fundamentais como agora. Passamos por um momento de radicais retrocessos no campo dos direitos humanos¹⁸. A vida parece não valer muito. A eliminação sumária de suspeitos ou mesmo de cidadãos insuspeitos, como os nove jovens assassinados pela Polícia Militar de São Paulo na favela de Paraisópolis, na madrugada de 1º de dezembro de 2019, é um exemplo. No Rio de Janeiro, também em 2019, seis crianças foram mortas por “balas perdidas”.

A demarcação de terras não é respeitada, são invadidas por mineradoras, madeireiras e empresas agropecuárias. Vários indígenas são assassinados, entre eles o líder Paulo Paulino Guajajara, no Maranhão, em 1º de novembro de 2019, por liderar a defesa da reserva de seu povo da ação de madeireiros ilegais. Igual-

¹⁸ Ver TORRES, Ricardo Lobo. Direitos Humanos e Estatuto do Contribuinte. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.) *Tratado de Direito Tributário*. Lima: Palestra, 2003. p. 160-161.

mente, os casos de feminicídio se multiplicam; no Brasil, a cada quatro minutos, uma mulher é violentada e muitas vezes assassinada.

Atualmente, o País conta com mais de 14 milhões de desempregados, e o salário mínimo que vigora em 2020 foi reduzido duas vezes pelo governo federal.

No campo da liberdade de imprensa, a mídia que critica o governo é sabotada mediante o cancelamento de anúncios oficiais, e sofrem ameaças as empresas privadas que nela fazem publicidade de seus produtos. Especialmente nas instituições de ensino públicas, alunos são incentivados a delatar professores que não comungam das ideias do Planalto.

O mercado de armas e munições é estimulado pelo governo que, por sua vez, nunca condenou a atuação das milícias paramilitares que, ao arripio da lei, disputam territórios com o narcotráfico e realizam um poder paralelo nas periferias dos grandes centros urbanos.

No campo da preservação ambiental, os direitos da natureza também são violados. A Floresta Amazônica é incendiada criminosamente para abrir espaço ao gado e à soja, enquanto o presidente da República declara que as queimadas são apenas “um problema cultural”. Nos problemas ambientais, infelizmente, a Justiça atua de maneira reprovável, com muita morosidade e leniência para punir os responsáveis, como nas tragédias resultantes do rompimento das barragens de Mariana (MG), em 2015, e Brumadinho (MG), em 2019, que ceifaram 382 vidas. E o desastre ambiental do óleo derramado no litoral brasileiro não é saneado com a urgência e o rigor que a situação exige.

Sobre a pauta do clima e da preservação do meio ambiente, o Brasil encontra-se num grau de atraso abissal, pois não cumprimos as regras internacionais impostas a ela. Contudo, seremos forçados a seguir as práticas regulatórias não apenas por uma questão de obrigatoriedade, mas também por representar interesses legítimos da comunidade internacional. Esse, verdadeiramente, é um tema de preocupação e empenho dos mais diversos países e não sairá nem tão cedo da agenda global. Pelo contrário, após a pandemia, esses temas ficarão ainda mais intensos, com questões ligadas à alimentação e à saúde, por exemplo. O Brasil é exportador de produtos primários e sabemos que medidas de cautela e restrição serão tomadas por países importadores. E o que estamos fazendo para nos adequar?

Para a comunidade internacional, o meio ambiente é um “bem”, temos de saber valorizar o bem ambiental, pois não trabalhar para preservá-lo é um crime, e nele intervir erroneamente é ajudar a aumentar a sua destruição. Considerando a atual política ambiental brasileira, podemos começar a enfrentar uma oposição, especialmente dos parlamentos europeus. Precisamos apresentar uma nova política agrícola, bem como resultados concretos de redução de desmatamento, controle de queimadas e garimpo ilegal. Só o discurso não é válido, temos de recuperar nossa credibilidade por meio de resultados concretos e compatíveis com as demandas da comunidade internacional.

Segundo dados da Fundação Getulio Vargas, em dez anos, o Brasil tirou 30 milhões de pessoas da linha da pobreza. Contudo, entre 2015 e 2017, 6,3 milhões de pessoas retornaram à miséria. Nos últimos três anos, a pobreza voltou a crescer e aumentou 33%. Conforme dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 58,4 milhões de pessoas vivem hoje, em 2020, abaixo da linha de pobreza, com renda mensal inferior a R\$ 406,00. O tecido social que compõe a camada de baixa renda brasileira, que passou por um processo de recuperação, no período de 1995 a 2016, rapidamente se esgarça. A lista de excluídos só aumenta: entre 2016 e 2017, subiu de 25,7% para 26,5, o que significa a exclusão de quase 2 milhões de pessoas. Conforme esses dados, 55 milhões de brasileiros passam por graves privações, dos quais 40% estão no Nordeste. Simultaneamente, no mesmo período, a renda *per capita* dos brasileiros ricos subiu 3%, e a da camada pobre decresceu 20%¹⁹.

No campo da saúde, muitas doenças já erradicadas, tais como sarampo, febre amarela e hepatite, retornaram e num grau alarmante, e a mortalidade infantil voltou a avançar sobre as famílias mais pobres²⁰.

Especificamente em relação ao enfrentamento da pandemia do coronavírus (COVID-19), recordamos que o primeiro caso registrado no país aconteceu dois meses após o vírus aparecer na China. Quando anunciamos a primeira morte, em meados de março, a COVID-19 já tinha abatido a Itália.

O Brasil, na sua dimensão federativa, considerando o Executivo federal, os estaduais e municipais, teve tempo para planejar uma ação coordenada; ademais, conta com o Sistema Único de Saúde (SUS), referência internacional e premiada pela ONU, a postos em todas as unidades da federação, para realizar uma ação/reação eficiente. Mas, infelizmente, não o fez. Igualmente, não foi por ausência de recursos que se deixou de combater o COVID-19, não obstante a crise orçamentária fiscal, pois agora se gasta dezenas de bilhões de reais em auxílio emergencial, mas continuamos sem um planejamento preventivo, organizado e baseado em fundamentos científicos.

Infelizmente, o maior responsável pela tragédia de mais de 100 mil mortes no Brasil é o chefe do Executivo federal, o senhor Presidente da República. Este não liderou uma ação nacional coordenada, negou a gravidade da pandemia, promoveu aglomerações e receitou falsas terapias, como o uso da cloroquina. Em contrapartida, colheu oito casos de ministros infectados (outro provável recorde mundial), além de si próprio e da primeira-dama.

O mundo ainda não dispõe nem de tratamento nem de vacina, mas infeliz da nação que nem mesmo pode contar com um presidente e um ministro da saúde efetivo neste momento de caos sanitário e luto.

¹⁹ Checar relatórios do IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/>. Acesso em: 15 ago. 2020.

²⁰ SOCIEDADE Brasileira de Imunizações. *Revista Imunizações SBIm*, n. 3, v. 12, ago./2019. Disponível em: <https://sbim.org.br/images/revistas/revista-imuniz-sbim-v12-n3-2019.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.

Somos uma nação rica sim, e muito rica, verdadeiramente geradora de riqueza, mas extremamente injusta, plasmada num histórico e crônico processo de desigualdade social e concentração de renda. No entanto, lembramos: ser um país rico não significa ser um país desenvolvido²¹. Em 2019, o PIB brasileiro alcançou R\$ 6,3 trilhões, montante suficiente para garantir R\$ 30 mil *per capita*/ano para cada um dos 210 milhões de habitantes. Ou R\$ 10 mil por mês para cada família de 4 pessoas.

A defesa dos direitos humanos, a luta pela erradicação da pobreza aguda e a eliminação das desigualdades sociais não é coisa de comunista, mas de pessoas civilizadas. Pena daqueles que não entendem essa mensagem, que não conseguem enxergar a importância da garantia dos direitos fundamentais aos pobres. Isso sim deve ser observado como um dos mais elevados marcos jurídicos e morais de nosso avanço civilizatório, pois são irrevogáveis e irrenunciáveis²².

Enfim, considerando esse panorama de vários aspectos negativos da estrutura econômica, social, sanitária e ambiental do Estado brasileiro, será que, mesmo assim, ainda há interesse por parte da OCDE de que lá ingresse²³? Em nossa opinião, por incrível que pareça, sim, pois somos um país de imenso potencial econômico e, para o mundo capitalista neoliberal, mais um território a ser conquistado por sua mão invisível e interesses subjacentes²⁴.

Conclusão

Restringindo ao âmbito tributário, o Brasil vem desde 2017, quando realizou o seu pedido formal de ingresso à OCDE, patrocinando uma série de estudos conjuntos com técnicos da organização, bem como promovendo eventos públicos reunindo especialistas, com a intenção de atualizar e conciliar as suas normas tributárias internas, especialmente aquelas que determinam o controle fiscal dos preços de transferência ao padrão da OCDE. Nisso temos avançado e muito possivelmente conseguiremos chegar a uma convergência satisfatória.

²¹ Ver BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *O Brasil no G-20*. 2018. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15586-brasil-g20>. Acesso em: 15 ago. 2020.

²² Tratando com muita propriedade o tema do uso do poder e os aspectos da ética na nova ordem mundial, ver: FONSECA JR., Gelson. *A legitimidade e outras questões internacionais: poder e ética entre as nações*. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

²³ Ver GRIFFITHS, Richard T. (ed.). *Explorations in OEEC History*. OECD: Paris, 2009. (OECD Historical Series). Disponível em: <http://www.oecd.org/economy/explorations-in-oeec-history-9789264067974-en.htm>. Acesso em: 15 ago. 2020.

²⁴ Ver WOODWARD, Richard. Towards complex multilateralism?: civil society and the OECD. In: MAHON, Rianne; MCBRIDE, Stephen. (ed.). *OECD and transnational governance*. Vancouver: UBC Press, 2008. p. 77-95. Ver também ROCHA, Sérgio André. The Other Side of the BEPS. In: ROCHA, Sérgio André; CHRISTIANS, Allison. Op. cit.

No entanto, quando analisamos as vantagens e as desvantagens de ingressarmos na OCDE, no conjunto de perdas e ganhos, a balança pende para o lado que não nos estimula a participar como membro efetivo daquela organização. Destacamos, especialmente, dois fatores. Primeiro, devemos ter em mente que não somos um país desenvolvido e, especialmente no campo da gestão macroeconômica, limitaríamos muito o nosso espaço de liberdade para utilizarmos determinados instrumentos de política monetária, cambial e fiscal (administração da taxa de juros, da taxa de câmbio e do orçamento fiscal), fundamentais para a gestão de políticas públicas, notadamente em períodos de crise. Segundo, a renúncia ao tratamento mais benéfico dado pela OMC a países em desenvolvimento. Isso não é uma decisão inteligente, pois afeta diretamente e de forma negativa as relações comerciais do Brasil com o exterior.

Quanto ao Brasil ser ou não atrativo, em virtude de seu contexto e complexidades de natureza política, econômica, sociais e ambientais extremamente preocupantes, opinamos ponderando que esse pacote de problemas, desde que administrável à maneira neoliberal da OCDE e dos interesses dos países que nessa organização efetivamente dão as cartas, seria perfeitamente contornável, pois somos sim um território de imenso potencial econômico em todos os sentidos.

Por aqui, já contamos com mais de cem mil mortos pela COVID-19, e sem direito a luto. Mas, nos EUA, supostamente o principal patrocinador do ingresso do Brasil na OCDE, esse número também já ultrapassa os 165 mil. Lá, a vida parece também não valer muito, mas as possibilidades econômicas sim. Então, venha, Brasil, a OCDE te espera.

Referências bibliográficas

AVI-YONAH, Reuven S.; XU, Haiyan. Evaluating BEPS. In: ROCHA, Sérgio André; CHRISTIANS, Allison. *Tax Sovereignty in the BEPS Era*. Amsterdam: Wolters Kluwer, 2017.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Assuntos Internacionais – SAIN. *Fórum Global para Transparência e Troca de Informações Tributárias*. 2018b. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/cooperacao-internacional/forum-global-para-transparencia-e-troca-de-informacoes-tributarias>. Acesso em: 15 ago. 2020.

_____. Ministério da Fazenda. Secretaria de Assuntos Internacionais. *O histórico da OCDE e a recente aproximação entre o Brasil e o organismo internacional*. 2018c. Disponível em: <http://www.sain.fazenda.gov.br/assuntos/politicas-institucionais-economico-financeiras-e-cooperacao-internacional/ocde>. Acesso em: 15 ago. 2020.

_____. Ministério das Relações Exteriores. *Adesão do Brasil a novos instrumentos da OCDE*. 6 de setembro de 2017. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/notas-a-imprensa/17401-adesao-do-brasil-a-novos-instrumentos-da-ocde>. Acesso em: 15 ago. 2020.

- _____. Ministério das Relações Exteriores. *O Brasil no G-20*. 2018. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15586-brasil-g20>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- _____. Presidência da República. *Carta Brasileira de pedido de acesso à OCDE*. 2017. Disponível em: <http://www.regulacao.gov.br/brasil-ocde/carta-brasileira-de-pedido-de-adesao-a-ocde/carta-do-brasil-enviada-a-ocde.pdf/view>. Acesso em: 20 abr. 2018.
- BRAUNER, Yariv. An Essay on BEPS, Sovereignty, and Taxation. In: ROCHA, Sérgio André; CHRISTIANS, Allison. *Tax Sovereignty in the BEPS Era*. Amsterdam: Wolters Kluwer, 2017.
- COZENDEY, Carlos Marcio. O pedido de acesso do Brasil à OCDE: Aceder a quê? Aceder por quê? *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, n. 132, 2017.
- FERNANDES, José Augusto Coelho. O Brasil e a OCDE: uma visão sobre o sistema de acesso e o papel da participação empresarial. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, n. 132, 2017, p. 20-25.
- FONSECA JR., Gelson. *A legitimidade e outras questões internacionais: poder e ética entre as nações*. São Paulo: Paz e Terra, 1998.
- GRIFFITHS, Richard T. (ed.). *Explorations in OEEC History*. OECD: Paris, 2009. (OECD Historical Series). Disponível em: <http://www.oecd.org/economy/explorations-in-oeec-history-9789264067974-en.htm>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- MINTZ, J. Is National Tax Policy viable in the Face of Global Competition? *Tax Notes International*, n. 1, v. 19, 1999.
- OCDE. Preços de transferência no Brasil – Convergência para o Padrão OCDE. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/precos-de-transferencia-no-brasil-convergencia-para-o-padrao-ocde-folheto.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2020.
- _____. *Transfer Pricing in Brazil: Towards Convergence with the OECD Standard*. Disponível em: <http://oe.cd/TPbrazil>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- PICCIOTTO, Sol. Evasão e paraísos fiscais. *Anais do Fórum Internacional Tributário*. São Paulo, jul./2018.
- QUINONES, Natalia. The Birth of a New International Tax Framework. In: ROCHA, Sérgio André; CHRISTIANS, Allison. *Tax Sovereignty in the BEPS Era*. Amsterdam: Wolters Kluwer, 2017.
- ROCHA, Sérgio André. The Other Side of the BEPS. In: ROCHA, Sérgio André; CHRISTIANS, Allison. *Tax Sovereignty in the BEPS Era*. Amsterdam: Wolters Kluwer, 2017.
- SOCIEDADE Brasileira de Imunizações. *Revista Imunizações SBIm*, n. 3, v. 12, ago./2019. Disponível em: <https://sbim.org.br/images/revistas/revista-imuniz-sbim-v12-n3-2019.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2020.
- THORSTENSEN, Vera; NOGUEIRA, Thiago Rodrigues São Marcos (coord.). *Brasil a caminho da OCDE: explorando novos desafios*. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2020.

- TORRES, Ricardo Lobo. Direitos Humanos e Estatuto do Contribuinte. In: CARVALHO, Paulo de Barros (coord.). *Tratado de Direito Tributário*. Lima: Palestra, 2003.
- WANDERLEY DANTAS DE OLIVEIRA, José André. Asistencia mutua en el Derecho tributario con la finalidad de intercambio de información. In: GONZÁLEZ GARCÍA, E. (dir.). *Temas actuales de Derecho Tributario*. Barcelona: Bosch, 2005.
- _____. Intercâmbio de informação como instrumento de preservação do tradicional modelo de tributação internacional. In: WANDERLEY DANTAS DE OLIVEIRA, José André; ROSENBLATT, Paulo (org.). *Direito Tributário – Comemoração dos 50 anos do Código Tributário Nacional – Estudos em Homenagem a Souto Maior Borges*. Recife: Nossa Livraria Editora, 2016.
- WOODWARD, Richard. Towards complex multilateralism?: civil society and the OECD. In: MAHON, Rianne; MCBRIDE, Stephen (ed.). *OECD and transnational governance*. Vancouver: UBC Press, 2008.
- ZUCMAN, Gabriel; TORSLOV, Thomas; WIER, Ludvig. *The Missing Profits of Nations*. Scientific Research – Prof. Gabriel Zucman (coord.). *UC Berkeley and NBER Review*, abr./2020.

O Direito Tributário Internacional pós-Covid-19: o Papel da Solidariedade

International Tax Law after Covid-19: the Role of Solidarity

Martha Leão

Professora de Direito Tributário da Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP. Doutora e Mestre em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Teoria do Direito e Democracia Constitucional pelo Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto/Università Degli Studi di Genova. *E-mail*: martha.leao@humbertoavila.com.br.

Resumo

Este artigo discute o papel da solidariedade e da tributação como forma de captação de recursos pelos Estados para a cobertura de despesas com saúde e como mecanismo de distribuição de renda. O debate é fundamental porque a desigualdade social (e a consequente necessidade de apoio estatal em saúde para a população mais fragilizada) foi reforçada pela situação imposta pela Covid-19. Essa discussão, que sempre está presente no contexto das discussões internacionais sobre o Estado fiscal, e as medidas a serem adotadas para combater a erosão da base tributária serão enfrentadas a partir de agora sob esse novo prisma. O objetivo deste trabalho será demonstrar que o imposto não é o melhor mecanismo para combater tais problemas.

Palavras-chave: Covid-19, solidariedade, planejamento tributário, dever fundamental de pagar impostos.

Abstract

This article discusses the role of solidarity and taxation as a way of obtaining resources by the States to cover health expenses and as an income distribution mechanism. The debate is fundamental because social inequality (and the consequent need for state support in health for the most fragile population) was opened by Covid-19. This discussion, which is always present in the context of international discussions on the fiscal State, and the measures to be adopted to combat erosion of the tax base will return from now on under this new prism. The objective will be to demonstrate that the tax is not the best mechanism for combating such problems.

Keywords: Covid-19, solidarity, tax planning, fundamental duty to pay taxes.

“Everybody knows that pestilences have a way of recurring in the world; yet somehow we find it hard to believe in ones that crash down on our heads from the blue sky. There have been as many plagues as wars in history; yet always plagues and wars take people equally by surprise.” (CAMUS, Albert)¹

¹ Em tradução livre: “Todos sabem que as pestes são recorrentes no mundo e, todavia, é difícil acreditar quando elas se abatem sobre nós. Houve tantas pestes quantas guerras no mundo; e,

I. Introdução

Poucos eventos têm a capacidade de abalar instituições e comportamentos de forma global. Dentro desse seleto grupo de eventos encontram-se as guerras e as pandemias, como destacado por Camus em seu clássico (e agora cada vez mais atual) *A peste*. A Covid-19, enquanto pandemia reconhecida pela Organização Mundial da Saúde – OMS, portanto, é um desses eventos raros na história da humanidade que marcam uma geração e criam, a partir deles, mudanças significativas no rumo da história. Dentro desse contexto, não poderia ser mais oportuna a questão formulada aos painelistas pelo VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional promovido pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT: dentre as mudanças ocasionadas por este longo período de sofrimento com uma doença de alcance global, quais poderiam ser destacadas no âmbito do Direito Tributário Internacional?

Embora a questão possa ser examinada de diferentes perspectivas, este trabalho focará na discussão sobre o papel da solidariedade e do tributo como forma de obtenção de recursos pelos Estados para o custeio dos gastos com a saúde e como mecanismo de distribuição de renda. O debate é fundamental porque a desigualdade social (e a conseqüente necessidade de apoio do Estado na área da saúde para a população mais frágil) foi escancarada pela pandemia. Referida discussão, sempre presente no âmbito dos debates internacionais sobre o Estado fiscal, e as medidas a serem adotadas para o combate da erosão da base tributável retornarão a partir de agora por este novo prisma. Mas, afinal, o Direito Tributário é a melhor forma de os Estados combaterem a desigualdade social? O aumento da tributação é a melhor resposta a ser dada para a solução deste tipo de crise? Este breve artigo tem a intenção de contribuir para este debate, já adiantando a sua posição no sentido de que o tributo não é o melhor remédio para combater o mal da desigualdade exposto, de forma bastante crítica, pela crise promovida pela Covid-19.

II. O dever de pagar tributos no âmbito do Direito Tributário Internacional pré-Covid-19

A discussão sobre o combate ao planejamento tributário no âmbito do Direito Tributário Internacional ganhou significativa importância nos últimos anos pela atenção cada vez maior da mídia sobre o assunto. A carga tributária e as atividades de empresas multinacionais como Apple, Facebook, Starbucks e General Motors ultrapassaram o interesse dos círculos acadêmicos e políticos e viraram questões debatidas em programas de televisão e jornais. Estas não são questões novas. Na verdade, são situações decorrentes da própria globalização e da

ainda assim, pestes e guerras sempre pegam as pessoas igualmente de surpresa” (CAMUS, Albert. *The plague*. First Vintage International Ed. New York: Vintage Books, 1991. p. 37).

evolução do regime tributário internacional. O que é novidade é a presença cada vez maior do tema na mídia e, conseqüentemente, o aumento da visibilidade sobre o assunto². Esse interesse crescente da mídia sobre o tema, especialmente internacional, contribuiu para o crescimento do interesse popular e de uma série de organizações em torno da matéria, e para a busca de uma resposta à pergunta: quanto cada empresa, de fato, paga de tributos³?

Neste cenário, a atuação da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE como uma plataforma para discussão e desenvolvimento de políticas econômicas e como criadora de parâmetros internacionais para esse regime tributário internacional se intensifica, especialmente porque as relações neste campo se tornam cada vez menos bilaterais e mais multilaterais. Para Pistone, o maior objetivo da OCDE no campo tributário é estabelecer o multilateralismo como a regra para a tomada de decisões em questões de Direito Tributário Internacional, permitindo o exercício coordenado do poder de tributar além das fronteiras de cada país⁴. Essa atuação permitiria estabelecer um novo paradigma, que superasse aquele fundado na competição por investimento e lucro entre os países. Esse regime antigo foi designado para um momento no qual a produção da renda era imóvel, e a tributação podia ser baseada em paradigmas da residência e da fonte, o que foi fundamentalmente afetado pela crescente mobilidade do trabalho e do capital, combinada ainda com a ascensão de ativos intangíveis. Daí a necessidade de um regime de colaboração que auxilie em um regime mais propício para esta nova realidade⁵.

Uma das principais preocupações da OCDE tem sido exatamente o enfrentamento do que se convencionou chamar no Direito Tributário Internacional de “planejamento tributário agressivo” (*aggressive tax planning*). Para isso, propôs o Plano de Ações do BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting Action Plan*), que consiste em um plano para o combate à erosão da base tributária e ao desvio de lucros para jurisdições de baixa tributação, cujos relatórios finais foram apresentados em outubro de 2015. Embora pretenda cobrir diversos aspectos do regime de Direito Tributário Internacional, seu objetivo principal é frear os esquemas tribu-

² BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida Tax Review* v. 16, n. 2, p. 55-115 (57). Gainesville: Universidade da Florida, 2014.

³ Sobre o histórico de pressão popular por um aumento da transparência das multinacionais, *vide*: CHRISTIANS, Allison. Tax activists and the global movement for development through transparency. In: BRAUNER, Yariv; and STEWART, Miranda (coord.). *Tax, law and development*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013. p. 289-315; OWENS, Jeffrey. Tax transparency: the full monty. *Bulletin for International Taxation* v. 68, n. 9. Amsterdam: IBFD, set. 2014, p. 512-514.

⁴ PISTONE, Pasquale. Coordinating the action of regional and global players during the shift from bilateralism to multilateralism in international tax law. *World Tax Journal* v. 6, n. 1. Amsterdam: IBFD, fev. 2014, p. 3-9 (4-5). No mesmo sentido: DOURADO, Ana Paula. The Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) initiative under analysis. *Intertax* v. 43, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015b, p. 2-5 (2).

⁵ BRAUNER, Yariv. Op. cit., p. 55-115 (65).

tários mais agressivos das grandes corporações⁶. Fundamentalmente, o BEPS se propõe a guiar uma reforma tributária internacional com base em três aspectos principais: (i) a necessidade de estabelecer o regime tributário internacional em um paradigma colaborativo, e não mais em um paradigma competitivo; (ii) a importância de uma postura sistemática para uma reforma substantiva do regime tributário, e não uma postura individualista, reconhecendo a interdependência das normas do regime tributário internacional; e (iii) a inevitabilidade de aceitar novas soluções para problemas que não podem ser resolvidos pelas normas hoje existentes⁷. Em suas perguntas e respostas sobre o BEPS, a OCDE menciona a adoção de “estratégias de planejamento tributário que exploram lacunas e desajustes nas regras tributárias para fazer os lucros desaparecerem para fins tributários ou que enviam lucros para localidades onde há pouca ou nenhuma atividade real, mas a tributação é menor”⁸.

Embora não deixem de ser criticados por parte da doutrina pela amplitude da sua interpretação sobre o que seria planejamento tributário agressivo, os parâmetros determinados pelo Plano de Ações vinham influenciando tanto países signatários da OCDE, como países não signatários, como é o caso do Brasil⁹. Dourado, por exemplo, destaca que o planejamento tributário agressivo não é um conceito legal que permitiria a atuação administrativa ou judicial. O termo não expandiria o conceito de *abuso (avoidance)*, nem permitiria automaticamente a aplicação de uma norma geral antiabuso ou de uma norma específica antiabuso: a autora é enfática em afirmar que “regras anti-abuso requerem comportamento abusivo”¹⁰. Em sentido semelhante, Pistone destaca que a necessidade de aumentar a luta contra contribuintes fraudadores não pode se tornar uma “fogueira desproporcional” para todos os valores básicos de proteção das pessoas, que constituem a base do direito internacional e o fundamento das nações civilizadas pelo mundo¹¹. Assim, a falta de clareza com relação à definição do termo “planejamento tributário agressivo” mostra que se trata de um “conceito guarda-chuva” (*umbrella concept*) com a intenção de abranger não apenas aquilo que seria doutrinariamente

⁶ Ibidem, p. 55-115 (111-112).

⁷ BRAUNER, Yariv. Op. cit., p. 58.

⁸ No original: “119. What is BEPS? Base erosion and profit shifting (BEPS) refers to tax planning strategies that exploit gaps and mismatches in tax rules to make profits ‘disappear’ for tax purposes or to shift profits to locations where there is little or no real activity but the taxes are low, resulting in little or no overall corporate tax being paid”. OCDE. *BEPS – Frequently asked questions*. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/beps-frequentlyaskedquestions.htm>. Acesso em: 24 jul. 2020.

⁹ Vide, nesse sentido: LEÃO, Martha. *O direito fundamental de economizar tributos*. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 281 e s.

¹⁰ DOURADO, Ana Paula. Aggressive tax planning in EU law and in the light of BEPS: the EC recommendation on aggressive tax planning and BEPS Actions 2 and 6. *Intertax* v. 43, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015a. p. 42-57 (48).

¹¹ PISTONE, Pasquale. Op. cit., p. 3-9 (5).

chamado de planejamento tributário abusivo ou evasão tributária, como também o planejamento tributário lícito ou a elisão tributária¹². O cenário *pré*-Covid-19, portanto, tratava das discussões em torno dos limites que poderiam ser impostos às condutas dos contribuintes na tentativa de diminuir seus custos tributários.

III. O dever de pagar tributos no âmbito do Direito Tributário Internacional *pós*-Covid-19

Pois bem, o cenário antes delimitado com relação ao combate à erosão da base tributável pela OCDE é agora agravado pela crise econômica diretamente decorrente da Covid-19, que impôs um freio brusco à atividade econômica e comercial, afetando milhares de postos de trabalho e a arrecadação tributária em um momento de forte dispêndio de recursos públicos para a assistência à saúde dos milhões de infectados e para a injeção da economia, prejudicada pela brusca paralisação das atividades industriais e comerciais. Nesse novo contexto, ganham força discussões relativas à necessidade não apenas de reformas tributárias, como também de combate mais efetivo à prática do planejamento tributário, visto por muitos como uma questão imoral que deveria ser coibida também do ponto de vista jurídico. O exemplo brasileiro é sintomático nesse sentido: durante a eclosão da pandemia, ganharam força numerosas propostas legislativas de criação de novos tributos, como um imposto sobre grandes fortunas (previsto na Constituição de 1988, mas até hoje nunca criado), um empréstimo compulsório (a fim de atender às demandas estatais do período de crise, para ser, posteriormente, devolvido) e alterações na legislação tributária para cobrir novas materialidades econômicas (como a criação de uma contribuição social incidente sobre bens e serviços, que atingiria inclusive os negócios firmados por meio eletrônico)¹³.

O argumento moral e consequencialista, vinculado à necessidade de recursos e ao uso do tributo como forma de diminuição das desigualdades sociais, é reforçado pelo cenário de crise, que expõe referidas mazelas. Assim, o argumento sobre a importância da solidariedade, encarada pelo prisma da contribuição *imposta* pelo Estado na forma de tributos para o custeio dos gastos sociais, ganha relevância porque o tributo passa a ser apontado como o remédio mais eficaz para a solução dos problemas. A solidariedade exigida dos contribuintes nesse cenário tem um sentido bastante específico: solidariedade no sentido de contribuir com a maior medida possível para o custeio dos gastos públicos por meio da tributação. Mistura-se, desse modo, um aspecto moral/ético com a obrigação de pagar tributos, e passa-se a entendê-la também de uma perspectiva de medida: só seria soli-

¹² DOURADO, 2015a, p. 42-57 (44).

¹³ São exemplos nesse sentido: Projeto de Lei n. 34/2020 (criação de empréstimo compulsório e de imposto sobre grandes fortunas) e Projeto de Lei n. 3.887/2020 (criação de uma Contribuição Social sobre Operações com bens e serviços). Sobre o primeiro, *vide*: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,covid-19-e-emprestimo-compulsorio,70003279849>. Acesso em: 24 jul. 2020.

dário quem contribuisse, na maior medida possível, para o custeio do Estado por meio da tributação¹⁴.

O problema de referida argumentação é que ela parte de uma premissa equivocada: a de que a solidariedade só seria efetivada por meio do recolhimento de tributos. Em outras palavras, esse entendimento baseia-se necessariamente na premissa de que a solidariedade só seria cumprida a partir da arrecadação tributária, e o dinheiro que permanecesse na iniciativa privada não teria como cumprir nenhum tipo de papel social vantajoso para a sociedade. O problema é que a ideia de que a tributação seria o único (ou o melhor) remédio para todos os males é distorcida, por sugerir que os deveres de solidariedade não podem ser realizados de outras formas, que não seja pela tributação (em sua maior medida possível). Isso significa dizer que, ao mesmo tempo que é preciso encarar a tributação de uma perspectiva mais global, tendo em conta seus efeitos e a utilização e distribuição dos valores arrecadados, é necessário também considerar a não tributação de forma mais ampla, levando em consideração seus efeitos e a possibilidade de utilização desses valores no setor privado como propulsores da riqueza e da sua redistribuição, ou seja, como mecanismo efetivo em prol da igualdade e da justiça social¹⁵.

Nesse sentido, mesmo autores defensores da utilização do tributo como melhor mecanismo de distribuição de riquezas, como Piketty, reconhecem que a mera redistribuição no sentido de transferência de riqueza não seria capaz de resolver os problemas por ele reconhecidos, sendo necessário construir “uma lógica de direito de acesso a certo número de bens julgados fundamentais, como educação, saúde e aposentadoria”¹⁶. Assim, não há dúvida de que os problemas apontados pelo autor devam ser enfrentados, no sentido de que a “sociedade de rentistas” acaba produzindo a reprodução do capital em uma velocidade muito mais rápida que a produção, criando um paradoxo de que o “passado devoraria o futuro”¹⁷. O que se questiona, contudo, é a conclusão de que o tributo seria a melhor forma de combater esse problema. É um equívoco comum acreditar que o

¹⁴ Para a análise do dever de pagar tributos do ponto de vista ético/moral, *vide* McGee, que em trabalho específico sobre o tema da ética da evasão tributária analisa uma série de pontos de vista éticos, políticos, religiosos e filosóficos acerca da evasão tributária. Neste trabalho, o autor trata das questões morais que permeiam essa pretensa obrigação, como, por exemplo, a obrigação de pagar tributos quando o país está envolvido em uma guerra injusta: MCGEE, Robert W. Four views on the ethics of tax evasion. In: _____ (ed.). *The ethics of tax evasion – perspectives in theory and practice*. New York: Springer, 2012b, p. 3-33; MCGEE, Robert W. Duty to whom? In: _____ (ed.). *The ethics of tax evasion – perspectives in theory and practice*. New York: Springer, 2012a, p. 35-45; MCGEE, Robert W. Taxation: the ethics of its avoidance or dodging. In: _____ (ed.). *The ethics of tax evasion – perspectives in theory and practice*. New York: Springer, 2012c, p. 73-82.

¹⁵ LEÃO, Martha. Op. cit., p. 151.

¹⁶ PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Trad. de Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014. p. 466-467.

¹⁷ *Ibidem*, p. 555.

Direito Tributário é o principal (e único) remédio para todos os males da sociedade. Não o é. Embora defenda que isso seja combatido por meio de uma espécie de “imposto progressivo global sobre o capital”, o próprio autor reconhece que o resultado da “pesquisa em ciências sociais não tem a vocação de produzir certezas matemáticas e substituir o debate público, democrático e diversificado”¹⁸. Trata-se de um problema político que deveria ser mitigado pela amplitude de acesso das pessoas mais desfavorecidas às oportunidades.

A desigualdade, em alguma medida, faz parte de uma economia de mercado e deve ser sopesada com a tentativa de igualdade de condições e oportunidades, e não através de uma simplista transferência de riquezas. A igualdade prevista pela Constituição não significa que não haja direito à diferença. Isso é um equívoco: tratar todos que se encontram na mesma situação com isonomia, e tratar diferentemente aqueles que se encontram em situações diferentes, não significa a ausência do direito de existirem diferenças práticas, ainda mais em um mercado de livre atuação econômica, cujos objetivos de política econômica também se encontram constitucionalizados. Por isso, a advertência de Kirchhof no sentido de que a liberdade nada mais é do que a possibilidade de se diferenciar dos outros¹⁹. Quem se utiliza dessa liberdade para, em comparação com outros, adquirir mais renda, amealhar mais patrimônio, aumentar seu poder de compra, não pode ser repreendido pelo Estado de Direito por ter sido bem-sucedido no uso de sua liberdade, ou porque seu sucesso seria excessivo, devendo ser dividido²⁰.

Isso não significa dizer, contudo, que se possa adotar qualquer tipo de conduta para economizar tributos e que o Direito não possa agir como um freio a esse comportamento. O que isso significa é que é preciso reconhecer que o tributo é uma norma de rejeição social e que é natural da atividade econômica dos cidadãos buscar a menor via tributária possível²¹. Tanto isso é verdadeiro que o próprio Estado reconhece e se aproveita do fato de que o contribuinte, como ser econômico, tende a rejeitar e se afastar da tributação e utiliza isso para criar normas tributárias extrafiscais que atuem sobre o seu comportamento em prol de determinadas finalidades não arrecadatórias²². Segundo Drüen, o Estado Fiscal, marcado pela ideia de “Estado participativo” (*Teilhabestaat*) participa do sucesso dos seus cidadãos e das suas empresas, reconhecendo a tendência natural destes a pagar a menor tributação possível sobre a sua renda e o seu patrimônio²³. Não

¹⁸ PIKETTY, Thomas. Op. cit., p. 555.

¹⁹ KIRCHHOF, Paul. *Besteuerung im Verfassungsstaat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000. p. 53.

²⁰ *Ibidem*, p. 53.

²¹ Sobre o tema, *vide*: SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Teoria da imposição tributária*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1998. p. 129 e s.

²² LEÃO, Martha. Op. cit., p. 160.

²³ O autor menciona a existência de uma competição interativa (*interaktiver Wettstreit*) entre contribuintes e o Fisco: DRÜEN, Klaus-Dieter. *Unternehmerfreiheit und Steuerumgehung*. *StuW*, fev. 2008, p. 154-166 (154-155).

há nenhuma dúvida de que o Estado fiscal participa do sucesso econômico dos sujeitos economicamente livres²⁴. O cidadão, portanto, assume a liberdade de fazer dinheiro não só para si, mas também para o Estado; o que não significa, contudo, que o Estado não reconheça que pode usar o tributo como instrumento de poder, para influenciar o comportamento dos seus cidadãos, uma vez que estes agem naturalmente para evitar o aumento da carga tributária²⁵. Como destaca Schoueri, o legislador tributário não desconhece a circunstância de que os particulares buscam a menor carga tributária (ou até mesmo nenhuma carga tributária) e vale-se dessa característica para, por meio de estímulos e desestímulos, intervir sobre o domínio econômico através de normas tributárias indutoras²⁶. Sendo assim, a atuação dos Estados sobre a atividade de planejamento tributário não pode chegar ao ponto de criminalizar aquilo que é um direito do contribuinte no exercício de sua liberdade econômica, e a aplicação de um determinado sentido de solidariedade é incapaz de afastar esse argumento. A solidariedade envolve um comprometimento próprio e voluntário, que não se exaure no exercício forçado de determinados deveres. Daí, inclusive, a crítica doutrinária acerca de uma “solidariedade forçada” (*forced solidarity*)²⁷.

IV. A importância da solidariedade além da tributação

As considerações anteriores não significam, de nenhum modo, que o pagamento de tributos não tem um papel importante na sociedade atual para o custeio dos gastos públicos essenciais, especialmente para a população mais fragilizada. Esse é um dado incontestável, do qual, no entanto, não é possível retirar a conclusão de que o aumento do tributo, especialmente em um momento de crise econômica, seria a melhor forma de lidar com os problemas de receita e de distribuição de riquezas.

²⁴ JACHMANN, Monika. *Verfassungsrechtliche Grenzen der Besteuerung: Sozialstaatsliche Steuergesetzgebung im Spannungsverhältnis zwischen Gleichheit und Freiheit*. Aachen: Shaker, 1996. p. 5; KIRCHHOF, Paul. Das Steuerrecht als Verfassungsproblem. In: BAER, Susanne et al. (ed.). *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, p. 553-566 (555).

²⁵ BIRK, Dieter. Finanzierungszwecke und Lenkungszwecke in einem verfassungsmäßigen Steuersystem. In: LANG, Joachim et al. (ed.). *Grundrechtsschutz im Steuerrecht*. Rechtsstaat in der Bewahrung, Band 35. Heidelberg: C.F. Müller, 2001, p. 67-88 (68; 75).

²⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento tributário e garantias dos contribuintes: entre a norma geral antielisão portuguesa e seus paralelos brasileiros. In: ALMEIDA, Daniel Freire e; GOMES, Fabio Luiz; e CATARINO, João Ricardo (org.). *Garantias dos contribuintes no sistema tributário – homenagem a Diogo Leite de Campos*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1. p. 372-373; 433; SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento tributário – elisão e evasão fiscal – simulação – abuso de forma – interpretação econômica – negócio jurídico indireto – norma antielisiva. In: AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do (coord.). *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 287-300 (288).

²⁷ DENNINGER, Erhard. Constitutional law and solidarity. In: BAYERTZ, Kurt (ed.). *Solidarity*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 223-242 (236).

Tecnicamente, o termo “solidariedade” refere-se à relação ou ao sentimento de pertencimento a um grupo ou formação social. O termo tem, de um lado, um sentido objetivo (vinculado à relação de pertencimento e de corresponsabilidade que liga cada um dos indivíduos aos demais membros da comunidade), e, de outro, um sentido subjetivo (vinculado ao sentimento ou à consciência desse mesmo pertencimento à sociedade)²⁸. O primeiro é a própria relação, e o segundo é o sentimento que essa relação gera entre as pessoas. Volkman define a solidariedade como uma forma de criação de laços comunitários entre pessoas diferentes, que inclui um elemento de responsabilidade e preocupação com os outros²⁹. Nabais, por sua vez, define a “solidariedade moderna” como um princípio jurídico e político cuja realização passa não apenas pelo Estado, como pela comunidade³⁰. A solidariedade está vinculada, portanto, à ideia de cidadania ativa ou cidadania socialmente responsável, em que o cidadão assume um novo papel, consciente de seu protagonismo na vida pública através da assunção de encargos, responsabilidades e deveres que não podem ser considerados como tarefa exclusivamente estatal. Assim, embora ela possa ter acepções morais, políticas e sociais distintas³¹, o que importa para a sua mínima definição é a ideia de um comportamento social, não individualista³². O conceito de solidariedade é, em síntese, o de preocupação e comprometimento com o outro, envolvendo o dever de cooperação dos indivíduos em favor de grupos ou da coletividade³³.

Pois bem, esse dever de cooperação dos indivíduos uns com os outros não é realizado apenas por meio da arrecadação tributária por dois motivos principais. Primeiro, porque isso equivaleria a dizer que a arrecadação tributária seria o único meio pelo qual o Estado arrecada recursos para o cumprimento de suas finalidades públicas. Mas, ainda que seja o meio principal em Estados Fiscais, como o brasileiro, o tributo não é a única fonte de receitas do Estado. O Estado

²⁸ NABAIS, José Casalta. Solidariedade fiscal, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; e GODOI, Marciano Seabra (coords.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 110-140 (111-112).

²⁹ No original: “Solidarität bezeichnet dann – und in diesem Sinne soll der Begriff zunächst verwendet eine Form gegenseitiger und gemeinschaftsstiftender Verbundenheit zwischen verschiedenen Personen, die ein Element der Verantwortung und der Sorge für andere einschliesst” (VOLKMAN, Uwe. *Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, p. 6).

³⁰ NABAIS, José Casalta. Op. cit., p. 115.

³¹ Bayertz, por exemplo, propõe quatro acepções: (i) solidariedade e moralidade; (ii) solidariedade e sociedade/comunidade; (iii) solidariedade e libertação/interesses comuns; e (iv) solidariedade e Estado de bem-estar social (BAYERTZ, Kurt. Four uses of “solidarity”. In: _____ (ed.). *Solidarity*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 3-28).

³² STEINVORTH, Ulrich. The concept and possibilities of solidarity. In: BAYERTZ, Kurt (ed.). *Solidarity*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 29-37 (29).

³³ LEWINE, F. J. Solidarité. In: ARNAUD, André Jean (org.). *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1993. p. 574.

tem receitas financeiras decorrentes de outras fontes, como a sua atuação direta na economia e a exploração de recursos minerais e dos bens públicos em geral. E, segundo, o dever de cooperação dos indivíduos uns com os outros não é realizado apenas por meio da arrecadação tributária, porque isso equivaleria a dizer que o dinheiro que não é repassado ao Estado, ou seja, que permanece na iniciativa privada, é incapaz de gerar riquezas e produzir benefícios à sociedade como um todo. Trata-se de uma premissa equivocada. Os recursos que permanecem na iniciativa privada podem ser utilizados para a geração de empregos e para a movimentação do mercado e da economia, o que geraria o aumento da riqueza como um todo e asseguraria recursos para que a sociedade, organizada de forma privada, também exercesse as finalidades públicas garantidoras do bem comum. Assim como o tributo é uma forma de encarar o sucesso de alguns como o sucesso de toda a sociedade³⁴, a geração de riqueza e a sua permanência na economia privada para reinvestimento também deveriam ser consideradas como tal.

Isso não significa a defesa de um argumento utilitarista para o não pagamento de tributos, no sentido de que não haveria um dever ético de pagar tributos a partir da constatação de que a manutenção desses valores na iniciativa privada aumentaria a eficiência e a geração de riqueza³⁵. O que se quer dizer aqui é apenas que a premissa de que a manutenção do dinheiro na iniciativa privada é contrária aos objetivos sociais ou à solidariedade é equivocada e não pode fundamentar o dever irrestrito de contribuir na maior medida possível. Em outras palavras, a solidariedade não é cumprida tão somente através da tributação. Pelo contrário, por vezes, ela tanto é cumprida de outros modos que isso chega a afastar a própria tributação, como no caso das imunidades.

É inegável que a própria ideia de solidariedade traz consigo o dever de que todos, e não apenas o Estado, promovam as finalidades públicas e, nesse sentido, trabalhem ativamente na realização de atividades em prol da sociedade como um todo. E isso também depende de recursos da iniciativa privada. Por isso, não há uma relação necessária entre tributos e realização da solidariedade, até porque a permanência desses recursos na iniciativa privada pode, da mesma forma, promover esse valor. Não se justifica, por exemplo, a tributação de entidades assistenciais, porque a transferência de recursos para o Estado, nesse caso, é ineficiente, já que os mesmos recursos, nas mãos da sociedade civil, revelam-se aptos a promover a inclusão social. Mais um exemplo ilustra essa situação: o Brasil, assim

³⁴ KIRCHHOF, Paul. *Der sanfte Verlust der Freiheit*. Für ein neues Steuerrecht – klar, verständlich, gerecht. München: Hanser, 2004. p. 204.

³⁵ O argumento foi explorado por McGee ao analisar o tema da ética da evasão a partir do argumento utilitarista de que é muito menos eficiente transferir dinheiro da iniciativa privada para o governo, a partir de evidências econômicas do maior custo e ineficiência estatal na realização de atividades, em comparação com as mesmas realizadas no âmbito privado: MCGEE, 2012b, p. 3-33 (18).

como outros países, autoriza a dedução do imposto de renda a pagar de doações realizadas para instituições que cuidam de idosos, crianças e adolescentes carentes, inclusive em benefício da cultura e dos esportes. O art. 87 da Lei n. 12.594/2012 até mesmo autoriza as pessoas físicas a efetuar a doação após o encerramento do ano e antes da data de vencimento da primeira quota de imposto a pagar. Novamente, nesse caso, tem-se o reconhecimento de que o contribuinte pode promover a solidariedade de outras formas, que não com o aumento da sua carga tributária. Nesse mesmo sentido a manifestação de Campos e de Andrade ao defenderem que, dada a liberdade individual e coletiva de disposição do patrimônio e do livre exercício de atividades lucrativas, os cidadãos têm liberdade de demonstrar a solidariedade para com os outros de outras formas, como, por exemplo, através da filantropia, não podendo o Estado exigir certos resultados através da tributação³⁶.

Conclusões

As considerações feitas até aqui não significam o menosprezo à ideia de solidariedade, mas tão somente o esclarecimento de que esta pode ser realizada de mais de uma forma pelos cidadãos. O que se pretende demonstrar é que o não pagamento da maior carga tributária possível não necessariamente significa que a solidariedade, enquanto comprometimento com os outros e com a geração e distribuição de riqueza na sociedade, não será realizada. As atitudes podem decorrer da persecução de mais de um objetivo que não meramente o autointeresse. Como já era destacado por Smith, não há nenhuma contrariedade à razão em fazer coisas que não são inteiramente para si próprio, podendo haver motivações vinculadas à humanidade, justiça, generosidade e espírito público nas atitudes humanas que podem ser muito produtivas para a sociedade³⁷.

A ideia de compromisso com o outro, defendida por Sen em sua teoria da justiça, pode ser adotada e praticada de diversas formas por meio do comportamento generoso que restrinja a atuação guiada exclusivamente pela promoção dos objetivos daquele que age, e esta não seria uma violação à racionalidade humana³⁸. Em outras palavras, não há uma vinculação necessária entre a realização da solidariedade (e da justiça em alguma medida) e a incidência da tributação mais alta possível, porque há outros meios de promover esse princípio não necessariamente vinculados à arrecadação tributária. A ideia de justiça e sua realização não se esgota no Estado, mas perpassa as atitudes no âmbito da própria sociedade civil, de forma isolada à arrecadação tributária³⁹.

³⁶ CAMPOS, Diogo Leite de; e ANDRADE, João Costa. *Autonomia contratual e direito tributário (a norma geral anti-elisão)*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 50.

³⁷ SMITH, Adam (1790). *The theory of moral sentiments*. 6. ed. São Paulo: Meta Libri, 2006. p. 170 e s.

³⁸ SEN, Amartya. *The idea of justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009. p. 193.

³⁹ LEÃO, Martha. Op. cit., p. 303.

O exemplo brasileiro ilustra isso: desde o início da manifestação da Covid-19 no Brasil, já foram doados pela iniciativa privada mais de seis bilhões de reais por quase meio milhão de doadores, e 78% (setenta e oito por cento) desses valores foram doados diretamente para a saúde, enquanto 17% (dezesete por cento) foram doados à área de assistência social, segundo dados da Associação Brasileira de Captadores de Recursos – ABCR⁴⁰. Vale dizer que esses valores não foram totalmente aplicados nas referidas causas porque, no Brasil, assim como na Croácia e na Coreia do Sul, ainda se cobram impostos sobre “doações de impacto social”, ou seja, doações realizadas para entidades assistenciais sem fins lucrativos, sendo referida alíquota variável entre 4% (quatro por cento) e 8% (oito por cento), dependendo do Estado em que realizada a doação. Em que pese a crítica a essa postura pelas entidades do setor⁴¹, a tributação segue incidindo, o que significa que o Estado fica com uma parte daquilo que seria diretamente aplicável ao bem público para realizar exatamente aquilo que as entidades estão fazendo.

Trata-se de um exemplo claro de distanciamento entre o ato solidário e a incidência tributária: o tributo, aqui, longe de realizar a solidariedade, a mitiga. O exemplo, embora brasileiro, serve à finalidade de demonstrar que o Direito Tributário Internacional, em sua atuação contra o que considera planejamento tributário agressivo, precisará também reconhecer que muitas vezes a solidariedade é realizada fora das margens da tributação.

Referências bibliográficas

- BAYERTZ, Kurt. Four uses of “solidarity”. In: _____ (ed.). *Solidarity*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 3-28.
- BIRK, Dieter. Finanzierungszwecke und Lenkungszwecke in einem verfassungsmäßigen Steuersystem. In: LANG, Joachim et al. (ed.). *Grundrechtsschutz im Steuerrecht*. Rechtsstaat in der Bewährung, Band 35. Heidelberg: C.F. Müller, 2001, p. 67-88.
- BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida Tax Review* v. 16, n. 2, p. 55-115. Gainesville: Universidade da Florida, 2014.
- CAMPOS, Diogo Leite de; e ANDRADE, João Costa. *Autonomia contratual e direito tributário (a norma geral anti-elisão)*. Coimbra: Almedina, 2008.
- CAMUS, Albert. *The plague*. First Vintage International Ed. New York: Vintage Books, 1991.
- CHRISTIANS, Allison. Tax activists and the global movement for development through transparency. In: BRAUNER, Yariv; and STEWART, Miranda

⁴⁰ Mais precisamente, foram doados R\$ 6.361.294.529 por 463.868 doadores. Dados disponíveis em: <https://www.monitordasdoacoes.org.br/>. Acesso em: 26 jul. 2020.

⁴¹ Nesse sentido: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/05/20/doacoes-no-pais-superam-r-5-bilhoes-mas-imposto-reduz-valores-destinados-no-combate-a-pandemia.ghtml>. Acesso em: 26 jul. 2020.

- (coord.). *Tax, law and development*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013. p. 289-315.
- DENNINGER, Erhard. Constitutional law and solidarity. In: BAYERTZ, Kurt (ed.). *Solidarity*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 223-242.
- DOURADO, Ana Paula. Aggressive tax planning in EU law and in the light of BEPS: the EC recommendation on aggressive tax planning and BEPS Actions 2 and 6. *Intertax v. 43*, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015a. p. 42-57.
- _____. The Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) initiative under analysis. *Intertax v. 43*, n. 1. Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2015b. p. 2-5.
- DRÜEN, Klaus-Dieter. Unternehmerfreiheit und Steuerumgehung. *StuW*, fev. 2008, p. 154-166.
- JACHMANN, Monika. *Verfassungsrechtliche Grenzen der Besteuerung: Sozialstaatliche Steuergesetzgebung im Spannungsverhältnis zwischen Gleichheit und Freiheit*. Aachen: Shaker, 1996.
- KIRCHHOF, Paul. *Besteuerung im Verfassungsstaat*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2000.
- _____. *Der sanfte Verlust der Freiheit*. Für ein neues Steuerrecht – klar, verständlich, gerecht. München: Hanser, 2004.
- _____. Das Steuerrecht als Verfassungsproblem. In: BAER, Susanne et al. (ed.). *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, p. 553-566.
- LEÃO, Martha. *O direito fundamental de economizar tributos*. São Paulo: Malheiros, 2018.
- LEWINE, F. J. Solidarité. In: ARNAUD, André Jean (org.). *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1993.
- MCGEE, Robert W. Duty to whom? In: _____ (ed.). *The ethics of tax evasion – perspectives in theory and practice*. New York: Springer, 2012a, p. 35-45.
- _____. Four views on the ethics of tax evasion. In: _____ (ed.). *The ethics of tax evasion – perspectives in theory and practice*. New York: Springer, 2012b, p. 3-33.
- _____. Taxation: the ethics of its avoidance or dodging. In: _____ (ed.). *The ethics of tax evasion – perspectives in theory and practice*. New York: Springer, 2012c, p. 73-82.
- NABAIS, José Casalta. Solidariedade fiscal, cidadania e direito fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; e GODOI, Marciano Seabra (coords.). *Solidariedade social e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 110-140.
- OCDE. *BEPS – Frequently asked questions*. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/beps-frequentlyaskedquestions.htm>. Acesso em: 24 jul. 2020.
- OWENS, Jeffrey. Tax transparency: the full monty. *Bulletin for International Taxation v. 68*, n. 9. Amsterdam: IBFD, set. 2014, p. 512-514.

- PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Trad. de Mônica Baumgarten de Bole. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.
- PISTONE, Pasquale. Coordinating the action of regional and global players during the shift from bilateralism to multilateralism in international tax law. *World Tax Journal* v. 6, n. 1, p. 3-9. Amsterdam: IBFD, fev. 2014.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento tributário e garantias dos contribuintes: entre a norma geral antielisão portuguesa e seus paralelos brasileiros. In: ALMEIDA, Daniel Freire e; GOMES, Fabio Luiz; e CATARINO, João Ricardo (org.). *Garantias dos contribuintes no sistema tributário – homenagem a Diogo Leite de Campos*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.
- _____. Planejamento tributário – elisão e evasão fiscal – simulação – abuso de forma – interpretação econômica – negócio jurídico indireto – norma antielisiva. In: AMARAL, Antônio Carlos Rodrigues do (coord.). *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.
- SEN, Amartya. *The idea of justice*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.
- SILVA MARTINS, Ives Gandra da. *Teoria da imposição tributária*. 2. ed. São Paulo: LTR, 1998.
- SMITH, Adam (1790). *The theory of moral sentiments*. 6. ed. São Paulo: Meta Libri, 2006.
- STEINVORTH, Ulrich. The concept and possibilities of solidarity. In: BAYERTZ, Kurt (ed.). *Solidarity*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999, p. 29-37.
- VOLKMANN, Uwe. *Solidarität – Programm und Prinzip der Verfassung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.

Some Initial Thoughts about the International Tax Order in a Post-Pandemic World

Joanna Wheeler

Senior principal research associate in the academic group of IBFD. She is also seconded to the University of Amsterdam, where she established the advanced master programme “International Tax Law” offered in partnership with IBFD. She was the programme director for the first four years and continues to be closely connected with it.

1. Introduction

When, in late May, I received the invitation to join a panel about the impact of the COVID-19 pandemic at the 2020 IBDT conference, my first reaction was hesitant; governments all over the world had been adopting special tax measures, but I was not sure whether there were sufficient conceptual issues for a panel discussion. So for a week I collected all the relevant articles I saw, to see which issues were being raised and how significant they were. The harvest from that first week alone made it clear that there was plenty to discuss, producing the following assortment of titles: “Citi banker sees countries nations targeting rich to pay virus costs”¹; “The COVID-19 Legacy – Resurgent green tax initiatives”²; “EU considers tax on large companies for COVID-19 recovery”³; “The changing face of tax technology”⁴; “Corporate tax in the new normal”⁵; and perhaps my favourite title – “Doctors urge animal farming tax in Post-Pandemic world”⁶. That was in addition to all the reports from the OECD Forum on Tax Administration⁷ and the deluge of news reports about special measures to deal with the effects of the pandemic⁸. In other words, there was a huge variety of responses, on the tax front alone.

Those were relatively early days in the Netherlands and it all still seemed very surreal. At IBFD and the University of Amsterdam we had been sent to work

¹ STUPPLES, Ben. Citi banker sees nations targeting rich to pay virus costs. *Bloomberg Law News*, 2020-06-02T04:55:11144-04:00.

² SARFO, Nana Ama. The COVID-19 Legacy – Resurgent green tax initiatives. *Tax Notes International* v. 98, 991, 1 June 2020.

³ PAEZ, Sarah. EU considers tax on large companies for COVID-19 recovery. *Tax Notes Today International* 106-1, 2020.

⁴ BOWDEN, Ian; BACON, Ian; and LAND, Jason. The changing face of tax technology. *Bloomberg Law News*, 2020-06-02T04:57:44445-04:00.

⁵ HERZFELD, Mindy. Corporate tax in the new normal. *Tax Notes International* v. 98, 981, 1 June 2020.

⁶ ATHANASIOU, Amanda. Doctors urge animal farming tax in Post-Pandemic world. *Tax Notes Today International* 105-13, 2020.

⁷ See: <http://www.oecd.org/tax/forum-on-tax-administration/publications-and-products/tax-administration-privacy-disclosure-and-fraud-risks-related-to-covid-19.htm>.

⁸ See: <https://www.ibfd.org/IBFD-Tax-Portal/COVID-19-Hub> for reports from IBFD.

at home in March and my initial thoughts, like those of many others, were that we would back to “business as usual” within a couple of months. But four months later I am still working at home and the realization has dawned that this is a very big issue indeed.

The emergency caused by the pandemic has severely disrupted the world economy, affecting businesses of every shape and size and changing the behaviour of millions of individuals. That massive disruption feeds into the international tax order, changing the results it produces for both states and taxpayers. But an emergency, however drastic, is a temporary phenomenon requiring temporary measures (even though the impact of those measures may continue to be felt long after the emergency itself). As pointed out by Michael Lennard of the UN, multi-lateral processes, such as the processes that shape the international tax order, are slow and it is questionable whether they are able to deal with emergencies at all⁹. The long-term issue is whether the pandemic will also cause structural changes to the international tax order, either because of its long-term effect on the world economy or because it is used as an opportunity to steer change. What follows is an initial impression of the broad trends observed in the past half-year, in the light of these considerations.

2. Different types of impact

2.1. Business needs support

The most immediate impact of the pandemic in tax terms was the huge numbers of businesses that need government support in order to survive and the response of governments worldwide to that need. One aspect of this support was an international wave of softening of the administrative requirements related to taxation, mainly reporting and payment dates¹⁰. In addition, many countries adopted a programme of cash payments to business in order to keep them afloat and able to pay their salary bill. In some countries there are questions about the characterisation of these payments for tax purposes, but the characterisation of new types of payment is not a novel issue. Some countries have made their support conditional on the recipient not making use of low-tax countries¹¹, which is, again, not a new phenomenon but rather a manifestation of the continuing fight against BEPS.

⁹ IBFD video interview with Michael Lennard, available at <https://www.ibfd.org/IBFD-Tax-Portal/Tax-Takes-Video-Series-COVID-19-Global-Tax-Implications>, episode 9.

¹⁰ See note 9.

¹¹ See, for example: LIND, Yvette. Sweden and Denmark incorporate anti-tax avoidance rules into very different COVID-19 responses. *Tax Notes International* v. 98, 1127, 8 June 2020; and the EU Commission Recommendation of 14.7.2020 on making State financial support to undertakings in the Union conditional on the absence of links to non-cooperative jurisdictions, C(2020) 4885 final.

2.2. Governments need money

In providing these support packages, governments are spending huge amounts of money, often money that they do not have at the moment. Although this is also an emergency issue, it is likely to have an impact for a long time to come, as the money will have to be recouped sooner or later and the question arises of who should pay. One possibility is to increase taxation on wealthy individuals and, indeed, in July an international group of millionaires, prompted by the spending needed to deal with the pandemic, published an open letter to their governments asking to be taxed more heavily¹². But, although this call might have been prompted by the current crisis, the discussion about the taxation of the wealthy is one that has been carried on for a long time, independently of the pandemic¹³, and is likely to continue when the pandemic is over. Moreover, in order to raise significant revenue, increased taxation would have to reach beyond the ultra-rich, raising highly political issues that are unlikely to be determined by the pandemic alone.

Another potential source of increased revenue is corporate taxation. The International Commission for the Reform of International Corporate Taxation (ICRICT), for example, in response to the pandemic, published a manifesto in May 2020 that argues for higher taxes on large businesses with excess rates of return in order to fund the necessary spending, pointing to a lack of evidence that lower rates stimulate productive investment or growth¹⁴. In a similar vein, Edward Fox and Zachary Liscow have recently argued that there are good arguments for increasing corporate taxes, in order to capture the economic rents that can result from a crisis such as the pandemic and for the simple reason that governments need the money¹⁵. Whereas these two proposals are for permanent reform, Allison Christians and Tarcisio Magalhães have suggested that the large profits made by some companies in the current crisis should be subject to a “BEPS Pillar 3” global excess profits tax, as an emergency measure during the pandem-

¹² Open letter with 83 signatories published on 13 July 2020 at www.millionairesforhumanity.com/, which includes the following text: “Today, we, the undersigned millionaires, ask our governments to raise taxes on people like us. Immediately. Substantially. Permanently”.

¹³ For a recent, but pre-pandemic, call for individual wealth taxation, see: SARFO, Nana Ama. Why the U.S. needs a wealth tax: a conversation with Gabriel Zucman. *Tax Notes International* v. 96, 661, 25 November 2019. See also: HERZFELD, Mindy. A better alternative to wealth taxes. *Tax Notes International* v. 96, 586, 18 November 2019.

¹⁴ INTERNATIONAL COMMISSION FOR THE REFORM OF INTERNATIONAL CORPORATE TAXATION. *The global pandemic, sustainable economic recovery and international taxation*. May 2020. Available at: <https://www.icrict.com/press-release/2020/6/14/icrict-report-the-global-pandemic-sustainable-economic-recovery-and-international-taxation>.

¹⁵ FOX, E.; and LISCOW, Z. A case for higher corporate tax rates. *Tax Notes International* v. 98, 1369, 22 June 2020.

ic¹⁶. Like the discussion about the taxation of the wealthy, the design of taxes on corporate profit has been the subject of a discussion that has been going for a long time and will undoubtedly continue when the pandemic is over. The “Pillar 3” proposal is interesting in this context, however, as it goes considerably further than the other two by also suggesting a redistributive allocation among countries of the revenue; this aspect is discussed further below.

If the urgent need for revenue prompts many countries to adopt digital services taxes, a structural issue may develop in this respect, especially if there is no coordination among states¹⁷. Again, however, the growth of digital service taxes was a development that started well before the pandemic, although the pandemic may well be instrumental in spurring on this growth.

In the EU, on the other hand, the pandemic has already caused a structural change, with the adoption of the “Recovery Plan for Europe” in July 2020¹⁸. This plan provides for the EU to grant subsidies, rather than loans, to its Member States, to aid their recovery from the crisis, a feature described as a “huge change” from previous measures by Frans Vanistendael¹⁹. He also describes the introduction of taxes levied by the EU itself, in order to fund these subsidies, as the second “revolutionary” part of this package²⁰. This part comprises a new tax on non-recycled plastic waste, to be introduced in 2021, proposals for a digital tax and a carbon border adjustment mechanism to take effect in 2023, and the possibility of proposals for a financial transactions tax.

A possible structural change of a rather different kind has been posited by Attiya Waris of the University of Nairobi, talking about the impact of the pandemic on African states²¹. She describes the pandemic as a “watershed moment” for African states. With the pandemic having a severe impact on trade and investment, African states will now have to focus on enabling the local community to pay their taxes. In addition to encouraging local business, this requires a push to formalize the economy, so that taxpayers are registered, issued with tax identification and provided with the mechanical means to pay their taxes.

¹⁶ CHRISTIANS, A.; and MAGALHÃES, T. Diniz. It's time for Pillar 3: a global excess profits tax for COVID-19 and beyond. *Tax Notes International* v. 98, 507, 5 May 2020.

¹⁷ See JOHNSTON, S. Soong. OECD Chief warns of ‘messy’ outcome without digital tax deal. *Tax Notes Today International* 101-3, 2020.

¹⁸ EUROPEAN COUNCIL. *Special meeting of the European Council (17, 18, 19, 20 and 21 July 2020) – Conclusions*. EUCO 10/20, CO EUR 8, CONCL 4. Available at: <https://www.consilium.europa.eu/media/45109/210720-euco-final-conclusions-en.pdf>.

¹⁹ IBFD video interview with Frans Vanistendael. Available at: <https://www.ibfd.org/IBFD-Tax-Portal/Tax-Takes-Video-Series-COVID-19-Global-Tax-Implications>, episode 11.

²⁰ Ibidem.

²¹ IBFD video interview with Attiya Waris. Available at: <https://www.ibfd.org/IBFD-Tax-Portal/Tax-Takes-Video-Series-COVID-19-Global-Tax-Implications>, episode 12.

2.3. The system needs reform (or “Never waste a good crisis”)

The pandemic has prompted many calls of “never-waste-a-good-crisis”, with proposals to make the world a better place. Some of these proposals call for taxes to discourage certain behaviour in addition to raising revenue, such as taxes on air travel or, in a call from doctors in the UK, taxes on the consumption of meat²². Some of the taxes proposed in the EU recovery plan can also be placed in this category. But while these taxes may prove to be long-lived, they do not change the fabric of the international tax order.

Other calls focus on the pandemic as an opportunity to recalibrate the international tax order and ask for more fundamental change, in particular to address inequality. The pandemic has highlighted the inequality between rich and poor countries²³, between wealthy and under-privileged segments of the population, between individuals working “on the front-line” and individuals who are able to hide away at home to do their job (which is usually more highly paid)²⁴ and gender inequality²⁵. The millionaires’ plea to be subject to higher taxation²⁶ evinces an awareness of these inequalities; the letter refers to the pandemic as a problem for the entire world, implying that the higher taxation it proposes should also benefit the entire world and arguing that “[t]he problems caused by, and revealed by, Covid-19 can’t be solved with charity, no matter how generous.” Yet it is not at all clear how the tax revenue paid by wealthy individuals in wealthy countries will reach the poor individuals in poor countries, other than through aid payments which are, essentially, charity.

The “Pillar 3” proposal of Christians and Magalhães for a global excess profits tax does deal with this issue, as “the countries involved in its development have an equal stake in not only building out the framework but also ensuring that the revenues it raises are appropriately deployed to meet the global crisis”²⁷, but the article does not elaborate on how decisions about the deployment of the revenue might be made. The article is, no doubt, intended primarily to provoke thinking outside the traditional framework, and the proposal’s chances of gaining accep-

²² See note 7.

²³ See note 15.

²⁴ GREENFIELD, Rebecca. What the pandemic showed us about global inequality: quicktake. *Bloomberg Law News*, 20 July 2020.

²⁵ HARDING, Michelle; PEREZ-NAVARRO, Grace; and SIMON, Hannah, OECD CENTRE FOR TAX POLICY AND ADMINISTRATION (CTPA). In tax, gender blind is not gender neutral: why tax policy responses to COVID-19 must consider women. *Ecoscope*, 1 June 2020. Available at: <https://oecdecoscope.blog/2020/06/01/in-tax-gender-blind-is-not-gender-neutral-why-tax-policy-responses-to-covid-19-must-consider-women/>.

²⁶ See note 13.

²⁷ See note 17.

tance in reality are slim. And, as Christians says in the accompanying interview²⁸, there is a disconnection between the avowed purpose of the tax (to correct the distortive impact of the pandemic on the market) and the re-distributive idea behind the allocation of the revenue it raises. Nevertheless, one interesting aspect of this proposal is that it answers a common criticism of the OECD Pillar 2 proposal, that Pillar 2 does not necessarily result in a principled allocation of tax revenue among states. So far, however, the closest that states have come to re-distribution among themselves, other than as development aid, is the EU recovery plan²⁹, which re-distributes income among countries that are already some of the wealthiest.

2.4. Business models are changing

The pandemic has caused tremendous shifts in the world economy, forcing businesses to change their business models, maybe permanently. Not only have there been sudden upheavals in supply chains, due to changing demand and transport problems, but there is also a political dimension. In Europe, and probably also in other parts of the world, there have been calls to end reliance on other countries or regions for essential products and to keep production local. In a similar vein, Waris describes the pandemic as a “watershed moment” for African states, which have been excessively reliant on selling to foreign markets, to become more self-sufficient and ensure that value chains are closer to home³⁰. And in the US, three senators have proposed using tax measures to encourage US business to move manufacturing from low-wage countries back to the US³¹. This political movement has not yet been translated into action, but this is a trend that may have a structural impact on the business models of MNEs.

The most immediate impact on business has been the sudden changes in profitability, with some businesses going from making profit to incurring losses almost at the flick of a switch, and others making a large profit from the sudden increase in demand for their products. Both sides raise a tax issue, albeit of different kind. Businesses suffering losses, if they survive, will be concerned about whether they will be able to use their losses effectively. Businesses making sudden, large profits, on the other hand, now find themselves subject to the calls for excess profit taxation mentioned above.

²⁸ Available at: <https://www.taxnotes.com/opinions/does-oecd-digital-tax-project-need-pillar-3-watch/2020/05/22/2ck61>.

²⁹ See note 19.

³⁰ See note 22.

³¹ Senators urge Trump to support the End Outsourcing Act. *Tax Notes Today International* 125-22, 2020, reproducing the letter of 25 June 2020 from Sen. Kirsten E. Gillibrand, D-N.Y., Sen. Gary C. Peters, D-Mich., and Sen. Tammy Baldwin, D-Wis.

For the transfer pricing specialists, this is undoubtedly an extraordinary time, as the factual parameters of their work have changed so dramatically. One of the most difficult questions they have to contend with is whether these changes are temporary (and, if so, how temporary) or permanent and structural. In other words, should they be working on how to explain the unexpected results of this year, or should they be working on a new transfer pricing structure and documentation³²? The changes that have already happened require an immediate response, which might provide opportunities if used cautiously³³, but a major difficulty is that data on comparables will not be available for at least a year³⁴. Monique van Herksen and Jo Crookshank write that there might be a case for ad hoc decisions, although they also warn that “[t]inkering with transfer pricing models this way will be a real balancing act that is not without risk. Short term gains in this respect may undoubtedly lead to longer term challenges”³⁵.

2.5. Patterns of work are changing (or “Stay at home”)

All over the world, people are working at home. This article is being written at home. Even the CEO of KLM-Air France was reported on the Dutch television news early in 2020 as saying that the pandemic had made him realize that he did not need to fly so often, because it was perfectly possible to conduct most meetings through a video-conference. And this, seemingly small, change is maybe the one that will have the greatest long-term impact on the fabric of the current international tax order, because so many fundamental concepts of international tax law depend on where individuals are.

Most of these fundamental concepts are nexus concepts, both residence and source. Residence issues arise for individuals, through days-of-presence tests and habitual abode tests, and for companies, through place-of-management tests. Source issues arise for enterprises if the presence of employees or agents might create a permanent establishment, and for the employees themselves if their days of presence in a state takes them over the treaty threshold for source-state taxation. The OECD secretariat has published guidance in respect of these issues³⁶,

³² FELGRAN, Steven D.; and WRAPPE, Steven C. It’s different this time – pandemic-induced recession drives transfer pricing changes. *Bloomberg Law News*, 2020-06-29T04:39:12484-04:00. See also: FINLEY, Ryan. OECD wants taxpayer input on COVID-19 transfer pricing issues. *Tax Analysts* DOC 2020-22798.

³³ ALMAND, Ken; and HUME, Anton. Covid-19 – transfer pricing opportunities and implications. *Bloomberg Law News*, 19 June 2020.

³⁴ VAN HERKSEN, Monique; and CROOKSHANK, Jo. (In)direct tax considerations in light of Covid-19 and Brexit, *Bloomberg Law News*, 23 July 2020.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ For a full discussion of these issues, see: OECD. *OECD Secretariat analysis of tax treaties and the impact of the COVID-19 crisis*. 3 April 2020. Available at: <https://read.oecd-ilibrary.org/view/?re>

which takes the position generally that the disruption caused by the pandemic is an exceptional, temporary circumstance and not sufficient to displace the long-term characterisation of cross-border fact patterns. Many countries have issued guidance with a similar message, stating that they will not regard pandemic-induced changes as evidence of a new factual situation³⁷. The one exception in the OECD secretariat guidance concerns construction-site PEs, where the absolute nature of the threshold in the OECD Model leaves little room for such an interpretation.

At some point, if the disruption to working patterns becomes permanent, decisions will be necessary about when to stop treating these fact patterns as exceptional. Yet the ease with which the OECD and many countries have adopted this flexibility about concepts based on the presence of individuals implies that the reason for the presence is more important than the presence itself. Like the discussion about highly digitalised business, these new fact patterns call into question the conceptual basis of traditional connecting factors.

The new norm of working at home, in particular, has called into question the relevance of the place of activity of individuals as a connecting factor. Reliance on this factor might make sense for individuals who have to carry out their work at a specific place, which was almost always the case when the foundations of the international tax order were laid down but, in an increasingly digital and remote working environment, how much significance should be accorded to the physical space where an individual sits behind his or her laptop? The new possibilities have not been lost on, for example, Barbados, which now invites individuals to “work from Paradise”, offering “a special visa for remote workers who want to work and live in Barbados” that it names a “welcome stamp”³⁸.

The issues relating to the allocation of taxing rights over individuals were already discussed, before the pandemic, by Svetislav Kostic, who concludes that “age-old concepts and instincts that guided the drafting of tax treaty provisions dealing with the taxation of employment income ... are losing their merit, not only before technology itself, but more importantly before the ways in which global lifestyles are changing”³⁹. His article focusses on “digital nomads”, who no doubt find their nomadic existence severely curtailed by the travel restrictions imposed in response to the pandemic, but many of the questions he raises about

f=127_127237-vsdaagpp2t3&title=OECD-Secretariat-analysis-of-tax-treaties-and-the-impact-of-the-COVID-19-Crisis. Note, however, that this document reflects the views of the OECD Secretariat, not the views of the OECD Member States acting through the Council of the OECD.

³⁷ See note 9.

³⁸ See: <https://www.barbadoswelcomestamp.bb/>.

³⁹ KOSTIĆ, S. V. In search of the digital nomad – rethinking the taxation of employment income under tax treaties. *World Tax Journal* v. 11, 2019, Journal Articles & Papers IBFD. Accessed: 1 Aug. 2020.

the traditional connecting factors apply equally to the huge increase in remote working.

2.6. Where did the substance go?

Yet the impact of the pandemic does not stop there, because the increase in remote working means that, while individuals are moving around less physically, at least until travel restrictions are lifted, they are “moving around” more in a virtual sense. As the acceptance of remote working and internet meetings increases, many business processes that require human interaction will be carried out ... where? As characterized by Michael Lennard, digital working causes a de-linking of the place where the work is carried out and the place where the economic value of what is created is delivered⁴⁰, raising issues that echo the debate about the allocation of taxing rights to production countries and market countries.

At the same time, remote working means that “the office” is becoming more diffuse. Not only might the employees of one workplace be scattered all over the world, it also becomes easier for the employees of large businesses to participate in business processes across the entire enterprise, disregarding the physical and legal distinctions among its component parts. If you are interested enough in international tax law to be reading this article, you have probably already “attended” a conference or seminar digitally that you would not have attended if it had been organised physically. The same phenomenon is likely to occur within multinational businesses, with employees being drawn into work processes that they would not otherwise have participated in. This diffusion of work activities will make it increasingly difficult to pin down the substance of an enterprise, or parts of it, to a specific geographical location.

In the corporate tax statistics it published in July 2020, the OECD used CbCR data for the first time, noting that this data “provides some fresh insights on BEPS” and observing a misalignment between the location where profits are reported and the location where economic activities occur⁴¹. This conclusion is based partly on statistics about employees and the report observes that “[r]evenues per employee tend to be higher where statutory CIT rates are zero and in investment hubs”, although it also states that “[w]hile this may be a high-level indicator of BEPS it could also reflect differences in capital intensity or in worker productivity”⁴². Nevertheless, the “new normal” of remote working seems set to exacerbate this issue, as the formal allocation of employees to different parts of a large enterprise will become increasingly irrelevant to their actual work practices and therefore easier to manipulate.

⁴⁰ See note 10.

⁴¹ Available at: <http://www.oecd.org/tax/tax-policy/corporate-tax-statistics-second-edition.pdf>, p. 41.

⁴² *Ibidem*, p. 42.

3. Conclusion

As Stef van Weeghel has observed, the COVID-19 pandemic has added a social and economic crisis to the crisis that we already had in the international tax order⁴³. The pandemic strengthens some trends, such as the political backlash against large MNEs, puts others into greater relief, such as the discussion about digitalization, and shows us weak points in the traditional international tax order. In these respects, the importance of the pandemic is maybe not that it will in itself cause changes to the international tax order, but that it has created a watershed moment in dealing with changes that were already underway. On a wider scale, the pandemic has also highlighted issues of inequality and only time will tell whether this is sufficient to create a serious push towards a re-distributive element in the international tax order that will allocate to poor countries a larger share of the international tax pie as a matter of right.

We are still in the throes of the crisis as this article is being written and the initial impressions recorded here should be seen in the spirit of a “time capsule”. I will be curious to re-open the capsule in preparation for the IBDT conference in September, but particularly in one years’ time and then again in five years’ time, to see how many of these thoughts, if any, still ring true.

⁴³ IBFD video interview with Stef van Weeghel. Available at: <https://www.ibfd.org/IBFD-Tax-Portal/Tax-Takes-Video-Series-COVID-19-Global-Tax-Implications>, episode 10.

Paraísos Fiscais Digitais

Digital Tax Havens

Alexandre Alkmim Teixeira

Doutor em Direito Tributário pela USP. PhD. Universidade de Santiago de Compostela.

Resumo

Este trabalho é parte de minha pesquisa de pós-doutorado perante a Universidade de Santiago de Compostela e lida com os novos desafios da economia digital, aproximando o uso dos criptoativos como um novo modelo de paraíso fiscal. Mostramos que os paraísos fiscais tradicionais são geralmente usados (i) como centros financeiros, (ii) para fins de planejamento tributário e (iii) para lavagem de dinheiro. Mas, com a troca de informações financeiras no plano mundial, os paraísos fiscais tradicionais podem ser substituídos pelo uso dessas novas tecnologias.

Palavras-chave: Tributação Internacional. Paraíso Fiscal. Economia Digital.

Abstract

This paper is part of my Ph.D research at the Santiago de Compostela University and deals with the challenge of digital economy, approaching the use of cryptoassets as a new standard of tax havens. We appoint that traditional tax havens are mostly used (i) as financial centers, (ii) for tax planning and (iii) for money laundry. But with the worldwide exchange of informations for tax purposes, traditional tax havens may be replaced with the use of these news technologies.

Keywords: International Taxation. Tax Haven. Digital Economy.

Introdução

A atividade tributária tem enfrentado, no curso dos tempos, severos desafios diante da evolução da economia global. É natural que, na esteira do incremento das relações econômicas, os Estados busquem alcançar a riqueza auferida por seus fatores de produção espalhados em diversas jurisdições. No entanto, a natural resistência dos contribuintes à tributação tem demandado a instrumentalização de estruturas próprias capazes de identificar os fatos jurídicos tributariamente relevantes, permitindo o alcance da norma tributária.

Historicamente, os paraísos fiscais são um desafio a ser enfrentado¹. Por maiores que tenham sido os esforços dos Estados para, isoladamente ou em conjunto, definir e conceituar, identificar e classificar os paraísos fiscais, certo é que nunca se chegou a um resultado final satisfatório.

¹ PALAN, Ronen. History of Tax Havens. Disponível em: <http://www.historyandpolicy.org/policy-papers/papers/history-of-tax-havens>. Acesso em: 15 jul. 2020.

Vários fatores contribuem para as dificuldades quanto à caracterização dos paraísos fiscais, que evoluem e se transmutam na mesma velocidade que a economia global. Talvez, no entanto, o fator mais relevante seja de cunho político-econômico. Isso porque as grandes economias do mundo ou mantêm estruturas análogas ao funcionamento dos paraísos fiscais, ou deles mantêm uma grande proximidade, o que nos permite dizer que os paraísos fiscais são parte integrante da economia mundial contemporânea.

É visível como, embalados pela globalização e pelo crescimento da economia mundial, a utilização dos paraísos fiscais tornou-se cada vez mais frequente.

Além dos tradicionais paraísos fiscais do Caribe da Europa, outros tantos surgiram no Oriente Médio e na Ásia, impulsionando as economias locais mediante o oferecimento de vantagens diversas.

São três, basicamente, as razões pelas quais os paraísos fiscais são utilizados:

- 1) finalidade operacional e desburocratização nas transações de remessas e recebimento de recursos no exterior;
- 2) planejamento tributário em busca de vantagens de cunho fiscal, mediante a baixa ou nenhuma tributação das operações *offshore*; e
- 3) lavagem de dinheiro e ocultação patrimonial.

Certo é que as estruturas utilizadas para o atendimento dos interesses supra descritos seguem um padrão: em geral, a utilização dos paraísos fiscais se dá pela interposição de uma ou mais pessoas em referidas jurisdições para a realização de negócios que, de certa forma, poderiam ter sido realizados diretamente.

Apesar da ausência de objetividade de conceitos, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, desde 1998², tem buscado enfrentar o tema referente aos paraísos fiscais, esbarrando em grandes dificuldades na definição de critérios objetivos que possam levar a sua classificação. Algumas características³, no entanto, são comuns aos paraísos fiscais em geral:

- a) estabilidade política – são jurisdições, não necessariamente democráticas, que apresentam conjuntura política estável de um governo capitalista;
- b) estabilidade econômica – um dos principais requisitos para o funcionamento de um paraíso fiscal é possuir uma economia sólida e estável, que permita o funcionamento de instituições financeiras sólidas;
- c) presença de instituições financeiras sólidas, que permitam a concentração e a acumulação dos recursos das empresas, em geral atreladas às grandes instituições financeiras do mundo; e
- d) legislação comercial e financeira avançadas, alinhadas aos principais tipos negociais utilizados nas operações internacionais.

² OECD. *Harmful Tax Competition: an emerging global issue*. Paris: OECD, 1998.

³ BENNEDSEN, Morten; ZEUME, Stefan. Corporate Tax Havens and Transparency. *The Review of Financial Studies I*, v. 31, n. 4, 2018.

Identificadas essas características, o país apto ao funcionamento como paraíso fiscal em geral concede:

- a) baixa ou nenhuma tributação das operações *offshore*; e
- b) sigilo societário e/ou financeiro das operações realizadas sob sua jurisdição.

No entanto, dois momentos históricos colocaram em xeque o funcionamento e a utilização dos paraísos fiscais no seu formato tradicional.

O primeiro deles reporta-se aos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, com alterações ligadas mais proximamente ao direito penal.

De fato, observamos que, apesar de a OCDE ter instalado seu Fórum Global de Transparência Fiscal em 1999, somente após 2001 a Comunidade Internacional e, em especial, os Estados Unidos da América⁴ passaram a reconhecer a real importância de referido núcleo para o controle das jurisdições de baixa tributação.

Se num primeiro momento a principal característica dos paraísos fiscais era a baixa ou nenhuma tributação, a partir de 2001, a grande preocupação da Comunidade Internacional passou a ser a concessão, pelos paraísos fiscais, de sigilo societário e de sigilo financeiro absolutos. Isso porque a utilização de sociedades anônimas com ações ao portador e a previsão de sigilo financeiro absoluto por meio de contas numeradas, por exemplo, permitiam a ocultação de patrimônio de origem ilícita e, principalmente, a sua utilização para financiamento de atividades ilícitas, como o próprio terrorismo.

Foi assim que a OCDE capitaneou um movimento global de restrição aos paraísos fiscais que não permitissem o acesso às informações financeiras e societárias em caso de investigação da prática de crimes.

Nesse primeiro momento, as jurisdições então conhecidas como paraísos fiscais se ocuparam de permitir, caso necessário, a identificação do real beneficiário dos valores mantidos perante suas instituições financeiras, quando instados para tanto em decorrência de investigações internacionais de cunho penal, seja mediante a quebra de sigilo financeiro, seja mediante a identificação do titular das sociedades registradas em seu território.

O segundo momento é a crise financeira mundial de 2008, de cunho eminentemente fiscal.

Com o estouro da bolha econômica norte-americana, com reflexos em toda a economia mundial, os Estados se alinharam no combate aos planejamentos tributários agressivos, como forma de preservação de suas receitas fiscais.

⁴ UNITED STATES OF AMERICA. *Department Of The Treasury*. Disponível em: <https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/po366.aspx>. Acesso em: 15 jul. 2020.

Referidos mecanismos foram contemplados no chamado Plano BEPS – *Base Erosion and Profit Shifting*, com previsão de 15 ações estruturadas de reconhecimento e controle do que passou a ser chamado planejamento tributário agressivo⁵.

Paralelamente ao BEPS, os EUA implementaram o FATCA – *Foreign Account Tax Compliance Act*, e a comunidade internacional celebrou a Convenção sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária, em vigor desde 2017, e que já contacom 152 signatários.

Esse segundo momento decretou o fim do sigilo financeiro para fins fiscais. Isso porque os países signatários de referidos tratados se viram obrigados à abertura dos dados financeiros de seus correntistas e ao correspondente intercâmbio automático de referidas informações. Como decorrência, o *Common Report Standard* – CRS prevê o intercâmbio de informações bancárias e o *Country by Country Report* – CbC permite a disponibilização de outras informações relevantes para o controle tributário⁶, tais como o pagamento de dividendos, juros, *royalties*, transações imobiliárias etc.

As consequências do não alinhamento às novas práticas de abertura do sigilo financeiro e intercâmbio de informações passaram a ser severas: no âmbito do FATCA, qualquer recurso oriundo de instituição financeira norte-americana ou instituição financeira participante passou a ficar sujeito à retenção de 30% na fonte.

No entanto, alterou-se a premissa utilizada para caracterização dos chamados paraísos fiscais⁷.

Após a entrada em vigor dos tratados de intercâmbio de informações para fins fiscais, a principal característica para identificação de uma jurisdição como paraíso fiscal passou a ser a opacidade.

Aqueles países e aquelas jurisdições que não permitem o acesso e o intercâmbio de informações para fins fiscais estão sendo alijadas do mundo financeiro global, pela sua caracterização como paraísos fiscais, sujeitas a restrições negociais com países de tributação normal.

Disso identificamos dois efeitos:

- 1) a alteração do critério de definição dos paraísos fiscais, de baixa tributação para opacidade, carrou para dentro dos países de tributação normal as práticas e as operações realizadas com baixa ou nenhuma tributação da renda. É dizer, se antes a vantagem tributária das empresas multinacio-

⁵ Ver melhor em TEIXEIRA, Alexandre Alkmim (coord.). *Plano BEPS*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

⁶ Ver melhor em TEIXEIRA, Alexandre Alkmim. *Compliance e informação fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

⁷ OECD. Brief on the State of Play on the international tax transparency standards – September 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transparency/brief-and-FAQ-on-progress-on-tax-transparency.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020.

nais estava oculta, agora estas passaram a ser deflagradas sem qualquer sigilo, permitindo sua identificação (em decorrência dos tratados de troca de informação fiscal) e seu controle (como pretendido por meio dos mecanismos previstos no Plano BEPS);

- 2) houve o surgimento e a utilização em massa das novas tecnologias e de moedas eletrônicas, também chamadas de criptomoedas, como um novo e importante mecanismo de agilidade financeira e negocial, mas que também permite a fuga à tributação pelos estados de tributação normal, bem como a ocultação patrimonial.

O surgimento desse universo paralelo, virtual, eletrônico, fora das amarras das jurisdições dos Estados, criou o que pretendemos seja reconhecido como paraíso fiscal digital.

A importância desses novos mecanismos é assombrosa: em 1º de janeiro de 2017, o valor de 1 Bitcoin (apenas para fazer referência à criptomoeda mais utilizada) era de US\$ 829,70. Em dezembro de 2017, após a entrada em vigor da Convenção Multilateral, o valor de 1 Bitcoin passou a ser de US\$ 18.767,70, ou seja, um aumento de 22.620 vezes o seu valor original em apenas um ano. Essa brusca alteração evidencia uma forte migração de recursos das instituições financeiras tradicionais para o Blockchain.

Apesar de não podermos comprovar, neste momento, que referida migração decorreu da entrada em vigor da Convenção Multilateral, é fato que ela ocorreu.

Com a pandemia causada pelo COVID-19, houve um aumento considerável da utilização das plataformas digitais como instrumento de comunicação, aquisição de bens e prestação de serviços. É possível que esse evento marque o terceiro momento de mudança nas relações econômicas e, por consequência, de sua respectiva tributação.

1. Dinheiro digital e criptomoedas

Inicialmente, é necessário diferenciar o conceito de dinheiro digital do conceito de criptomoedas.

Segundo o estudo publicado no âmbito do Parlamento Europeu, dinheiro digital refere-se a qualquer modalidade de referência monetária processável de forma digital, e pode ser apresentada, basicamente, por três modalidades⁸:

⁸ “The European Central Bank (‘ECB’) has classified cryptocurrencies as a subset of virtual currencies. In a report on Virtual Currency Schemes of 2012, it defined such currencies as a form of unregulated digital money, usually issued and controlled by its developers, and used and accepted among the members of a specific virtual community. 52 It further clarified that three types of virtual currencies can be distinguished depending on the interaction with traditional currencies and the real economy: i. virtual currencies that can only be used in a closed virtual system, usually in online games (e.g. World of Warcraft Gold); ii. virtual currencies that are unilaterally linked to the real economy: a conversion rate exists to purchase the currency (with traditional money) and the purchased currency can subsequently be used to buy virtual goods and services

- a) dinheiro virtual em ambiente fechado, em que a representação financeira existe apenas no ambiente virtual de determinada plataforma, por exemplo, moedas adquiríveis e utilizáveis apenas dentro de jogos eletrônicos;
- b) dinheiro virtual com representação unilateral, em que moedas reais são utilizadas para adquirir moedas virtuais que servem para comprar bens ou serviços no ambiente eletrônico; e
- c) dinheiro virtual com representação bilateral, em que as moedas virtuais podem ser compradas e vendidas por correspondências em moedas real, servindo para comprar tanto bens e serviços no ambiente eletrônico quanto bens e serviços reais; aqui se enquadrando as criptomoedas.

Nesse sentido, toda criptomoeda é dinheiro virtual, mas nem todo dinheiro virtual pode ser classificado como criptomoeda. Para ser classificada como tal, é necessário que a moeda possua expressão financeira para conversão em moeda real tanto para compra quanto para venda.

Necessário ressaltar que, ao se considerar a acepção estrita do termo, a criptomoeda não é uma moeda propriamente dita, uma vez que não é emitida e controlada por um Banco Central e não possui lastro para sua emissão. No entanto, considerada a funcionalidade, as criptomoedas são representações de valor financeiro com capacidade de acúmulo patrimonial e solvência de pagamentos, na exata medida em que o são as moedas reais.

Ou seja, se por um lado pode existir controvérsia quanto à natureza das criptomoedas (para saber se é moeda, direito, bem etc.), por outro não há como negar que, quanto à funcionalidade, as criptomoedas assumem a função de moedas, como instrumento de pronto pagamento e representação financeira com poder de solvência no cumprimento de obrigações em dinheiro.

Por sua vez, as criptomoedas não devem ser confundidas comos tokens e as criptosecurities.

Segundo Houben e Snyers:

“Tokens são emitidos no âmbito de uma Oferta Inicial de Token ou ‘TTO’ 71 para angariar fundos para um determinado empreendimento. Eles constituem uma nova classe de ativos criptográficos (ou seja, ativos digitais registrados em razão, garantido por cryptography⁷²) que incorporam algum tipo de reivindicação contra uma entidade (ou contra os seus fluxos de caixa, activos, valor residual, bens ou serviços futuros, etc.) que resultam da utilização de tecnologia”⁹.

(and exceptionally also to buy real goods and services) (e.g. Facebook Credits); iii. virtual currencies that are bilaterally linked to the real economy: there are conversion rates both for purchasing virtual currency as for selling such currency; the purchased currency can be used to buy both virtual as real goods and services”. EUROPEAN PARLIAMENT. Cryptocurrencies and blockchain. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/150761/TAX3%20Study%20on%20cryptocurrencies%20and%20blockchain.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020.

⁹ Ibidem.

As criptosecurities referem-se a representações de direitos mobiliários (ações, debêntures etc.) que se utilizam do sistema Blockchain para emissão e operação, não podendo ser confundida com criptomoeda.

Estes três elementos, criptomoedas, tokens e criptosecurities, são espécies de criptoativos, assim considerados como ativos patrimoniais existentes no ambiente virtual criptografado.

2. Paraísos fiscais digitais

No universo do Blockchain, as informações são arquivadas de forma pública em diversos computadores habilitados para funcionarem como depositários de referidas informações, sendo que qualquer operação exige a confrontação de tais informações perante as várias fontes de armazenamento¹⁰.

O Blockchain possui duas grandes vantagens: a primeira é que uma mesma informação é armazenada em vários computadores, o que torna quase impossível a adulteração dos dados, que teria de alcançar todas as bases de armazenamento de forma simultânea. A segunda é que as informações são sigilosas, de forma que somente aquele que detém o acesso da conta no Blockchain pode informar o saldo de criptoativos e as operações que são realizadas entre contas presentes no mesmo sistema.

E esse contexto de segurança e sigilo tornou propícia a utilização dessas novas tecnologias dentro da mesma funcionalidade que se tem com os paraísos fiscais tradicionais, no que reconhecemos como sendo os paraísos fiscais digitais.

Paraísos fiscais digitais referem-se às estruturas disponíveis a partir do surgimento das novas tecnologias que permitam a acumulação e a operação de patrimônio financeiro em ambiente virtual sem que haja possibilidade de acesso a referidas informações por parte das autoridades fiscais. O elemento essencial que caracteriza o paraíso fiscal digital é a opacidade, de forma que, como as operações se dão no âmbito do Blockchain, não é possível a terceiros acessarem tais operações nem visualizá-las para fins de controle.

Nesse contexto, identificamos algumas aproximações do conceito tradicional de paraíso fiscal.

2.1. Aproximações entre os paraísos fiscais digitais e os paraísos fiscais tradicionais

Ao falar das aproximações entre os paraísos fiscais tradicionais e os paraísos fiscais digitais, necessário retomar a finalidade atribuída aos paraísos fiscais tradicionais, a saber:

- a) utilização como centro financeiro e de negócios;
- b) planejamento tributário; e

¹⁰ Ibidem.

c) ocultação patrimonial e lavagem de dinheiro.

Referidas finalidades são possíveis em decorrência das características dos paraísos fiscais tradicionais, em especial a baixa ou nenhuma tributação e a opacidade.

É possível constatar que todos esses elementos podem também ser identificados nos paraísos fiscais digitais.

2.1.1. Utilização como centro financeiro

A utilização das criptomoedas no Blockchain apresenta-se como eficiente mecanismo de concentração patrimonial e de pagamento, com mais presteza e menos burocracia do que se encontra nos PFT.

É que, em quaisquer hipóteses, as operações no âmbito do Blockchain são feitas à margem da legislação de controle aplicável, com maior ou menor intensidade, às instituições que operam no mercado financeiro mundial.

Num ambiente de Blockchain, não existe a configuração do conceito de residência, de forma que os emissores e os receptores das criptomoedas não passam pela burocracia usualmente aplicável às operações financeiras realizadas entre pessoas localizadas em países diferentes.

Em verdade, o Blockchain desafia o próprio conceito de território, uma vez que, no ambiente virtual, não há como se controlar a origem e o destino dos recursos, todas processadas num *universo paralelo* sem fronteiras.

Nesse sentido, se um residente no Brasil transfere recursos a um residente na Espanha por meio do Blockchain, referida operação será processada exatamente nos mesmos moldes que seriam caso a operação se desse entre duas pessoas residentes no Brasil ou duas pessoas residentes na Espanha. Nesse *universo paralelo* virtual criado a partir do Blockchain, não existem fronteiras e as transações com criptomoedas não passam por um controle dos bancos centrais dos estados onde os operadores são residentes.

E os paraísos fiscais tradicionais sempre foram utilizados como forma de superar as burocracias próprias dos países de tributação normal nas transações financeiras internacionais, reduzindo os trâmites necessários à remessa e ao recebimento de recursos. Nos paraísos fiscais digitais, referidas burocracias simplesmente não existem.

As operações de pagamento e recebimento em criptomoedas se dão internamente no âmbito virtual, sem qualquer dever de justificação da causa ou origem e sem qualquer controle burocrático da operação. Os recursos transitam no mundo inteiro sem que haja qualquer fronteira, de forma mais rápida e eficiente.

2.1.2. Ocultação patrimonial e lavagem de dinheiro

Talvez a maior preocupação das autoridades constituídas seja a utilização dos paraísos fiscais digitais para fins ilícitos. Isso porque, dada a impossibilidade, ou

na visão mais otimista, a dificuldade de se controlar a titularidade do patrimônio mantido no Blockchain, a sua utilização para fins de ocultação patrimonial ou lavagem de dinheiro torna-se uma realidade inafastável.

Tanto nas operações com criptomoedas como nas operações com criptosecurities, a titularidade de referidos valores somente pode ser identificada no momento em que estes se convertem em recursos no ambiente real, por meio da Exchange.

No entanto, enquanto o patrimônio se mantiver exclusivamente no ambiente do Blockchain, não há como identificar quem são os titulares de referidas disponibilidades.

Pode, assim, a pessoa manter os recursos e realizar operações dentro do Blockchain, acumulando criptomoedas ou transacionando criptosecurities sem que haja qualquer controle por parte das autoridades fiscais e monetárias a que seus titulares estão vinculados.

2.1.3. Planejamento tributário

Situação mais complexa é a utilização dos paraísos fiscais digitais como mecanismo de planejamento tributário.

Essa complexidade decorre justamente do pressuposto essencial do planejamento tributário: a licitude.

Pensar no paraíso fiscal digital como mecanismo de evasão fiscal é fácil: as operações se dão de forma opaca e sem controle operacional por parte das autoridades fiscais, de forma que ganhos, perdas, transações e operação com criptomoedas e criptosecurities podem promover o não alcance do poder de tributar dos países de tributação normal – mas de forma ilícita, justamente pela ocultação dolosa promovida pelos seus titulares. Essa ocultação dolosa leva à caracterização de tais operações como evasão fiscal, e não como elisão fiscal.

Todavia, o planejamento tributário com os paraísos fiscais digitais mostra-se altamente eficiente em dois momentos: 1) apuração do ganho nas operações em decorrência do desenquadramento na legislação tributária; e 2) conjugação dos paraísos fiscais digitais com operação em paraísos fiscais tradicionais.

Conclusão

A utilização dos criptoativos e sua operação no ambiente do Blockchain apresentam grandes desafios para as autoridades tributárias. Por possuírem as mesmas funcionalidades dos paraísos fiscais tradicionais, como (i) centro operacional financeiro para agilidade de pagamento; (ii) redução ou não pagamento de tributos; e (iii) ocultação patrimonial e lavagem de dinheiro, referidas estruturas virtuais estão aptas a assumir o papel outrora exercido pelos paraísos fiscais tradicionais.

No entanto, as soluções que ora se apresentam, focadas no acesso à informação a partir dos tratados de intercâmbio de informação fiscal, estão longe de dar

tratamento eficiente e seguro à matéria. São novos desafios diante dessas novas tecnologias.

Referências bibliográficas

- BENNEDSEN, Morten; ZEUME, Stefan. Corporate Tax Havens and Transparency. *The Review of Financial Studies* I, v. 31, n. 4, 2018.
- EUROPEAN PARLIAMENT. Cryptocurrencies and blockchain. Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/cmsdata/150761/TAX3%20Study%20on%20cryptocurrencies%20and%20blockchain.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020.
- OECD. Brief on the State of Play on the international tax transparency standards – September 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transparency/brief-and-FAQ-on-progress-on-tax-transparency.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020.
- _____. *Harmful Tax Competition: an emerging global issue*. Paris: OECD, 1998.
- PALAN, Ronen. History of Tax Havens. Disponível em: <http://www.historyandpolicy.org/policy-papers/papers/history-of-tax-havens>. Acesso em: 15 jul. 2020.
- TEIXEIRA, Alexandre Alkmim (coord.). *Plano BEPS*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- _____. *Compliance e informação fiscal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- UNITED STATES OF AMERICA. *Department Of The Treasury*. Disponível em: <https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/po366.aspx>. Acesso em: 15 jul. 2020.

O Acordo TRIPS e o Princípio da Não Discriminação no Direito Tributário Brasileiro: Caso da CIDE-Remessas

TRIPS Agreement and the Non Discrimination Principle in Brazilian Tax Law: The CIDE-Remittances Case

Marcus Lívio Gomes

Professor Associado de Direito Tributário nos programas de mestrado e doutorado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre e doutor em Direito Tributário pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-doutor e pesquisador no Institute of Advanced Legal Studies (IALS/University of London). Juiz federal.
E-mail: marcusliviogomes@gmail.com.

Doris Canen

LLM em Direito Tributário Internacional pela King's College London (Bolsista Chevening). Pós-graduada em Direito Tributário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Mestre e bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes (UCAM). Membro dos grupos de pesquisa de Tributação e Novas Tecnologias da FGV e de Tributação Internacional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada. *E-mail:* doriscanen@gmail.com.

Resumo

Neste artigo, os autores apresentam uma análise da CIDE-Remessas incidente para *royalties* pagos ao exterior por importadores de propriedade intelectual brasileiros e se tal incidência viola a cláusula de não discriminação do Acordo TRIPS.

Palavras-chave: não discriminação, TRIPS, CIDE-Remessas.

Abstract

In this article the authors present an analysis of the CIDE-Remittances imposition for royalties paid abroad by Brazilian intellectual property importers and if this violates the TRIPS non-discrimination clause.

Keywords: non-discrimination, TRIPS, CIDE-Remittances.

Introdução

Intangíveis como inovação, criatividade, marca e geração de valor têm cada vez mais relevância no comércio internacional. Diferentemente do passado recente, em que o foco das relações comerciais girava em torno da compra e venda de bens, atualmente os intangíveis ganham cada vez mais importância. Patentes, marcas, desenhos industriais e computação na nuvem estão cruzando cada vez mais fronteiras e se tornaram essenciais na política de desenvolvimento e comércio dos países que cada vez mais valorizam a proteção da propriedade intelectual.

O Brasil é signatário do Acordo TRIPS, que especificamente tem como objeto a proteção da propriedade intelectual em nível mundial.

Entre as diversas cláusulas do referido acordo, vale destacar o art. 3 e a nota 3, por meio dos quais é determinado que cada membro do acordo concederá aos nacionais dos demais países-membros tratamento não menos favorável que o outorgado aos seus próprios nacionais com relação à regulação da propriedade intelectual.

Nessa esteira de entendimento, caso interessante a ser analisado à luz do Acordo TRIPS é a incidência da CIDE-Remessas ao contribuinte brasileiro que realiza a remessa de *royalties* para o exterior.

Assim, a intenção deste artigo não é esgotar a matéria, e sim trazer uma análise da incidência da referida contribuição sob tais remessas, violação ao TRIPS e apresentar Solução de Consulta da Receita Federal do Brasil (RFB) sobre o assunto.

A análise será realizada por meio de um histórico do Acordo TRIPS, breve comparação entre o princípio da não discriminação nos tratados tributários brasileiros e no Acordo TRIPS, bem como uma análise da incidência da CIDE-Remessas e violação ao referido acordo.

Essa análise se torna cada vez mais relevante, com a crescente inserção e participação do Brasil no cenário internacional, em investimentos estrangeiros, bem como o foco das autoridades fiscais globais em uma tributação justa.

1. Acordo TRIPS: histórico e objetivos¹

De 1948-1994, o General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) – Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio – ditou as regras para grande parte do comércio mundial e foi a força principal em períodos que registraram algumas das maiores taxas de crescimento no comércio internacional. Parecia bem estabelecido, mas, ao longo desses 47 anos, foi um acordo e uma organização provisórios (a sigla representa tanto o acordo quanto a organização)².

A criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) em 1º de janeiro de 1995 marcou a maior reforma do comércio internacional desde o final da Segunda Guerra Mundial. Enquanto o GATT lidava principalmente com o comércio de mercadorias, a OMC e seus acordos, além do comércio de mercadorias, também abrangem o comércio de serviços (*General Agreement on Trade in Services* – GATS) e a propriedade intelectual (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* – TRIPS), objeto deste estudo³.

¹ WORLD TRADE ORGANIZATION. History of the multilateral trading system. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/history_e/history_e.htm. Acesso em: 20 jun. 2020. WORLD TRADE ORGANIZATION. Intellectual property: protection and enforcement. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm7_e.htm. Acesso em: 20 jun. 2020. Resumo e tradução livre dos autores.

² WORLD TRADE ORGANIZATION. History of the multilateral trading system. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/history_e/history_e.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

³ Ibidem.

O Acordo TRIPS desempenha um papel crítico na facilitação do comércio de conhecimento e criatividade, na resolução de disputas comerciais sobre propriedade intelectual e na garantia aos membros da OMC de alcance dos seus objetivos domésticos. O acordo é o reconhecimento jurídico da importância do vínculo entre propriedade intelectual e comércio.

Com a constante modernização das atividades comerciais e a crescente importância da propriedade intelectual, novas regras comerciais internacionalmente acordadas para direitos de propriedade intelectual foram vistas como uma maneira de introduzir mais ordem e previsibilidade aos sistemas jurídicos e resolver disputas de maneira mais sistemática.

A Rodada do Uruguai de 1994 em que nasceu o Acordo TRIPS (a ser regido pela OMC, que nasceu em 1995) teve o objetivo de tentar diminuir as lacunas na maneira como esses direitos são protegidos e aplicados em todo o mundo e de colocá-los sob regras internacionais comuns. Estabelece padrões mínimos de proteção e aplicação que cada governo deve conceder à propriedade intelectual mantida por nacionais de membros da OMC.

Sob o Acordo TRIPS, os membros da OMC têm um escopo considerável para adaptar suas abordagens à proteção e aplicação da propriedade intelectual, a fim de atender às suas necessidades e alcançar objetivos de políticas públicas. O acordo oferece amplo espaço para os membros encontrarem um equilíbrio entre os benefícios de longo prazo de incentivar a inovação e os possíveis custos de curto prazo de limitar o acesso a criações da mente. Os membros podem reduzir custos de curto prazo por meio de vários mecanismos permitidos pelas disposições do TRIPS, como exclusões ou exceções aos direitos de propriedade intelectual. E, quando houver disputas comerciais sobre a aplicação do Acordo TRIPS, o sistema de solução de controvérsias da OMC está disponível.

O Acordo TRIPS abrange cinco tópicos principais:

- Como as disposições gerais e os princípios básicos do sistema multilateral de comércio se aplicam à propriedade intelectual internacional.
- Quais são os padrões mínimos de proteção para os direitos de propriedade intelectual que os membros devem fornecer.
- Quais procedimentos os membros devem prever para a aplicação desses direitos em seus próprios territórios.
- Como resolver disputas sobre propriedade intelectual entre membros da OMC.
- Disposições transitórias especiais para a implementação das disposições do TRIPS.

Da mesma forma que no GATT e no GATS, o ponto de partida do Acordo TRIPS são os princípios básicos. E, como nos dois outros acordos, a não discriminação tem destaque: tratamento nacional (tratamento de estrangeiros não menos

favorável que o próprio país), objeto deste estudo, e tratamento de *most-favoured-nation* (MFN) – nação mais favorecida – não discriminando entre nacionais de parceiros comerciais. O tratamento nacional também é um princípio fundamental em outros acordos de propriedade intelectual fora da OMC.

O Acordo TRIPS tem um objetivo geral adicional importante: a proteção da propriedade intelectual deve contribuir para a inovação técnica e a transferência de tecnologia. Tanto os produtores quanto os usuários devem se beneficiar, e o bem-estar econômico e social deve ser aprimorado.

A segunda parte do Acordo TRIPS analisa diferentes tipos de direitos de propriedade intelectual e como protegê-los. O objetivo é garantir a existência de padrões mínimos de proteção em todos os membros da OMC.

No que tange ao Brasil, o conjunto de tratados da OMC foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 1.355/1994, sendo o TRIPS o Anexo 1-C. O TRIPS tornou-se de aplicação obrigatória no Brasil a partir de 1º de janeiro de 2000, em vista do prazo do art. 65.2, conforme reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial n. 1.096.434/RJ, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 9 de novembro de 2010.

2. O princípio da não discriminação e o Acordo TRIPS

Embora o objeto deste estudo seja a cláusula de não discriminação no Acordo TRIPS, vale fazer uma digressão para uma breve comparação entre essa cláusula e o art. 24 da Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Conforme ensina Jonathan Schwarz⁴, não é incomum que os sistemas tributários domésticos tratem estrangeiros de uma forma menos favorável do que os locais e, também, que investimentos feitos no exterior sejam tributados de forma mais pesada do que os realizados no país de residência. O autor ressalta que os dispositivos dos tratados relativos à não discriminação não podem ser subestimados e que sua inclusão nos tratados tributários não visa combater a dupla tributação, mas sim a tributação injusta.

No que tange à Convenção Modelo da OCDE, o art. 24⁵ versa sobre a aplicação do princípio da não discriminação em matéria de dupla tributação da renda. Todos os regimes fiscais incorporam distinções legítimas. O art. 24 trata da eliminação da discriminação fiscal em circunstâncias específicas⁶. Ele tem a inten-

⁴ SCHWARZ, Jonathan. *Schwarz on Tax Treaties*. 5. ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2018. p. 459.

⁵ Para mais informações sobre o princípio da não discriminação nos tratados tributários, ver GOMES, Edgar Santos; CANEN, Doris. O artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE e os tratados internacionais em matéria tributária no Brasil. In: SAUNDERS, Ana Paula *et al.* (org.). *Estudos de tributação internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. v. 2. p. 53-80.

⁶ RAAD, Kees Van (ed.). *Materials on International & EU Tax Law*. Leiden: ITC Leiden, 2013. p. 453-481.

ção de equilibrar o direito de um Estado contratante incorporar distinções legítimas e ao mesmo tempo evitar a discriminação injustificada.

O artigo da não discriminação presente na Convenção Modelo da OCDE⁷ aborda dois diferentes tratamentos diferenciados. São eles:

- todos os tipos de tratamento menos favorecido aplicados por um Estado contratante a nacionais do outro Estado contratante; e
- alguns tipos de tratamento menos favorecido, direta ou indiretamente, aos residentes do outro Estado contratante, quais sejam:
 - a) tributação menos favorecida à renda atribuível ao estabelecimento permanente no primeiro Estado contratante relativa às atividades comerciais exercidas por um residente do outro Estado contratante;
 - b) indedutibilidade de juros, *royalties* ou outros pagamentos realizados a residentes do outro Estado contratante;
 - c) tratamento tributário menos favorecido de uma empresa residente de um Estado contratante que seja detida ou controlada por um residente do outro Estado contratante.

O aludido dispositivo previne diferentes tratamentos tributários que são solidamente baseados em certos casos específicos, por exemplo nacionalidade, no caso do parágrafo 1º. Para o artigo e respectivas vedações serem aplicadas, todos os aspectos e circunstâncias relevantes devem ser os mesmos (ou seja, comparáveis). Isso é evidenciado com diversas expressões ao longo do artigo, como “na mesma situação” nos parágrafos 1º e 2º; “exercem as mesmas atividades”, no parágrafo 3º; ou “empresas similares”, no parágrafo 5º.

Embora o artigo busque eliminar discriminações baseadas exclusivamente em certos fundamentos, a intenção não é proporcionar um tratamento tributário melhor aos nacionais de outros países, não residentes, empresas de outros Estados ou empresas nacionais detidas ou controladas por não residentes.

Portanto, o artigo não demanda que eventuais tratamentos tributários mais favorecidos concedidos a outros países (*most-favored-nation treatment*) por meio de acordos bilaterais ou multilaterais sejam estendidos a residentes ou nacionais de terceiros Estados.

Os comentários à Convenção Modelo esclarecem que a discriminação tratada no art. 24.1 não inclui a discriminação indireta (*covert discrimination*), i.e., aquela que não diferencia expressamente com relação às características em questão, mas na prática tem o mesmo efeito.

Esclarecem ainda que as disposições do art. 24 devem ser interpretadas em conformidade e no contexto dos demais artigos da convenção. Portanto, as regras dispositivas das convenções não podem ser consideradas ofensivas ao art. 24, mes-

⁷ Tradução livre da Convenção Modelo da OCDE, art. 24.

mo que se apliquem apenas, por exemplo, em relação a pagamentos a não residentes. O fato de uma medida específica não constituir violação das disposições do art. 24 não significa, todavia, que é permitida pela convenção, visto que pode contrariar outros artigos dela. Uma análise caso a caso se faz necessária.

Jonathan Schwarz⁸ leciona que são seis os princípios básicos presentes no artigo ora estudado:

“(1) Os nacionais de um Estado contratante não podem estar sujeitos a qualquer tributação ou obrigação com ela conexa, que seja mais onerosa do que o outro Estado contratante impõe a seus próprios nacionais, nas mesmas circunstâncias. Esta proibição aplica-se mesmo se as pessoas em questão sejam residentes em um terceiro Estado.

(2) Os apátridas residentes de um Estado contratante são igualmente protegidos contra a discriminação fiscal.

(3) Um estabelecimento permanente situado em um Estado contratante não pode ser tributado de forma menos favorável do que as empresas locais daquele Estado.

(4) Geralmente, deduções de despesas feitas por um residente de um Estado para um residente do outro são dedutíveis nas mesmas condições como se tivessem sido pagos a um residente do Estado em que o pagamento ocorre (sujeito às disposições normais de mercado *arm's length*).

(5) As empresas que são de propriedade dos residentes de um Estado contratante podem não estar sujeitas à tributação ou exigências ligadas que sejam mais onerosas do que as empresas similares no outro Estado contratante.

(6) As cláusulas de não discriminação se aplicam a todos os impostos e não estão limitados àqueles especificamente enumerados no tratado”.

Já no Acordo TRIPS, o art. 3 e a nota 3 ratificam o disposto no GATT e GATS determinando que cada membro do acordo concederá aos nacionais dos demais países-membros tratamento não menos favorável que o outorgado aos seus próprios nacionais com relação à regulação da propriedade intelectual:

“Artigo 3

Tratamento Nacional

1. Cada Membro concederá aos nacionais dos demais Membros tratamento não menos favorável que o outorgado a seus próprios nacionais com relação à proteção³ da propriedade intelectual, salvo as exceções já previstas, respectivamente, na Convenção de Paris (1967), na Convenção de Berna (1971), na Convenção de Roma e no Tratado sobre Propriedade Intelectual em Matéria de Circuitos Integrados. (...)

Nota 3 Para os efeitos dos Artigos 3 e 4 deste Acordo, a ‘proteção’ compreenderá aspectos que afetem a existência, obtenção, abrangência, manutenção e aplicação de normas de proteção dos direitos de propriedade intelectual, bem como os as-

⁸ SCHWARZ, Jonathan. *Schwarz on Tax Treaties*. 5. ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2018. p. 459-460.

pectos relativos ao exercício dos direitos de propriedade intelectual de que trata especificamente este Acordo”.

João Dácio Rolim⁹ defende que:

“Embora se possa então classificar a não discriminação no âmbito da OMC mais como um princípio enquanto que ela seria mais uma regra ou conjunto de regras específicas perante as Convenções de Dupla Tributação, as duas manifestações da não discriminação não são ontologicamente diversas. Isto porque ambas decorrem do mesmo princípio da igualdade e de justiça, que as justificam no âmbito de suas respectivas jurisdições. Como reconhecem os próprios comentários da OCDE, as partes contratantes de um acordo bilateral contra a dupla tributação acordam em conceder aos nacionais de uma das partes igualdade de tratamento tributário com os seus próprios nacionais, para estender e fortalecer proteção diplomática e comercial aos seus nacionais onde quer que eles residam.

(...)

Diferente da não discriminação das Convenções de Dupla Tributação, o princípio no GATT, GATS e TRIPS visa a afastar qualquer a ‘disguised restriction on trade’ e não somente aquelas situações específicas nos parágrafos do artigo 24 do Modelo de Convenção. Discriminações cobertas, indiretas, mascaradas ou disfarçadas por critérios ainda que objetivos são proibidas no âmbito da OMC, e quando se tratam de exceções que permitem uma discriminação ou diferenciação, elas estão submetidas a um duplo e estrito controle, tal como a permitida para preservação da saúde humana, ou proteção do meio ambiente, em que a medida deve ser justificada pelo teste da necessidade, objetivamente verificando se não existem outras alternativas disponíveis menos restritivas ao comércio internacional”.

A importância do respeito às normas do GATT (em sentido amplo, entre as quais entendemos que está o Acordo TRIPS) também é expressa por Fabio Luiz Gomes Gaspar de Oliveira e Lucas Cavalcante¹⁰:

“O princípio da igualdade, consubstanciado tanto na CF como no GATT, vem proteger os direitos fundamentais dos contribuintes, pois limita o poder de tributar do Estado, em prol da concorrência e da liberdade, valores fundados na justiça do Estado Democrático de Direito”.

Nessa linha de raciocínio, Heleno Taveira Tôrres¹¹ aponta:

⁹ ROLIM, João Dácio. O princípio de direito internacional da não discriminação nas convenções de dupla tributação e nos acordos da Organização Mundial do Comércio (GATT, GATS e TRIPS). In: ROLIM, João Dácio; FERREIRA, Luciana Goulart; GODOI, Marciano Seabra de (org.). *Direito empresarial atual: nacional e internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. v. 2. p. 3 e 20.

¹⁰ OLIVEIRA, Fabio Luiz Gomes Gaspar de; CAVALCANTE, Lucas. O GATT como direito fundamental do contribuinte e a isonomia no comércio exterior: inconstitucionalidade de norma constitucional à luz da PEC 150 e o *leasing*. In: SAUNDERS, Ana Paula et al. (org.). *Estudos de tributação internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. v. 2. p. 288.

¹¹ TÔRRES, Heleno Taveira. Princípio da não discriminação no direito tributário brasileiro. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 17, p. 125, 2003.

“Atualmente, o exemplo de maior eficácia do princípio internacional da não discriminação no direito brasileiro continua sendo o que consta no art. III do ‘Acordo GATT 47’, que se apresenta como um critério de interpretação axiológica necessária à aplicação das normas jurídicas tributárias sobre operações que envolvam produtos de procedência de um dos países integrantes do GATT, prevalecendo sobre o direito interno sempre que houver a aplicação de norma jurídica tributária interna aos países signatários, quando essa norma deveria respeitar o ‘princípio da igualdade de tratamento tributário’ ou da ‘não discriminação’.

O acordo, como se vê, não concede qualquer isenção aos produtos importados de países signatários bastando-se com a exigência de atendimento ao princípio de isonomia de tratamento tributário de sorte que o produto importado receba o mesmo tratamento, não mais nem menos favorável do que seja concedido ao produto nacional”.

Dessa forma, vê-se que o princípio da não discriminação no âmbito do TRIPS é bem mais amplo do que na Convenção Modelo da OCDE e não apresenta situações limitantes ou que requeiram interpretações ou explicações adicionais.

3. CIDE-Remessas e a polêmica no Brasil

No Brasil, um caso interessante a ser analisado sob a ótica do Acordo TRIPS é o caso da CIDE-Remessas, contribuição de intervenção no domínio econômico que, conforme ensinam os professores Sergio André Rocha, Raquel de Andrade Vieira Alves e Gustavo da Gama Vital de Oliveira¹², visa evitar as limitações à tributação na fonte previstas nos tratados internacionais tributários celebrados pelo Brasil, sendo, inclusive, apontado como um exemplo de planejamento tributário abusivo pelo Estado brasileiro¹³.

¹² Para mais detalhes sobre os tratados tributários brasileiros e sua relação com a CIDE-Remessas, ver ROCHA, Sergio André. *Estudos de direito tributário internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 19-45; e ALVES, Raquel de Andrade Vieira; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. As CIDE-Royalties e os tratados internacionais contra a bitributação. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 78-124, 2015.

¹³ ROCHA, Sergio André. *Estudos de direito tributário internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 19-45. O autor ensina, ainda, que: “Se planejamento tributário agressivo é qualquer arranjo artificial – com nenhuma justificativa não fiscal – que utiliza formas jurídicas para além do seu objetivo, para evitar a incidência da regra tributária, parece claro que a criação da CIDE-Remessas cumpre os requisitos para ser caracterizada como um planejamento tributário agressivo feito pelo Estado Brasileiro. Trata-se, evidentemente, de um esquema unilateral para alcançar um objetivo que contradiz ou viola a intenção de um tratado internacional. Já que os tratados do Brasil, em geral, estabelecem um limite de 15% para a tributação de *royalties* na fonte, qualquer medida unilateral para alcançar uma tributação a uma alíquota maior, constitui um planejamento tributário abusivo. O fato do Brasil ter criado uma contribuição, que é essencialmente similar ao Imposto de Renda Retido na Fonte, para alcançar tal intento mostra que o País utilizou uma forma jurídica, fora do seu âmbito constitucional, com o único objetivo de deixar de cumprir as obrigações assumidas nos tratados que celebrou. Portanto, isso não é apenas um planejamento tributário estatal, mas um planejamento tributário estatal abusivo. Tal conduta adotada pelo

A CIDE-Remessas nasceu em 30 de dezembro de 2000 com a promulgação da Lei n. 10.168, e entrou em vigor em 1º de janeiro de 2001 como uma contribuição de intervenção no domínio econômico incidente sobre pagamentos de *royalties* a não residentes à alíquota de 10%. O contribuinte é a empresa brasileira que paga os *royalties* ao não residente. Embora não objeto deste artigo, vale mencionar que a Lei n. 10.332, promulgada em 20 de dezembro de 2001 e que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2002, determinou que a referida contribuição também incidiria sobre serviços técnicos, assistência técnica de serviços e serviços de assistência administrativa:

“Lei n. 10.168/2000

Art. 2º Para fins de atendimento ao Programa de que trata o artigo anterior, fica instituída contribuição de intervenção no domínio econômico, devida pela pessoa jurídica detentora de licença de uso ou adquirente de conhecimentos tecnológicos, bem como aquela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior.

§ 1º Consideram-se, para fins desta Lei, contratos de transferência de tecnologia os relativos à exploração de patentes ou de uso de marcas e os de fornecimento de tecnologia e prestação de assistência técnica.

§ 1º-A. A contribuição de que trata este artigo não incide sobre a remuneração pela licença de uso ou de direitos de comercialização ou distribuição de programa de computador, salvo quando envolverem a transferência da correspondente tecnologia. (Incluído pela Lei n. 11.452/2007.)

§ 2º A partir de 1º de janeiro de 2002, a contribuição de que trata o *caput* deste artigo passa a ser devida também pelas pessoas jurídicas signatárias de contratos que tenham por objeto serviços técnicos e de assistência administrativa e semelhantes a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim pelas pessoas jurídicas que pagarem, creditarem, entregarem, empregarem ou remeterem *royalties*, a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior. (Redação dada pela Lei n. 10.332/2001.)

§ 3º A contribuição incidirá sobre os valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior, a título de remuneração decorrente das obrigações indicadas no *caput* e no § 2º deste artigo. (Redação dada pela Lei n. 10.332/2001.)

§ 4º A alíquota da contribuição será de 10% (dez por cento). (Redação dada pela Lei n. 10.332/2001.)

§ 5º O pagamento da contribuição será efetuado até o último dia útil da quinzena subsequente ao mês de ocorrência do fato gerador. (Incluído pela Lei n. 10.332/2001.)

Brasil definitivamente viola o princípio da moralidade, na medida em que não alcança um estado de coisas que induz lealdade, seriedade, zelo, comportamento ético, boa-fé, sinceridade e justificação, como apregoado por Humberto Ávila. Além disso, a partir do momento em que o Brasil encontrou um caminho para tributar *royalties* sem respeitar seus tratados, definitivamente também violou o princípio da boa-fé e a regra do *pacta sunt servanda*”.

§ 6º Não se aplica a Contribuição de que trata o *caput* quando o contratante for órgão ou entidade da administração direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e o contratado for instituição de ensino ou pesquisa situada no exterior, para o oferecimento de curso ou atividade de treinamento ou qualificação profissional a servidores civis ou militares do respectivo ente estatal, órgão ou entidade. (Incluído pela Lei n. 12.402/2011.)”.

João Dácio Rolim¹⁴ destaca seu entendimento no âmbito do TRIPS que:

“Desta forma, a CIDE-*Royalties* que incide sobre a remuneração da licença de uso da propriedade intelectual estrangeira na forma de *royalties* implicará em violação à regulação e proteção da propriedade intelectual tutelada pelo TRIPS, sobretudo por criar obstáculos à obtenção e ao exercício do direito sobre a tecnologia transferida e contrariará os próprios fundamentos do GATT e do GATS no que tange aos objetivos básicos de redução das barreiras alfandegárias e comerciais e à eliminação do tratamento discriminatório”.

Até a presente data, a RFB apenas se manifestou acerca da incidência da CIDE-Remessas na ocasião da Solução de Consulta n. 122, de 27 de maio de 2014¹⁵.

De acordo com o relatório da referida solução de consulta:

(...)

2. A consultante inicialmente aponta a essência de sua consulta. Trata-se, em seus dizeres, de esclarecer a aplicabilidade do ‘*Acordo sobre os Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (TRIPS)*’ e do ‘*Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT)*’, para fins de mitigar a incidência da Contribuição para Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) nas remessas para o exterior a título de pagamento de *royalties* derivado de contrato de transferência de tecnologia celebrado entre pessoas jurídicas sediadas em Estados signatários dos Acordos’.

3. A consultante firmou com pessoa jurídica estabelecida no exterior contrato de transferência de tecnologia ‘cuja finalidade é aquisição de licença de uso de propriedade intelectual pertencente à licenciante, consistente na tecnologia, engenharia e *know-how* aplicado à produção de bebidas’ o qual ‘além das obrigações relativas ao uso e à proteção da propriedade intelectual pertencente à licenciante estrangeira, estabelece os critérios para remuneração do uso da tecnologia na forma de pagamento de *royalties*’.

(...)

¹⁴ ROLIM, João Dácio. O princípio de direito internacional da não discriminação nas convenções de dupla tributação e nos acordos da Organização Mundial do Comércio (GATT, GATS e TRIPS). In: ROLIM, João Dácio; FERREIRA, Luciana Goulart; GODOI, Marciano Seabra de (org.). *Direito empresarial atual: nacional e internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. v. 2. p. 19.

¹⁵ Solução de Consulta n. 122, de 27 de maio de 2014, publicada no *DOU*, de 05.06.2014, seção 1, p. 14. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=52983&visao=compilado>. Acesso em: 1º jun. 2020.

5. Evoca o princípio do Tratamento Nacional, previsto no GATT, ao afirmar que ‘para proporcionar os resultados para os quais foi convencionado, o TRIPS, dentre outras medidas, expressamente homenageia os princípios básicos consagrados nas relações comerciais multilaterais internacionais, dentre os quais merece intenso destaque o chamado *Princípio do Tratamento Nacional* previsto no GATT (...). Com embasamento neste princípio, em resumo, os países signatários do GATT se comprometem a não estabelecer tributação mais benéfica nas relações jurídicas estabelecidas entre nacionais, em detrimento das relações jurídicas celebradas por nacionais com pessoas com sede ou domicílio no exterior, notadamente nas operações envolvendo bens e produtos’.

6. Prossegue, aduzindo que ‘especificamente no tocante às relações jurídicas que envolvam transações sobre a propriedade intelectual, o TRIPS, em seu artigo 3 e na Nota 3, ratifica a aludida disposição do GATT, determinando que cada membro do Acordo concederá aos nacionais dos demais países-membros tratamento não menos favorável que o outorgado aos seus próprios nacionais com relação à proteção da propriedade intelectual’.

7. Diante disso, a consulente argumenta que a incidência da CIDE-*Royalties* ‘implicará inequivocamente em tratamento mais gravoso, contradizendo todas as estipulações dos Acordos celebrados no âmbito internacional (...) Isto porque o pagamento de *royalties* por nacional brasileiro em favor de outro nacional brasileiro não está sujeito à incidência CIDE-*Royalties*.’

8. Destacando o art. 98 do Código Tributário Nacional, segundo o qual os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha, defende que ‘ainda que o GATT e o TRIPS não tenham o condão de revogar a norma de incidência da CIDE-*Royalties* sobre os *royalties* pagos a beneficiários sediados em país signatário de tal acordo, no caso em tela, a norma internacional deverá prevalecer por força de sua especificidade no que tange à questão ventilada’.

É possível depreender pelos fatos narrados que o pagamento de *royalties* a um país signatário do TRIPS para fins de aquisição de licença de uso de propriedade intelectual consistente na tecnologia, engenharia e *know-how* aplicado à produção de bebidas é fato gerador da CIDE-Remessas.

Como visto ao longo deste artigo, a cobrança da aludida contribuição viola expressamente o disposto no Acordo TRIPS, pois trata de forma diferente o pagamento de *royalties* pela importação da licença, do que uma licença paga localmente em vista (entre outros tributos) da incidência da CIDE-Remessas.

Entretanto, a RFB, na referida solução de consulta, entendeu que o princípio da não discriminação do GATT seria diferente do TRIPS e, conseqüentemente, o Acordo TRIPS não seria suficiente para afastar a incidência da CIDE-Remessas:

“23. Nota-se que o princípio do ‘Tratamento Nacional’ no contexto do TRIPS possui desdobramentos nitidamente distintos daqueles que esse mesmo princípio acarreta no âmbito do GATT. Conforme se verificou acima, a cláusula do ‘Tratamento Nacional’ inserida no GATT possui grande enfoque na questão tributária,

proibindo imposições internas, dentre as quais se destacam as de natureza tributária, sobre os bens de procedência estrangeira que não sejam extensivas aos bens similares de origem nacional. Repise-se que a vedação refere-se a imposições discriminatórias a bem já nacionalizado quando em circulação no mercado interno. 24. Esse princípio quando inserido no TRIPS ganha acepção diversa. O art. 3º desse Acordo não versa em momento algum a respeito de tributos incidentes sobre a contrapartida paga, creditada, entregue ou remetida pela utilização de propriedade intelectual pertencente a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior.

25. O que a cláusula do ‘Tratamento Nacional’ presente no TRIPS assegura é que se estenda aos direitos de propriedade intelectual estrangeiros no mínimo a mesma proteção conferida aos direitos nacionais. Dessa forma, se a Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial no Brasil, define, em seu art. 40, que ‘A patente de invenção vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos e a de modelo de utilidade pelo prazo de 15 (quinze) anos contados da data de depósito’, isso significa que, à luz do princípio do ‘Tratamento Nacional’ aplicado ao TRIPS, deve ser outorgado um prazo de vigência em território nacional para as patentes cujos titulares sejam domiciliados em países signatários do Tratado não inferior a 20 anos para as patentes de invenção e a 15 anos para as patentes de modelo de utilidade.

26. É nisso que consiste a cláusula do ‘Tratamento Nacional’ constante do art. 3º do TRIPS. Não se vislumbram repercussões tarifárias quando o assunto seja a utilização no território de um Membro de direitos de propriedade intelectual pertencentes a nacional de outro Membro. O que o Tratado pretende é atribuir uma proteção eficaz e adequada a esses direitos nos territórios de todos os Membros do Acordo. O foco do TRIPS portanto está na proteção dos direitos de propriedade intelectual para além das fronteiras nacionais de seu detentor.

27. Definida a natureza e os objetivos concernentes ao TRIPS, constata-se que não há antinomia entre o disposto em seu art. 3º e o art. 2º da Lei n. 10.168, de 2000. Sendo assim, não há que se cogitar da aplicação do art. 98 do CTN, com vistas a sanar uma pretensa incompatibilidade entre o tratado internacional e a lei interna, pois inexistente tal incompatibilidade. Os dispositivos regulam matéria diversa e gozam de perfeita harmonia entre si.

28. Ressalte-se, por fim, que tampouco o GATT pode ser invocado pela consulente para fazer valer a sua pretensão. Primeiramente porque essa Convenção aplica-se ao comércio de bens, situação na qual não se enquadra a operação descrita. A consulente não importa bens, e sim remete *royalties* ao exterior como contrapartida pela utilização de propriedade intelectual patenteada; e *royalties*, nos termos do art. 22 da Lei n. 4.506, de 1964, corresponde à remuneração do capital aplicado em direitos. Além disso, a consulente aparenta demonstrar certa incompreensão acerca do real alcance do princípio do ‘Tratamento Nacional’ estampado no art. 3º do GATT. Esse dispositivo, conforme já ficou claro nesta Solução de Consulta, não condena a imposição de tributos incidentes sobre a importação. A vedação estabelecida refere-se, nesse tocante, à tributação interna discriminatória entre bens nacionais e nacionalizados”.

Em nossa percepção, a RFB realizou uma interpretação equivocada da cláusula de tratamento nacional do Acordo TRIPS, sendo certo que este ratifica a determinação do GATT para a propriedade intelectual e sendo a referida cláusula uma adequação do dispositivo do GATT para o caso específico de propriedade intelectual. Dessa forma, seria essencial que fosse realizada uma interpretação sistêmica da referida cláusula.

Acrescenta-se que também é inquestionável que a tributação interna entre a licença contratada de uma empresa brasileira e de uma empresa estrangeira é diferente, visto que o contribuinte da CIDE-Remessas, como já demonstrado, é a empresa brasileira que paga a licença ao exterior, e conseqüentemente sofre uma oneração maior ao remeter *royalties* ao exterior do que no pagamento a uma empresa nacional.

Assim, na lição de João Dácio Rolim¹⁶:

“No âmbito dos tratados da OMC (GATT, GATS, TRIPS) a não discriminação é claramente um princípio geral que os informa e os fundamenta, além dos princípios da igualdade de oportunidades, de igualdade entre os Estados, da boa-fé de direito internacional, e refletida nas próprias restrições à proibição da não discriminação, quer sejam de natureza sanitária pública ou de natureza tributária com intuito antielísivo ou para combater a elisão fiscal. Em todos os casos as restrições regulatórias ou imposições tributárias não podem ser um meio para mascarar ou camuflar uma restrição discriminatória ao comércio internacional, como é o caso de onerar fiscalmente somente as contratações de serviços e *royalties* do exterior”.

Não obstante a lição de Marcus Lívio Gomes e Lucas Henrici Marques Lima¹⁷, sobre a importância de reconhecer “que sempre existirá alguma zona de incerteza no Direito”, vale acrescentar que a interpretação da RFB apresenta clara violação ao princípio da boa-fé, essencial ao cumprimento dos tratados internacionais e à eficácia do direito internacional. Inclusive, a importância da boa-fé no cumprimento dos tratados internacionais foi ressaltada pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto proferido no caso Volvo¹⁸:

“Tanto quanto possível, o Estado Constitucional Cooperativo demanda a manutenção da boa-fé e da segurança dos compromissos internacionais, ainda que em face da legislação infraconstitucional, principalmente quanto ao direito tributário, que envolve garantias fundamentais dos contribuintes e cujo descumprimen-

¹⁶ ROLIM, João Dácio. O princípio de direito internacional da não discriminação nas convenções de dupla tributação e nos acordos da Organização Mundial do Comércio (GATT, GATS e TRIPS). In: ROLIM, João Dácio; FERREIRA, Luciana Goulart; GODOI, Marciano Seabra de (org.). *Direito empresarial atual: nacional e internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. v. 2. p. 24.

¹⁷ GOMES, Marcus Lívio; LIMA, Lucas Henrici Marques. Tratados internacionais, IRRF, CIDE e incerteza nas remessas de valores ao exterior em remuneração de serviços técnicos e de assistência técnica. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, Brasília, v. 15, n. 1, p. 171, jan.-jun. 2020.

¹⁸ Recurso Extraordinário n. 460.320, voto do Exmo. Ministro Gilmar Mendes, p. 22.

to coloca em risco os benefícios de cooperação cuidadosamente articulada no cenário internacional”.

Luís Eduardo Schoueri¹⁹ também ressalta a importância da transparência e cooperação nas relações entre os Estados:

“A cooperação não deve ser feita apenas no sentido vertical (fisco e contribuinte): igual confiança se espera que os Estados tenham, uns nos outros. Não se alcança bom termo quando os Estados têm medo de abrir mão de posições conquistada no passado. A transparência passa pela revisão de parâmetros tidos por imutáveis mesmo que contrariando o que se pretende chamar ‘regime tributário internacional’”.

Assim, resta esperar para ver se a comunidade internacional tomará alguma atitude no que tange ao planejamento abusivo e discriminatório realizado pelo Brasil no que diz respeito à CIDE-Remessas.

Conclusão

O Brasil vem cada vez mais buscando seu espaço na comunidade internacional; assim, deve se esforçar para respeitar os tratados internacionais dos quais participa. Como exposto neste artigo, a CIDE-Remessas foi uma forma encontrada para driblar a aplicação dos tratados tributários celebrados pelo Brasil.

Conforme foi visto na solução de consulta ora analisada, é possível concluir que o Acordo TRIPS também foi driblado pelas autoridades fiscais por meio da interpretação concordando com a incidência da CIDE-Remessas.

Em razão da crescente importância do fomento à economia nacional, entendemos que as autoridades fiscais brasileiras não podem violar a razão de existir do princípio da não discriminação, sobretudo para mitigar sua reputação de violação aos tratados internacionais.

Referências bibliográficas

- ALVES, Raquel de Andrade Vieira; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. As CIDE-*Royalties* e os tratados internacionais contra a bitributação. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, Brasília, v. 10, n. 1, 2015.
- GOMES, Edgar Santos; CANEN, Doris. O artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE e os tratados internacionais em matéria tributária no Brasil. In: SAUNDERS, Ana Paula *et al.* (org.). *Estudos de tributação internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. v. 2.
- GOMES, Marcus Lívio; LIMA, Lucas Henrici Marques. Tratados internacionais, IRRF, CIDE e incerteza nas remessas de valores ao exterior em remuneração

¹⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; GOMES, Marcus Lívio (org.). *A tributação internacional na era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 53.

- de serviços técnicos e de assistência técnica. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário*, Brasília, v. 15, n. 1, jan.-jun. 2020.
- OLIVEIRA, Fabio Luiz Gomes Gaspar de; CAVALCANTE, Lucas. O GATT como direito fundamental do contribuinte e a isonomia no comércio exterior: inconstitucionalidade de norma constitucional à luz da PEC 150 e o *leasing*. In: SAUNDERS, Ana Paula *et al.* (org.). *Estudos de tributação internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. v. 2.
- RAAD, Kees Van (ed.). *Materials on International & EU Tax Law*. Leiden: ITC Leiden, 2013.
- ROCHA, Sergio André. *Estudos de direito tributário internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- ROLIM, João Dácio. O princípio de direito internacional da não discriminação nas convenções de dupla tributação e nos acordos da Organização Mundial do Comércio (GATT, GATS e TRIPS). In: ROLIM, João Dácio; FERREIRA, Luciana Goulart; GODOI, Marciano Seabra de (org.). *Direito empresarial atual: nacional e internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. v. 2.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; GOMES, Marcus Lívio (org.). *A tributação internacional na era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- SCHWARZ, Jonathan. *Schwarz on Tax Treaties*. 5. ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2018.
- TÔRRES, Heleno Taveira. Princípio da não discriminação no direito tributário brasileiro. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 17, 2003.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. History of the multilateral trading system. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/history_e/history_e.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.
- WORLD TRADE ORGANIZATION. Intellectual property: protection and enforcement. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm7_e.htm. Acesso em: 20 jun. 2020.

You Have the Right to Remain Silent!

Exchange of Information and Self-Incrimination: a Brazilian Constitutional Perspective

Pedro Adamy

Assistant Professor at PUCRS. PhD Candidate at the University of Heidelberg, Germany.
Masters of Law at UFRGS. Director of the Institute of Fiscal Studies – IET.

Abstract

The modern Fiscal State presupposes the cooperation and participation of the taxpayer in the determination of the tax obligation. The legislation creates obligations on taxpayers, who must provide the tax authorities with information on their individual and corporate activities. In certain cases, such information may be exchanged between countries, and could be used to incriminate the taxpayer, which violates the constitutional right against self-incrimination.

Keywords: Exchange of information, self-incrimination, constitutional rights.

I. Introduction

In modern states, fiscal authorities have powers to inspect, investigate and request documentation they deem necessary to determine the taxes that are due. The citizen, i.e., the taxpayer, in turn, is required by law to provide, detail and inform the tax authorities so that they can determine, with the maximum possible certainty, the taxable matter and quantify the taxes to be collected in favor of the State. This means that the legislation creates obligations to the taxpayer, through the institution of co-participation duties towards the tax administration¹.

To a large extent, the duties impose the obligation of co-participation, instituting obligations to provide information that will assist the tax authorities in determining the taxes due. Thus, the information burden is transferred to taxpayers in the complex network of obligations and duties that make up the tax obligation, from its emergence until its extinction. In other words: the modern fiscal state presupposes the participation of the citizen in the procedure for determining the tax obligation. Hence, taxpayers are legally required to provide the tax authorities with information regarding their personal or business activities.

¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 461; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Nemo tenetur se ipsum accusare e Direito Tributário*. *Boletim de Ciências Econômicas*. Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2014, v. LVII, t. 1. p. 390; ADAMY, Pedro. Obrigações acessórias e perseguição criminal: limites da utilização de informações fiscais no Processo Penal. In: ADAMY, Pedro Augustin; e FERREIRA NETO, Arthur M. (eds.). *Tributação do ilícito*. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 215-239; SCHMIDT, Michael. *Die Problematik der objektiven Beweislast im Steuerrecht*. Berlin: Duncker und Humblot, 1998. p. 143 e s.

These instrumental duties imposed on taxpayers correspond, in part, to the submission of the most varied forms of information, and documents, which go far beyond the mere information on financial assets and property amounts involved in personal and business activities².

Once in possession of such information, tax authorities may, on the one hand, audit the activities and verify whether the taxes owed have actually been paid, or verify any taxes owed, and initiate the procedures for collection of amounts not yet paid by the taxpayer. On the other hand, they may verify the occurrence of facts that give rise to the application of tax legislation and, in certain cases, the application of other spheres of law, such as criminal legislation.

This article addresses the issue from the point of view of the legitimacy of evidentiary valuation of tax information provided by the taxpayer by virtue of a legal obligation, specially concerning the exchange of information between different countries. In other words, it will examine whether such information, exchanged by countries in accordance with international treaties signed specifically on the subject of information exchange, can be used as evidence to the detriment of the taxpayer in the context of criminal prosecution.

II. Complexity and exchange of information

Tax law is notably a complex branch of law. The massification of the law, technological development, the erosion of national borders, and so many other factors have contributed to tax law becoming increasingly complex. Today's society, experiencing phenomena that are even little known (strong presence of technology, virtual commerce, services provided remotely, ease of travel between countries, among so many others) forces the legislator to adapt to the "enormous number of factual situations of life imaginable"³ making tax law even more complex. This complexity has a very high cost: it makes tax law move away from the citizen, from the taxpayer. In other words, complexity takes the law away from its addressee. In Ruppe's words, "a complex tax law manifests itself not only in the costs of obtaining resources, but also contributes to a worse perception of the tax, because it foments antipathy and resistance to the payment of taxes, diminishes its legal acceptance and brings frustration to all who work with the tax law"⁴. In addition, this departure manifests itself in the need for taxpayers to have intermediaries (lawyers, accountants, consultants, auditors, etc.) so that they can meet their tax obligations.

² DRÜEN, Klaus-Dieter. *Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. p. 234 e s.; ESTELLITA (SALOMÃO), Heloísa. O direito humano de não cooperar na própria incriminação, a proteção ao domicílio e a fiscalização tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* v. 26, 1999. p. 129.

³ KICHHOF, Paul. *Bundessteuergesetzbuch*. Heidelberg: C.F. Müller, 2011. p. 6.

⁴ RUPPE, Gerhard. *Steuergleichheit*. *DSJG* 21, p. 35.

In addition, massification and increasing complexity have led to the transfer of activities to the taxpayer. Thus, the citizen becomes an active part in the tax relationship, being obliged to perform tasks that assist the State in determining the tax eventually due⁵. In the field of tax law, this evolution has resulted in a cooperative relationship between taxpayers and the administration with respect to tax information, moving to the sphere of taxpayers a series of tasks that assist and replace the tax administration in its function of determining, and collecting taxes. It is no longer feasible to determine all taxable matter without establishing cooperative and participatory duties to taxpayers. This observation has also been made by the Brazilian Supreme Court, when it stated that “[the] reality of taxation has imposed a collaborative feature on the relationship between the State and taxpayers, which has been affirmed in several laws and international treaties. This new benchmark reinforces the responsibility of both parties in the exact determination of taxes in general, imposing transparency as a rule and reducing to practically zero the space for secrecy”⁶.

In fact, in the current reality of tax law, the need to impose cooperation duties on the taxpayer is not only perfectly justified, but hardly dispensable or optional. As a consequence, in the current Brazilian tax system two sides of the same coin coexist: on one side, the National Tax Code provides broad powers to the authority to inspect taxpayers. On the other hand, legislation which creates, more and more frequently, obligations for taxpayers and those responsible for informing the tax authorities about their activities. i.e., obligations for taxpayers and third parties related to the economic fact that will give rise to the main tax obligation.

To a large extent, such obligations include informational duties. That is to say that the legislation establishes instrumental duties to taxpayers, stipulating the obligation to inform the tax authorities of all factual elements that may have, according to criteria defined by law, relevance for tax collection or inspection, that is, to ensure the effectiveness of taxation⁷.

From the State’s point of view, such data assists the authorities in determining the tax due. From the taxpayer’s point of view, they represent the guarantee that the inspection will have to respect the information provided and, in the event of a mismatch between what the taxpayer declared and what the tax authorities understand to be due, the burden of demonstrating the difference falls on the latter.

⁵ KIRCHHOF, Gregor. *Die Erfüllungspflichten des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren*. Berlin: Duncker und Humblot, 2005. p. 195.

⁶ STF, RE n. 601.314, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, publ. 16.09.16.

⁷ PAULSEN, Leandro. *Capacidade colaborativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 77; NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 150; FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Obrigação acessória e limites de imposição. In: TORRES, Heleno (org.). *Teoria geral da obrigação tributária*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 268 e s.

As a consequence of this nature, the information provided by virtue of an obligation provided for in tax legislation is of a strictly tax nature. By providing such information, the taxpayer fulfills its duties, without further considerations involving other legal spheres. The information is provided to the tax authorities of one country so that they can use it in their inspection activities and tax matters. *The purpose, therefore, is solely and exclusively fiscal.*

More recently, however, the intention to recognize the information provided by the taxpayer as having effects beyond the tax sphere has been gaining ground, i.e., that the information submitted by the taxpayer to the tax authority may be used in determining and proving the commitment of criminal offences. This attempt presents challenges relevant to the constitutional rights of the citizen, namely the constitutional right against self-incrimination. As Costa Andrade states, “as such, the duties of information and cooperation that the tax law imposes on the taxpayer do not directly conflict with *nemo tenetur* nor fall within its area of jurisdiction. This only occurs with the use or valuation in criminal proceedings of data of self-incriminating content that the taxpayer was obliged to bring to the attention of the tax administration”⁸.

Such challenges become even greater when information has been provided to another country, and is forwarded to Brazil by virtue of a treaty involving the exchange of tax information. The question that arises is exactly this: according to Brazilian constitutional provisions, can tax information provided in other countries and submitted to the Brazilian tax authorities by virtue of an international treaty on the exchange of information be used against the taxpayer in a criminal proceeding?

III. Constitutional right against self-incrimination

As seen, the taxpayer is obliged to provide information to the tax authorities. Most if not all countries impose such legal obligations on taxpayers, which are nothing more than instrumental duties in favor of the collection of the taxes due. Such obligations are derived from the law and the taxpayer cannot refuse to provide his or her information. In fact, the refusal to provide such information constitutes a legal violation, subjecting the taxpayer to the penalties provided for in the tax legislation. In Brazil, the mere fact that instrumental obligations have been breached means that the pecuniary fines imposed take on the nature of the main tax obligation (article 113, paragraph 3 of the Brazilian Tax Code – CTN).

In tax matters, therefore, there is no right to remain silent. On the contrary. The very concept of an obligation is to instrumentalize the taxpayer’s informational duties before the tax authorities. As Beckemper states, “the self-incrimination prohibition exists to this strict extent, however, only in criminal proceedings. In

⁸ COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. cit., p. 401.

other state procedures, citizen participation is indispensable”⁹. The core of the problem arises when tax information that has been exchanged between countries is transposed into criminal proceedings, creating a tension between the constitutional guarantee against self-incrimination and the obligation to provide tax information. It should be noted, with Costa Andrade, that

“it is not the function of *nemo tenetur* to exempt the taxpayer from his tax duties, even less to legitimize the practice of criminal offences, from falsification of documents to acts of tax fraud. It only protects against coercion in the sense of self-accusation and a criminal conviction based on the active cooperation of the defendant coactively imposed”¹⁰.

Indeed, the guarantee that no one will be forced to produce evidence against himself has a constitutional and legal seat. Article 5 provides that the accused or prisoner shall have the right to remain silent, without this prejudicing him or bringing any consequence to the determination of his guilt. Thus the constitutional provision:

“Article 5 [...]

LXIII – the prisoner shall be informed of his rights, including the right to remain silent, being guaranteed the assistance of his family and counsel;”.

Similarly, the Criminal Procedure Code (CPP) makes provision for the silence of the accused and the absence of any consequences for those accused who decide to remain silent before the criminal court:

“Art. 186. Once duly qualified and fully informed of the entire contents of the indictment, the accused will be informed by the judge, before starting the interrogation, of his right to remain silent and not to answer questions submitted to him.

§ Silence, which will not constitute a confession, cannot be interpreted to the detriment of the defense”.

In addition to the constitutional and legal provisions, the case-law of the Brazilian Supreme Court has recognized, for decades, the guarantee against self-incrimination as a fundamental right. The decision below is an example of the consolidated views of the Court:

“The State [...] also cannot compel the citizen to produce evidence against himself in view of the clause that guarantees, constitutionally, the prerogative against self-incrimination. He who suffers criminal prosecution by the State has, among

⁹ BECKEMPER, Katharina. *Nemo tenetur-Grundsatz im Steuerstrafrecht. Verwertbarkeit einer gescheiterten Selbstanzeige?* *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* v. 5, 2012, p. 222.

¹⁰ COSTA ANDRADE, Manuel da. *Op. cit.*, p. 422; in the same sense, denying acceptance of a total refusal (*Totalverweigerung*) to provide tax information to the accused in criminal proceedings, RANDT, Karsten. *Verhältnis zwischen Besteuerungs- und Strafverfahren*. In: WIDMANN, Werner. *Steuervollzug im Rechtsstaat*. Colônia: Otto Schmidt, 2008. p. 267.

other basic prerogatives, (a) *the right to remain silent*, (b) *the right not to be compelled to produce elements of incrimination against himself or to be constrained to produce evidence that compromises his defense* and (c) *the right to refuse to participate, active or passive, of evidential procedures that may affect the legal sphere*, such as the simulated reproduction (reconstitution) of the criminal event and the provision of graphic patterns or vocal patterns for the purpose of criminal investigation [...] The invocation of the prerogative against self-incrimination, *in addition to being entirely enforceable against any authority or agent of the State*, does not legitimize, by effect of its eminently constitutional nature, the adoption of measures that affect or restrict the legal sphere of the one against whom the criminal persecution has been instituted, nor does it justify, for the same reason, the decision of his or her precautionary arrest. *The exercise of the right to silence, which proves to be unsusceptible from any policing and/or judicial censorship, cannot be disrespected or disregarded by the institutions and agents of criminal prosecution, because the concrete practice of this constitutional prerogative – in addition to not constituting a confession – can never be interpreted to the detriment of the defense*¹¹.

This precedent, to which many others can be added, is relevant for three main reasons: first, because it recognizes that no accused may be compelled to produce evidence against him or herself or obliged to produce evidence that would compromise his or her defense. Second, by determining that the accused may refuse to participate, actively or passively, in proceedings that affect his or her interests and defense. Finally, third, in deciding that this guarantee is enforceable against *any state authority* and is not limited to agents competent for criminal prosecution. In any of these aspects, the constitutional guarantee against self-incrimination acts by protecting the accused in criminal proceedings¹². It is important to emphasize that the self-incrimination prohibition does not affect the taxpayer's obligation to provide the information required by law. Nor does it prohibit the information provided in one country from being disclosed to another country under an international treaty relating to the exchange of tax information. However, it prevents the Brazilian authorities – whether tax agents or not – from compelling the taxpayer to provide information that will knowingly incriminate it¹³.

In criminal proceedings, the self-incrimination prohibition has, in general terms, two distinct functions: on the one hand, it has a preventive function “preventing solutions that make it mandatory for the defendant to provide evidence

¹¹ STF, HC n. 99.289, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, publ. 04.08.11. (emphasis added)

¹² ESTELLITA (SALOMÃO), Heloisa. Op. cit., p. 132.

¹³ BÖSE, Martin. *Wirtschaftsaufsicht und Strafverfolgung*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2005. p. 488; RUEGENBERG, Guido. *Das nationale und internationale Steuergeheimnis im Schmittpunkt von Besteuerungs- und Strafverfahren*. Köln: Otto Schmidt, 2001. p. 1170 e s. RANDT, Karsten. Op. cit., p. 266 e s.; COSTA ANDRADE, Manuel. Op. cit., p. 423 e s.

that may contribute to his conviction”¹⁴. On the other hand, it has a *repressive function*, “forcing the disregard of means of evidence collected with the collaboration imposed on the accused”¹⁵.

This repressive function requires that evidence produced by the accused for purposes other than criminal prosecution not be considered or valued in the criminal process. Thus, once the purposes for which the information is being used cease to be exclusively tax related, and become subject to penalization in the criminal process, the guarantee against self-incrimination should be applied¹⁶. And this for a very simple reason: the information was delivered by virtue of a legal obligation, not by free and optional choice of the accused. In other words, there was no voluntariness in the delivery of such information. Hence, the taxpayer is directly contributing his own prosecution.

The use of information provided by the taxpayer in the tax field cannot lead to the violation of the rule that no one is obliged to produce evidence against himself. It is irrelevant whether this information was provided directly to the Brazilian tax authorities or whether it was provided to the authorities of another country and subsequently sent to Brazil for the purpose of exchanging tax information. Thus, since the taxpayer is obliged to provide information to the tax authorities, the use of such information for purposes other than tax inspection would indirectly render the constitutional and legal guarantees null and void¹⁷.

The information provided pursuant to a legal requirement in favor of the tax authorities is not voluntary in nature. In Seer’s words

“tax proceedings cannot conflict with the criminal procedural guarantees of the accused. This point is directly reflected as follows: during the tax proceedings the taxpayer cannot refuse to provide all the information requested by the authority, i.e. he or she does not have the right to refuse cooperation (*Mitwirkungsverweigerungsrecht*). In criminal proceedings, the accused has this right constitutionally guaranteed and the prohibition against self-incrimination applies (*nemo tenetur se ipsum accusare* – nobody can be forced to be his own accuser!)”¹⁸.

This means that the non-voluntary provision of information by the taxpayer should be considered as an essential element when attempting to consider under criminal law the tax information provided, regardless of whether the information

¹⁴ Tribunal Constitucional Português, Acórdão n. 340/2013, Diário da República, data 11.11.13, p. 33119.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ DOURADO, Ana Paula; e DIAS, Augusto Silva. Information duties, aggressive tax planning and the *nemo tenetur se ipsum accusare* in light of Article 6 (1) of the ECHR. In: KOFLER, Georg; MADURO, Miguel; e PISTONE, Pasquale (eds.). *Taxation and Human Rights in Europe and the World*. Amsterdam: IBDF, 2011. p. 137.

¹⁷ COSTA ANDRADE, Manuel da. Op. cit., p. 433.

¹⁸ SEER, Roman. Kriminalisierung des Steuerbürgers. *Die Steuerberatung*, 2006. p. 9.

was provided to Brazilian or foreign authorities. As a consequence of this obligation, the use of such information without its proper legal-procedural treatment will violate the guarantee against self-incrimination.

The guarantee against self-incrimination brings with it an obedience to the passivity of the accused, attributing the burden to the accuser, without there being any duties of the former towards the latter. The obtaining of facts and evidence, therefore, is the exclusive duty of the accuser, protecting the accused from his silence which does not self-incriminate him¹⁹. The burden rests with the prosecution, which “cannot evade the task of making the criminal investigation its appropriate strategy to produce substantially solid evidentiary material in terms of demonstrating the existence of an illicit fact, as well as the guilt of the accused”²⁰.

To use as evidence against the accused the information exchanged between countries, which he or she was legally required to offer, would violate “the constitutional right not to incriminate himself [which] constitutes one of the most eminent forms of densification of the guarantee of the accusatorial process and of the right to the presumption of innocence”²¹. Its use is tantamount to the constraint of forcing the accused to produce the evidence that will be used to support his conviction, which violates the constitutional guarantee. The constitutional right against self-incrimination also means that prosecuting authorities must seek other forms of evidence, and that this search should not be negligent in the face of existing elements. This means that tax information cannot be taken as a central element, which would allow criminal prosecution authorities to waive the collection of other evidence.

IV. Conclusion

The above considerations allow some conclusions to be drawn. First, modern tax states presuppose the cooperation and participation of taxpayers in carrying out tax activities. In this sense, the legislation creates obligations to taxpayers other than the payment of the tax. Such obligations constitute, to a large extent, instrumental duties to provide the tax authorities with information on their individual and business activities.

Secondly, the Brazilian Constitution guarantees the accused the right to silence. As a result of this fundamental guarantee, both doctrine and case-law recognize in Brazilian constitutional law the fundamental right against self-incrimination. This right protects the accused against any form – active or passive – of

¹⁹ For example, see the following decisions of the Superior Court of Justice: RHC n. 57.750/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, publ. 14.06.2016; RHC n. 52.067/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, publ. 03.02.2015; HC n. 243.034/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, publ. 02.09.2014; REsp n. 1.361.174/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, publ. 10.06.2014.

²⁰ STF, HC n. 101.909. Segunda Turma. Rel. Min. Ayres Britto, publ. 10.06.12.

²¹ STF, HC n. 91.654, Primeira Turma, Rel. Min. Ayres Britto, publ. 07.11.08.

obligation to cooperate with the accusing State. At this point, voluntariness is the central element, being an essential requirement to qualify the submission of information as being or not self-incriminating. Due to its nature as a legal obligation, tax information is not provided voluntarily, but under the threat of penalties and fines to the taxpayer, regardless if provided in Brazil or in another country.

Thirdly, as a result of the above premises, tax information provided as a result of legislation cannot be used in criminal proceedings. It is irrelevant whether this information was provided directly to the Brazilian tax authorities or whether it was provided to the authorities of another country and subsequently sent to Brazil for the purpose of exchanging tax information. In any case, the information has not been provided voluntarily and should be considered exclusively for tax purposes.

Some Recent Questions Regarding the Balance between Our Tax Obligations to Society and Individual Rights

Patricia A. Brown

Professor at the University of Miami, USA. Professor in Residence (IBFD, 2020), Netherlands.

I. Setting the stage

Humans have many rights. They are enshrined in national and international documents, from the U.S. Bill of Rights, to the Universal Declaration of Human Rights, to the European Convention on Human Rights, to the American Declaration on the Rights and Duties of Man, to name a few. There is, unsurprisingly, a great deal of commonality among these documents. Those most relevant to tax issues are Article 3 of the Universal Declaration of Human Rights, which lists the right to life, liberty and security of person, Article 12, which proclaims that “[n]o one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation” and Article 17(2) which states that “[n]o one shall be arbitrarily deprived of his property”.

An individual’s rights exist within a social contract. In 2020, we are living out the clash between individual rights and our obligations to society. We saw most of the world conclude that the rights to life and security of others meant that everyone had to give up some of their individuals freedoms.

In the tax world, we see a similar need to balance the needs of society and the rights of individuals. The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights requires that countries that are parties to the Convention “undertakes to take steps, individually and through international assistance and cooperation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures”. The drafters of the Lima Declaration on Tax Justice and Human Rights argue for the central role of taxation in securing and protecting human rights:

“Tax revenue is the most important, the most reliable and the most sustainable instrument to resource human rights in sufficient, equitable and accountable ways. The realization of all human rights, likewise, is a core *raison d’être* of government. It is through respecting, protecting and fulfilling civil, political, economic, social, cultural and environmental rights that the state earns its legitimacy to tax.”¹

¹ The Declaration was issued in connection with the international strategy meeting, “Advancing Tax Justice through Human Rights,” held in Lima, Peru in April 2015 and has been endorsed by 157 organizations in the years since. <https://www.cesr.org/endorse-lima-declaration-tax-justice-and-human-rights>.

The United Nations similarly has tied fiscal policies to the 2030 Agenda for Sustainable Development and the Addis Ababa Action Agenda.

Almost all government actions in connection with the collection of taxes are likely to affect the taxpayer's right to privacy and/or, in the European Union, protection of personal data. Bank records, business records, records of purchases and similar information are all generally covered by the right to privacy. These rights, however, must yield in at least some cases to the needs of society.

It is now generally accepted that exchange of information for tax purposes, including information held by financial institutions, is necessary in order for governments to collect the correct amount of tax. The contours of that exchange are still being worked out because different countries have different views about the extent to which taxpayer information should be kept private.

Some of these differences in approach can result from countries' histories. Democratic governments that have emerged from a history of totalitarianism may be more protective of their privacy rights than others that have forgotten that information can be abused and tax enforcement weaponized. Taxpayers may welcome the opportunity to have tax authorities from other countries come to their premises to do on-site examinations, rather than copying tens of thousands of pages of documents, but the Eastern European country that was under another country's thumb for generations may recoil at allowing any other government's agents operate within its territory.

Such differences in approach to confidentiality can shock taxpayers. In the long-running *Aloe Vera* case in the United States, a U.S. company sued the U.S. competent authority for damages when information provided to the Japanese tax authorities was leaked to the press. The taxpayers argued that everyone knew that taxpayer information routinely is leaked to the press in Japan. The court ultimately concluded that a competent authority analyst had knowingly made a false statement to the Japanese tax authorities and that the statement had been leaked to the press, resulting in a violation of Section 6103 of the Internal Revenue Code. The government was required to pay statutory damages of \$1000 to each of four taxpayers².

The European Court of Human Rights has the task of developing a common standard that can apply to countries with very different approaches to taxpayer confidentiality. The court's methodical process is distilled, in Philip Baker's accounts of several cases from 2015³, into several steps:

² *Aloe Vera of America Inc., et al. v. United States*; No. 15-15672; 686 Fed. Appx. 451; 119 A.F.T.R.2d (RIA) 2017-1391; 2017 WL 1244907 (2017).

³ BAKER, Philip. Some recent decisions of the European Court of Human Rights on tax matters (and related decisions of the European Court of Justice. *European Taxation* v. 56, n. 8, 2016.

- was there an interference with a right of the taxpayer;
- if so, was the interference: in accordance with the law; for the legitimate purpose of ensuring the collection of taxes; and necessary in a democratic society; and
- are there sufficient procedural safeguards?

The field of taxation and human rights is vast. The ambitions of this paper are more modest. Part II raises several real-world issues involving information exchange of tax information and asks whether, taking into account the questions asked by the European Court of Human Rights, the correct balance has been struck.

II. Some emerging (or mutating) issues

A. Protection of taxpayer information

Paragraph 2 of Article 26 of the Model Tax Convention on Income and on Capital, issued by the Organisation for Economic Co-operation and Development (the “OECD Model”) requires that “information received... by a Contracting State shall be treated as secret in the same manner as information obtained under the domestic law of that State.” Although the paragraph goes on to set out different ways that the information can be used, the first standard is the domestic law of the *receiving* State, not the State in which the information was collected and which furnished the information. This is reinforced by the Commentary on Article 26. Paragraph 11 states “the maintenance of secrecy in the receiving Contracting State is a matter of domestic laws... Sanctions for the violation of such secrecy in that State will be governed by the administrative and penal laws of that State”. The Commentary then authorizes the suspension of assistance under Article 26 if one State determines that another State is not complying with its obligations to keep information confidential.

As demonstrated by the *Aloe Vera* case, this approach means that the competent authorities of the State providing information must do their due diligence to ensure that the information will be protected in the recipient State. Individual countries undertook, and still undertake, their own investigations. Some of the burden has been taken up in recent years by the Global Forum on Tax Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes. While its initial efforts focused primarily on the ability of governments to exchange information for tax purpose, it has expanded inquiries into protection of information, particularly since the adoption of the Common Reporting Standard. In particular, the Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes conducts peer reviews pursuant to which members are assessed on whether they are providing tax information, on an automatic basis, with “Interested Appropriate Partners”, which are those jurisdictions that are interested in receiving informa-

tion from another jurisdiction and that meet “the requirements in relation to confidentiality and data safeguards”⁴.

This new focus also reflects a shift from traditional concerns, which for many years revolved around potential leaks by government employees, particularly in countries with high levels of corruption or, simply, chaos. For example, in 2012, then-Secretary of the Treasury Timothy Geithner advised Representative Debbie Wasserman-Schultz, a member of the Florida Congressional delegation, that the United States would not provide bank deposit interest information to Venezuela⁵. Members of the Texas Congressional delegation then raised similar concerns regarding exchange of such information with Mexico, stating: “However, we do recognize that there has been a startling amount of violence in Mexico recently, and that the existence of corruption in Mexico poses a great concern to those who would be affected by this new rule”⁶. Even the OECD’s report “Keeping it Safe”, issued in 2012, seemed to be focused on this traditional concern, as it admonished tax authorities to conduct background checks of employees, ensure that exchanged information is kept in locked cabinets and allow only a few persons access to information received pursuant to information exchange agreements⁷. It also suggests maintaining a separate database for information received from treaty partners pursuant to Article 26⁸.

This advice seems grossly inadequate in light of current information exchange practices. The genius of the CRS is that it provides a standard format for information reporting and exchange to facilitate assimilation into the receiving State’s automatic matching system. That is, if a taxpayer resident in the United Kingdom has received dividends from a U.S. securities account and has not reported that income, HMRC should become aware of the non-reporting of such income in the same way as it would if the interest were received from a bank located in London. CRS therefore should have a significant deterrent effect, reducing the amount of unreported income in all countries participating in the system.

The CRS system does not come without risks, however. During the development of the system that became CRS, much attention was paid to the security of the transmission of data. Prior to CRS, many tax authorities sent information to other tax authorities only through encrypted CD-ROMs. There are not enough

⁴ Paragraph 2 of The framework for the full AEOI reviews: the Terms of Reference, available at: <http://www.oecd.org/tax/transparency/documents/key-publications-and-documents.htm>.

⁵ See Letter dated September 11, 2012 from Secretary of the Treasury Timothy F. Geithner to The Honorable Debbie Wasserman Schultz dated September 11, 2012.

⁶ See Letter dated October 23, 2012 from U.S. Representative Francisco Canseco and U.S. Representative Ruben Hinojosa to Secretary of the Treasury Timothy F. Geithner.

⁷ OECD. *Keeping it safe*: the OECD guide on the protection of confidentiality of information exchanged for tax purposes. 2012. Available at: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/keeping-it-safe-report.pdf>.

⁸ *Id.*, p. 24.

CD-ROMs in the world to facilitate the vast amount of information that is not being transferred between tax authorities. Accordingly, secure transmission facilities have been established.

However, this highly efficient transmission system results in vast amounts of data, including information exchanged under tax treaties, residing in databases. High-profile hacks of various consumer and even government databases suggest it was only a matter of time before the hack of a taxpayer database. In 2019, the National Revenue Agency of Bulgaria was hacked, resulting in the loss of information regarding 5 million people⁹. The OECD reacted by effectively suspending automatic exchange of information with Bulgaria under the CRS. The OECD's statement also notes that "the possibility of data breaches within organisations can never be entirely eliminated"¹⁰.

These events demonstrate that the threat to confidentiality of taxpayer information may not be the corrupt or disgruntled government employee. Instead, the real threat may be the legislator or administrator who refuses to fund the upgrading of IT infrastructure necessary to keep taxpayers' data secure from hackers.

B. Recourse of taxpayers

The foregoing raises the question of what recourse taxpayers have when information is disclosed, either deliberately or inadvertently. The answer may be, not very much.

In the United States, a common response of the entity whose databases have been hacked is to provide those affected with credit monitoring services for some period of time¹¹. This, of course, treats the breach as a potential violation of property rights, not privacy rights, as the credit monitoring only will allow the individual to know if new credit has been taken out in his name and does nothing to prevent the release of personal information.

There may be even less recourse in other situations. For example, assume Taxpayer A is a citizen of the United States and a resident of Country X. Taxpayer A has a bank account in Country Y. Country X somehow discovers that such bank account exists, so requests and receives information about that bank account under the Country X-Country Y tax treaty. The United States does not have a tax

⁹ SANTORA, Marc. 5 million Bulgarians have their personal data stolen in hack. *New York Times*, July 17, 2019. Available at: <https://www.nytimes.com/2019/07/17/world/europe/bulgaria-hack-cyberattack.html>.

¹⁰ <http://www.oecd.org/tax/transparency/documents/statement-on-the-data-breach-in-the-national-revenue-agency-of-bulgaria.htm>.

¹¹ See ABEL, Jennifer. OPM hack fallout: feds pay \$133 million for (largely useless) ID theft monitoring services. *Consumer Affairs*, September 9, 2015. Available at: <https://www.consumeraffairs.com/news/opm-hack-fallout-feds-pay-133-million-for-largely-useless-id-theft-monitoring-services-090915.html>, discussing the theft of personal information, including security clearance information, of 21.5 million individuals.

treaty, but does have a mutual legal assistance treaty (“MLAT”), with Country Y. Somehow, the information received by Country X makes its way to the U.S. Internal Revenue Service.

Paragraph 12.2 of the Commentary on Article 26 explicitly states:

“The information received by a Contracting State may not be disclosed to a third country unless there is an express provision in the bilateral treaty between the Contracting States allowing such disclosure.”

Accordingly, assuming that the language of the Country X-Country Y tax treaty follows the OECD Model, the transfer of information from Country X to the United States is a violation of that agreement.

What recourse does the taxpayer have? Can the taxpayer prevent the information from being used in a court in the United States? Courts frequently use information that was obtained in violation of the law (at least as long as the government was not involved in obtaining the information).

The party that can object to this is the tax authority of Country Y. It is possible that they may not be troubled by this as the United States conceivably could have requested the same information under the MLAT, at least if they knew enough to ask. Although requests under MLATs are limited to criminal matters, such agreements may allow use in other cases with the consent of the requested party. Different countries may, however, have different views regarding the appropriateness of using information requested with respect to a criminal case in a civil case and vice versa¹².

The tax authorities should be concerned about other countries playing fast and loose with information they provide. For example, if the United States uses the information it receives in this case, it loses the moral high ground if, in the future, it provides information to Country X and Country X then provides the information to a country with which the United States does not have a tax treaty, TIEA, or MLAT (or one with respect to which information exchange has been suspended, such as Venezuela).

Under the jurisprudence of the European Court of Human Rights, a taxpayer should have some recourse when his information is disclosed in violation of domestic law or international agreement. Current “remedies” for such disclosure appear inadequate or non-existent. If there are no penalties, governments are

¹² A recent filing in the U.S. District Court for the Central District of California argues that the Court should quash a third-party summons issued pursuant to the U.S.-India tax treaty for various reasons including the fact that Indian tax authorities frequently use an administrative summons to pursue criminal charges, a procedure that generally is not used in the United States and on which the Senate Foreign Relations Committee remarked unfavorably in connection with its review of the treaty. See HOKE, William. U.S. Court asked to quash Indian treaty request for bank records. *Tax Notes Today International* v. 158, 3, August 17, 2020.

unlikely to expend the resources necessary to protect taxpayer information. Governments that can freely use information obtained in violation of law or agreement will see no reason to comply with the restrictions found in those instruments, rendering them meaningless.

C. Expanding the scope of information exchanged

Another area where the balance between societal rights and individual rights is still to be struck involves reporting (and potential exchange) with respect to expenditures rather than income.

The types of income that are reported and exchanged have greatly expanded in recent years. Only a few decades ago, automatic exchange of information systems dealt only with investment income, such as dividends and interest. In fact, the United States only relatively recently began requiring the reporting of bank deposit interest paid to non-U.S. persons. The OECD has over the recent past developed systems relating to sales of capital assets and is currently focused on income received in the “gig economy”¹³. Reporting and exchanging information with respect to income seems to strike the right balance between societal and individual rights with respect to taxes.

In some cases, tax authorities also find it helpful to look at a taxpayer’s expenditures. For example, in the early 1990s the U.S. Internal Revenue Service trained its agents in conducting “economic reality” audits (also known as “lifestyle audits”). The approach was based on finding discrepancies between reported income and expenditures¹⁴. Under the IRS Restructuring and Reform Act of 1998, such audits were to be used only when there is an indication that a problem exists¹⁵. Even so, lifestyle audits continue, particularly with respect to individual business returns¹⁶. This focus makes sense, as in the United States almost every type of non-business income is automatically reported to the Internal Revenue Service, so that businesses (particularly cash-heavy businesses) present the ripest opportunities for under-reporting income.

¹³ The OECD has developed a standard reporting framework for such reporting. See OECD (2020), Model Rules for Reporting by Platform Operators with respect to Sellers in the Sharing and Gig Economy, OECD, Paris. Development of the framework was a first step toward “[t]he swift and coherent implementation of the MRDP” through “work on the international legal and technical framework to facilitate the automatic exchange of the information collected under the MRDP.” Available at: <https://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/oecd-releases-global-tax-reporting-framework-for-digital-platforms-in-the-sharing-and-gig-economy.htm>.

¹⁴ CRENSHAW, Albert. Tax cheats beware: the IRS will now audit lifestyles. *The Washington Post*, November 6, 1994.

¹⁵ FINK, Philip R.; and GIBSON, Charles. Less reason to be afraid? The IRS’s new approach to financial status audits. *The CPA Journal*, June 1999.

¹⁶ See IRS. *Internal Revenue Manual*, Section 4.10.4.3.3.1 (08-09-2011), Financial Status Analysis (Individual Business Returns), 2020.

In other cases, U.S. courts have allowed the IRS to issue “John Doe” summons to various financial institutions in order to collect information on unknown holders of debit and credit cards issued by financial institutions. Starting in the early 2000s, the IRS successfully received information about U.S. taxpayers who held cards issued by banks in a variety of bank secrecy jurisdictions. In 2019, the IRS was permitted to issue a John Doe summons to secure information on cards issued to Finnish residents by banks outside of Finland. All of these processes are intended to help the tax authorities determine whether taxpayers are spending money that has not been reported¹⁷.

Once upon a time, such requests might have been viewed as “fishing expeditions” that did not comply with the requirements of Article 26 because the request did not relate to the examination of a single identified taxpayer. Additions made in 2014 to the Commentary on Article 26 adopt a more permissive approach. Paragraph 5.2 provides that requests that do not identify individual taxpayers may satisfy the “foreseeable relevance” standard if the request includes a “provide a detailed description of the group and the specific facts and circumstances that have led to the request, an explanation of the applicable law and why there is reason to believe that the taxpayers in the group for whom information is requested have been non-compliant with that law supported by a clear factual basis. It further requires a showing that the requested information would assist in determining compliance by the taxpayers in the group”. Paragraph 8, subparagraph f) effectively approves of information exchange in the situation described in the John Doe summons issued by the United States on behalf of Finland.

Accordingly, it is clear that there may be circumstances in which information regarding expenditures may be useful in determining the income of a taxpayer, but such indirect methods may open up new privacy concerns.

In that regard, it is worth paying attention to new work being undertaken in the Forum on Tax Administration on “on-line cash registers”¹⁸. This initiative, sponsored by the Federal Tax Service of Russia, is intended to prevent businesses from under-reporting income by requiring real-time transmission to the tax authorities of electronic transaction data. This aspect of the system seems to be well within the norms of what can be expected in a democratic society as it focuses on income. However, the system as implemented in Russia also captures expenditure information about customers. It is unclear whether this is a feature or a bug. That

¹⁷ See U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Office of Public Affairs. Court authorizes service of John doe summonses seeking information about Finnish residents using Bank of America, Charles Schwab, and TD Bank Payment Cards linked to Non-Finnish bank accounts. Release issued May 1, 2019. Available at: <https://www.justice.gov/opa/pr/court-authorizes-service-john-doe-summonses-seeking-information-about-finnish-residents-using>.

¹⁸ See OECD. *Implementing online cash registers: benefits, considerations and guidance*. Paris: OECD, 2019.

is, while the justification for the project focuses on compliance by retailers, the section on objectives contains the somewhat ominous sentence:

“In particular, given that over time additional implementation goals and functionality might become desirable, it is important to consider the introduction of a solution based on a scalable platform.”

It is true that there is no longer any privacy in that our buying habits are well-known to Google, Amazon, Paypal and other private sector entities. However, it is still worth considering whether we want our governments to know what it is we’re buying, watching, reading, listening to, eating and drinking. It is unclear that this potential invasion of privacy satisfies the ECHR’s standard. Of course, once information is held in tax authorities’ databases, that information could also be exchanged. It is unsettling that the Forum on Tax Administration has published a document on OCRs without addressing these concerns¹⁹.

D. Tax administration by hacks and journalists

A related problem is tax administration by mob. This is not strictly or even primarily a problem of information exchange but it does relate to tax and the balancing of different, important human rights. It seems also to have arisen because of the perception that tax authorities were not doing enough to crack down on tax abuse.

Since the release of the Panama Papers, the public has been transfixed by stories based on document dumps of private documents often obtained illegally. It is no doubt true that some cases of tax evasion have been revealed by such document dumps. However, it is also likely that taxpayers who had already “come clean” in their countries’ tax amnesty or voluntary disclosure programs in order to maintain their privacy found their information made public on one of the searchable databases. Others, of course, had their personal business matters exposed to the world even though they apparently had complied with all relevant laws.

In this case, the clash is not directly between the needs of society writ large and individual rights – it is likely that an information request that asked for all of a law firm’s or accounting firm’s client files would have been denied as a fishing expedition, even after the changes made to the Commentary on Article 26. Instead, it is necessary to balance the individual’s right to privacy and the journalist’s right to free expression.

¹⁹ The document acknowledges that information regarding consumers will be collected because it points out that such information can help consumers procure refunds when necessary by proving that a transaction occurred.

It is worth noting in this regard that the seminal article²⁰ articulating a right to privacy was written in the late 19th century by Samuel Warren and Louis Brandeis. The article was prompted by press reports about parties given by Warren's wife²¹. The authors complained, "Gossip is no longer the resource of the idle and of the vicious, but has become a trade, which is pursued with industry as well as effrontery". At least some of the stories that appeared after the Panama Papers were released seem to serve the same sorts of "prurient interests. For example, a long article that appeared in the Guardian discussed an art auction that had taken place at Christie's in 1997. The article, which appeared in 2016, crowed that "[T]he story behind the auction that set a new record for the sale of a private collection can now be told for the first time" because of the release of the Panama Papers. The article also quoted the investor who was involved in the sale to the effect that: "I really feel that if one is successful, one of the rewards of your success is the quiet enjoyment of it... Being on the front page of newspapers doesn't allow that". Finally, the article states, "In 1997, such arrangements were almost unheard of, though there was nothing illegal about them". In other words, the Guardian chose to expose the perfectly legal business arrangements of a rich but private man. Are they really any better than the yellow journalists who reported on Mrs. Warren's parties and are we any better than the public who enjoyed shaking their heads over the stories? Isn't the right balance for journalists to limit their use of such information to cases of illegality, not gossip?

III. Closing thoughts

Tax authorities have an obligation to collect the right amount of tax from taxpayers. The pressure on tax authorities to collect more tax revenue will only increase in light of massive government expenditures in response to the coronavirus pandemic. It is tempting to utilize technology to make revenue collecting more efficient.

However, there are numerous examples, across society, of technology being developed and implemented without adequate consideration of its effects on privacy and other individual rights. In the tax world, there is an assumption that any information that can be reported should be reported and then it should be shared. In many cases, such sharing may be justified, but someone needs to at least ask the right questions to make sure the balance is correct.

²⁰ WARREN, Samuel D.; and BRANDEIS, Louis D. Right to privacy. *Harvard Law Review* v. 4, n. 5, p. 193, 1890-1891.

²¹ PROSSER, William L. Privacy. *California Law Review* v. 48, n. 3, p. 383, 1960.

O Direito Tributário Internacional: Desafios e Lições durante o Enfrentamento da Covid-19

Challenges and Lessons of Covid-19 in International Tax Law

Gustavo Brigagão

Presidente da Associação Brasileira de Direito Financeiro (ABDF). Vice-Presidente do Fórum Permanente de Direito Tributário da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro. Membro do General Council da International Fiscal Association (IFA). Membro do Conselho de Administração da Britânica no Estado do Rio de Janeiro (BRITCHAM). Diretor de Relações Internacionais do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (Cesa). Diretor da Federação das Câmaras de Comércio do Exterior (FCCE). Professor na Pós-graduação em Direito Tributário da Fundação Getúlio Vargas e sócio do escritório Brigagão, Duque Estrada – Advogados.

Gabriel Bez Batti

Mestrando em Direito Tributário na USP e mestre (LLM) em International Tax Law pela Wirtschaftsuniversität Wien. Associado do escritório Brigagão, Duque Estrada – Advogados.

Resumo

O objetivo do artigo é identificar, da perspectiva brasileira, quais são os impactos da pandemia de Covid-19 nas relações tributárias internacionais. Serão analisadas questões relacionadas a estabelecimentos permanentes, residência fiscal de pessoas físicas e jurídicas e a tributação da renda decorrente das relações de emprego, tomando por base o documento “Analysis of Tax Treaties and the Impact of the Covid-19 Crisis”, no qual a Organização avaliou os impactos da pandemia a partir do ponto de vista da Convenção Modelo da OCDE e seus Comentários.

Palavras-chave: Covid-19, tratados tributários, estabelecimentos permanentes, residência fiscal.

Abstract

The objective of this article is to identify, under a Brazilian perspective, the impacts of the Covid-19 pandemic on international tax relations. Questions related to permanent establishments, tax residence, and taxation of income from employment will be analyzed considering the OECD document “Analysis of Tax Treaties and the Impact of the Covid-19 Crisis”, in which the Organization assessed the impacts of the pandemic from the point of view of the OECD Model Tax Convention and its Commentaries.

Keywords: Covid-19, tax treaties, permanent establishments, tax residence.

1. Considerações introdutórias

A tributação internacional vem sofrendo movimentos importantes nesta nova era em que os contribuintes foram chamados a pagar o que devem, e os Estados

foram encorajados a buscar o que de fato lhes é devido. É um movimento internacional de combate à erosão fiscal, de incentivo à troca de informações entre os países e de busca à alocação justa dos lucros. Esse movimento se acentuou no final dos anos 2000, época em que o mundo e principalmente os países europeus vivenciaram uma grave crise econômica.

Surgiram, nesse cenário, projetos importantes no âmbito da OCDE, como o Projeto BEPS OCDE/G20 e outras propostas relacionadas à economia digital. Com o crescimento exponencial das empresas de tecnologia americanas, os países da Europa tornaram-se importadores de capitais, verdadeiros Estados da fonte. Por isso, na tentativa de alocar os lucros das empresas de forma mais equânime, foram apresentadas as mais variadas orientações a fim de que a tributação levasse em conta também o mercado consumidor.

Quando toda a atenção da comunidade internacional se voltava a essas discussões, surgiu a crise da Covid-19, uma crise na saúde que fez o mundo quase parar. E, de repente, tornou-se ainda mais evidente que a economia digital não é a economia do futuro, mas a economia do agora. Discutir a tributação da economia digital passou a ser fundamental.

A crise da Covid-19 acentuou algumas discussões surgidas com o desenvolvimento da tecnologia. Para alguns setores, os locais físicos de trabalho se tornaram prescindíveis. Prevê-se que o *home office* passará a ser a regra. Na crise da Covid-19, virou a regra. E aí surgem questões importantes que a OCDE, desde logo, buscou identificar. Quando os funcionários de uma empresa residente em um Estado contratante trabalham em outro Estado contratante, em *home office*, há a possibilidade de se reconhecer a existência de um estabelecimento permanente neste último Estado? E as questões de residência fiscal? O fato de os executivos de uma empresa residente em um Estado contratante estarem em outro Estado contratante tomando decisões e fazendo reuniões *on-line* pode ser suficiente para alterar a residência fiscal da empresa?

Essas e outras questões foram analisadas pelo Secretariado da OCDE no documento intitulado “Analysis of Tax Treaties and the Impact of the Covid-19 Crisis”, em que a Organização avalia os impactos da crise da Covid-19 na análise dos tratados tributários. É um documento que, apesar de elaborado para uma situação específica e temporária, traz respostas importantes para questões relativas à economia digital.

A crise da Covid-19 resultou na aceleração da digitalização do ambiente de trabalho, e o documento da OCDE é mais um capítulo de uma era em que os Estados têm de estar bem alinhados para definir onde e como tributar. O objetivo deste artigo é identificar os pontos trazidos pela OCDE no referido documento e, da perspectiva brasileira, identificar como a administração tributária e os contribuintes enfrentarão os aspectos fiscais inerentes às medidas restritivas que decorreram da pandemia.

2. Documento “Analysis of Tax Treaties and the Impact of the Covid-19 Crisis” do Secretariado da OCDE

No dia 3 de abril de 2020, o Secretariado da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ou Económico (“OCDE”) publicou o documento intitulado “Analysis of Tax Treaties and the Impact of the Covid-19 Crisis” para lidar com as seguintes questões de tributação internacional na pandemia da Covid-19: a) preocupações relacionadas à configuração de estabelecimentos permanentes; b) preocupações relacionadas à condição de residência de uma pessoa jurídica; c) preocupações relacionadas à qualificação dos rendimentos relativos à ajuda governamental que eventualmente foram concedidos a trabalhadores que são residentes em um país, mas atuaram em outro; d) preocupações relacionadas à possível mudança na condição de residência dos indivíduos.

No primeiro tópico, o Secretariado abordou preocupações apresentadas por algumas empresas de que os seus funcionários que estão trabalhando em *home office* possam ser considerados como configuradores de estabelecimento permanente no país em que estão situados. Nesse ponto, a OCDE argumentou que é improvável que a situação da Covid-19 crie mudanças na condição de estabelecimento permanente, porque a alteração de localização do funcionário é excepcional e temporária. De fato, os empregados, em regra, estão trabalhando remotamente, não por livre e espontânea vontade, mas por força maior decorrente de restrições impostas pelos governos. Em outras palavras, não é decisão tomada pela empresa, mas situação extraordinária, que, como será visto, não tem o condão de configurar estabelecimento permanente naquele local.

O segundo ponto se refere a preocupações sobre possível mudança no “local da sede de direção efetiva” de empresas como decorrência da impossibilidade de diretores e outros executivos viajarem no período de distanciamento social/confinamento. O receio é que tal mudança possa ter como consequência o reconhecimento da residência da empresa pelo Estado em que esses executivos estão confinados, do que poderá resultar a duplicidade de residência fiscal.

A OCDE evidenciou que a Covid-19 é situação que tem natureza extraordinária e temporária, e, conseqüentemente, não deve desencadear mudança na residência antes fixada. A Organização também enfatizou que, em havendo tratado, as regras de desempate (“*tie break rules*”) garantirão que a entidade seja considerada residente em apenas um dos Estados contratantes. O Secretariado mencionou, ainda, que a aplicação da regra de desempate definirá se o texto do tratado está de acordo com a regra do desempate do Modelo da OCDE de 2017, que segue as modificações realizadas pelo Projeto BEPS OCDE/G20, ou com as Convenções anteriores.

De acordo com a regra do desempate do Modelo OCDE de 2017, as autoridades competentes resolverão a questão da dupla residência caso a caso e de comum acordo. Para a obtenção do acordo, dever-se-á levar em consideração todos os fa-

tos e circunstâncias, verificando-se onde eram regularmente realizadas as reuniões do conselho de administração da empresa, ou órgão equivalente, em que lugar o diretor geral e outros executivos seniores costumavam exercer suas atividades, onde a administração da empresa era exercida etc. Caso o tratado contenha a regra de desempate prevista em Convenções Modelo da OCDE anteriores a 2017, o local da sede de direção efetiva será o único critério a ser utilizado para determinar a residência de uma entidade.

A terceira preocupação tem a ver com a qualificação dos rendimentos relativos à ajuda governamental que eventualmente foi concedida aos trabalhadores residentes em outro país. Nesse caso, o Artigo 15 da Convenção Modelo da OCDE atribui competência tributária ao Estado de residência do empregado e ao do local onde ele efetivamente exerce a relação de emprego.

O Secretariado explicou que os pagamentos que os funcionários recebem nessas circunstâncias se assemelham aos pagamentos de uma rescisão (“*terminant payments*”), como um salário ou um bônus pelo último período de trabalho. De acordo com os Comentários à Convenção Modelo da OCDE, o rendimento será atribuído ao local em que o funcionário trabalhava antes da crise da Covid-19.

O último tópico expõe as preocupações relacionadas à alteração na condição de residência das pessoas físicas. Nesse caso, o Secretariado afirmou que é improvável que a crise decorrente da Covid-19 afete a posição de residente prevista no tratado, mesmo porque alguns países emitiram orientações administrativas no sentido de que a residência não será alterada para outro Estado contratante, caso o indivíduo esteja lá temporariamente, em razão da pandemia.

O Secretariado explicou que, em caso de dupla residência fiscal, as regras de desempate no Artigo 4º da Convenção Modelo da OCDE devem ser aplicadas. Nesse caso, deverão ser levados em consideração os seguintes aspectos: a) local onde o indivíduo tem habitação permanente; b) existência de habitação permanente em ambos os Estados contratantes, hipótese em que o indivíduo será considerado residente no Estado contratante com o qual suas ligações pessoais e econômicas sejam mais estreitas (centro de interesses vitais); c) não sendo possível determinar o Estado contratante em que estabelecido o centro dos interesses vitais do indivíduo, ou se ele não dispuser de habitação permanente em qualquer dos Estados contratantes, o Estado contratante em que o indivíduo permanecer habitualmente será considerado o de residência; d) por fim, se o indivíduo permanecer habitualmente em ambos os Estados contratantes, ou se não permanecer habitualmente em nenhum deles, será considerado residente no Estado contratante de que for nacional.

Com efeito, o simples fato de um indivíduo estar fora do seu local de residência tradicional e trabalhando em outro país, onde esteja impossibilitado de transitarem decorrência das restrições relacionadas à Covid-19, não atrairá, provavelmente, a aplicação da regra de desempate para este último país, porque dificilmente poderá ser configurada habitação permanente por parte dele nesse local.

No Brasil, a Receita Federal (“RFB”) ainda não emitiu qualquer diretiva sobre os riscos de configuração de estabelecimento permanente em decorrência de restrições de mobilidade devido à Covid-19. Também não há diretrizes sobre como lidar com as questões que possam surgir relativas à residência fiscal de pessoas físicas e jurídicas e também quanto à qualificação dos subsídios pagos pelo governo em decorrência da suspensão dos contratos de trabalho no período de pandemia.

Não obstante, as diretrizes fixadas pela OCDE no documento “Analysis of Tax Treaties and the Impact of the Covid-19 Crisis” podem influenciar as medidas a serem tomadas pela administração tributária brasileira, razão pela qual cabe analisar o relatório de forma mais detalhada e verificar as alternativas que estarão à disposição das autoridades fiscais para a solução de problemas relacionados ao tema.

3. Restrições de confinamento e mobilidade e o risco do reconhecimento de estabelecimento permanente no Brasil

3.1. Considerações preliminares sobre o conceito de estabelecimento permanente no Brasil

A importância de definir o conceito de estabelecimento permanente tem a ver com a alocação dos lucros corporativos para fins dos tratados, conforme definido no Artigo 7º (1) da Convenção Modelo da OCDE. Por esse dispositivo, o Estado de origem tem o direito de tributar lucros atribuídos a estabelecimento permanente de empresa residente em outro país. Além disso, a definição de estabelecimento permanente também é importante para atrair a aplicação de convenções de dupla tributação para estabelecimentos permanentes de empresas constituídas em um terceiro Estado, que não fazem parte da relação original.

A definição geral de estabelecimento permanente foi estabelecida pelo Artigo 5º (1) da Convenção Modelo da OCDE. De acordo com o dispositivo, “o termo ‘estabelecimento permanente’ designa uma instalação fixa de negócios em que a empresa exerça toda ou parte de sua atividade”. Paulo Caliendo¹ destaca os seguintes requisitos para o reconhecimento de um estabelecimento permanente: a) empresa não residente; b) que faz negócios; c) através de um lugar fixo; d) que tenha o poder de dispor desse local de negócios.

O Artigo 5º (2) contém uma lista de exemplos do que pode ou não ser considerado estabelecimento permanente. A sede, uma filial, um escritório e uma fábrica podem ser qualificados como tal, mas é fundamental que esses itens sejam analisados juntamente com a definição geral estipulada no Artigo 5º (1), ou seja,

¹ CALIENDO, Paulo. *Estabelecimentos permanentes em Direito Tributário Internacional*. São Paulo: RT, 2005. p. 220.

deve haver um local fixo de negócios através do qual a empresa exerça toda ou parte da sua atividade.

O parágrafo 3º dispõe que um canteiro de construção, instalação ou montagem constituirá estabelecimento permanente se tiver prazo de duração superior a 12 (doze) meses. Por sua vez, o parágrafo 4º lista uma série de atividades comerciais que devem ser tratadas como exceção à regra geral prevista no Artigo 5º (1). São atividades que, embora realizadas por meio de instalação fixa, não são consideradas estabelecimento permanente.

O parágrafo 5º trata da situação em que o agente atua em nome da empresa e tem autoridade para celebrar contratos em seu nome. De acordo com esse dispositivo, a empresa possuirá estabelecimento permanente no país em que esse agente atua. O parágrafo 6º trata de casos que envolvem agentes independentes. Por fim, o parágrafo 7º estabelece que o fato de uma empresa residente em um Estado controlar ou ser controlada por outra residente em Estado diverso, ou exercer sua atividade nesse outro Estado, não será, por si só, suficiente para tornar uma dessas empresas estabelecimento permanente da outra.

Uma das características do estabelecimento permanente, como mencionado por Alberto Xavier², é a existência de instalação fixa à disposição da empresa para nela desenvolver sua atividade, ou através dela, a despeito do seu caráter imediatamente produtivo.

Sabe-se que a definição de estabelecimento permanente foi em parte alterada pelo Projeto BEPS OCDE/G20. Um dos objetivos desse projeto foi o de combater abusos cometidos pelos contribuintes tendentes a evitar o reconhecimento da existência de estabelecimentos permanentes. Para resolver esse impasse, a OCDE estipulou três dos abusos a serem enfrentados com o objetivo de atingir aquela finalidade. Kevin Cunningham³ os definiu da seguinte forma: a) manobras que dificultam o reconhecimento de estabelecimentos permanentes por meio de comissários e estratégias semelhantes; b) manobras que dificultam o reconhecimento de estabelecimentos permanentes por meio das exceções do Artigo 5º (4); c) estratégias que dificultam o reconhecimento de estabelecimentos permanentes (por exemplo, fragmentar duas ou mais atividades entre diferentes partes relacionadas, a fim de contornar as exigências definidas nos tratados para a configuração de um estabelecimento permanente).

Em relação à primeira questão, a solução apontada no relatório final da Ação 7 do Projeto BEPS OCDE/G20 foi reconhecer a existência de estabelecimento permanente na hipótese em que o agente conclui ou desempenha habitualmente

² XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 632.

³ CUNNINGHAM, Kevin. The post-BEPS world of permanent establishment. *Tax Notes International* v. 82, n. 5, 2016. p. 503.

papel principal na celebração dos contratos⁴. Em relação à segunda questão – enfrentar manobras que impedem o reconhecimento de estabelecimento permanente por meio de comissários e estratégias semelhantes –, o objetivo da Ação 7 foi enfatizar, no Artigo 5º (4), que as atividades só não seriam caracterizadas como estabelecimento permanente nas hipóteses em que tivessem realmente caráter preparatório ou auxiliar⁵. Por fim, em relação ao terceiro tópico, o relatório final propôs, em conformidade com a Ação 6 do Projeto BEPS OCDE/G20, que os estados inserissem regras antiabuso em seus tratados tributários – do qual é exemplo a regra “*principal purpose test – PPT*” –, ou as disposições que permitem a tributação das atividades de construção, caso sejam executadas por empresas coligadas em um canteiro de obras por diferentes períodos de tempo, cada um superior a 30 (trinta) dias, mesmo que, para uma empresa específica, o período de 12 (doze) meses proposto pelo Artigo 5º (3) da OCDE não tenha sido excedido⁶.

Na prática, o tratado assinado entre Brasil e Argentina é o único em vigor que prevê as novas diretivas para o reconhecimento de estabelecimento permanente, em linha com a versão de 2017 da Convenção Modelo da OCDE e do Projeto BEPS OCDE/G20.

Na lei interna brasileira, não há conceito bem definido do que seja estabelecimento permanente. De fato, na legislação tributária nacional, não há disposição semelhante à prevista no Artigo 5º da Convenção Modelo da OCDE, pela qual o estabelecimento permanente significa um local fixo por meio do qual os negócios de determinada empresa são total ou parcialmente realizados. Também não há período específico para que se considere se um agente dependente, ou um canteiro de obras, é estabelecimento permanente ou não.

No Brasil, o não residente é normalmente tributado na fonte. A retenção ocorre, inclusive, em relação a rendas ativas, como na remessa de rendimentos da prestação de serviços, hipótese em que o art. 746 do RIR/2018 determina que ela deverá ser feita à alíquota de 25%. Se houver tratado tributário em vigor, a única maneira de evitar a retenção na fonte é por meio da demonstração de que não há estabelecimento permanente no País.

Há exceções. O art. 612 do RIR/2018, por exemplo, estabelece como os comissários e os representantes de empresas no exterior devem ser tributados. Essas são, de forma generalizada, as regras locais para agentes dependentes de tratados.

⁴ Redação anterior: “Where a person is acting on behalf of an enterprise and has, and habitually exercises, in a Contracting State an authority to conclude contracts in the name of the enterprise, that enterprise shall be deemed to have a permanent establishment in that State”.

⁵ Redação pós-BEPS: “Where a person is acting on behalf of an enterprise and has, and habitually exercises, in a Contracting State an authority to conclude contracts in the name of the enterprise, that enterprise shall be deemed to have a permanent establishment in that State”.

⁶ VAN DER HAM, Susann; e HALAT, Robert. Implications of the new permanent establishment definition on retail and consumer multinationals. *PwC Report*. Disponível em: <https://www.pwc.com/gx/en/tax/publications/transfer-pricing/perspectives/assets/tp-16-implications.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

A lei estabelece, ainda, que as empresas não residentes que realizem vendas no Brasil por meio de agentes ou representantes serão tributadas nos termos do art. 605 do RIR/2018, que prevê o regime do lucro arbitrado.

Isso pode parecer incorreto se considerarmos que, de acordo com o regime do lucro arbitrado, determinada alíquota, acrescida de 20%, é aplicada sobre a receita da empresa, sem levar em conta as despesas que o comissário e o representante incorreram para promover a venda de mercadorias no Brasil. De fato, na maioria dos tratados celebrados pelo Brasil, existe uma cláusula semelhante ao Artigo 7º (3) da Convenção Modelo das Nações Unidas, segundo a qual, na determinação dos lucros de um estabelecimento permanente, será admitida a dedução de “despesas feitas para a realização dos fins desse estabelecimento permanente, incluindo as despesas de direção e os gastos gerais de administração assim realizados”.

Nesse ponto, é importante observar que o art. 612 do RIR/2018 é específico para vendas. O Brasil não possui regras para a tributação de estabelecimento permanente de agente dependente vinculado a empresas não residentes prestadoras de serviços no País. Além disso, não há regras internas que prevejam a tributação de um canteiro de obras ou projeto de construção ou instalação.

Nesses casos, o não residente será tributado normalmente na fonte, à alíquota de 15% ou 25%, de acordo com os arts. 744 a 746 do RIR/2018, levando em consideração, no caso de tratado, todas as despesas relevantes que esse estabelecimento permanente incorreu no Brasil, em um caso raro de tributação na fonte da receita líquida, uma vez que o País segue o Artigo 7º (3) da Convenção Modelo das Nações Unidas. Portanto, o estabelecimento permanente poderá deduzir todas as despesas em que tenha incorrido para a realização dos seus negócios, incluindo as despesas executivas e administrativas gerais.

Por fim, é importante observar que, dependendo das circunstâncias, a administração tributária poderá considerar que a pessoa jurídica estrangeira tenha constituído “filial de fato” no Brasil, caso haja: a) um conjunto de ativos ou ativos pertencentes ou controlados pela sociedade estrangeira, suficiente para realizar, no todo ou em parte, suas atividades de forma autônoma e independente no Brasil; b) um corpo de empregados, de propriedade ou designados por terceiros, dedicados a exercer a totalidade ou parte das atividades da empresa estrangeira; e c) pessoas domiciliadas no País, responsáveis pela administração da empresa ou dos seus negócios no Brasil, com poderes para administrar negócios, alienar ativos, celebrar contratos que vinculem a pessoa estrangeira e imponham riscos ou obrigações de natureza patrimonial.

Em outras palavras, é possível considerar que a empresa estrangeira tenha estabelecimento permanente no Brasil, por meio de uma “filial de fato”, caso um número significativo de pessoas integrantes do administrativo da empresa esteja domiciliado no País, e algumas das reuniões deliberativas da empresa sejam realizadas no Brasil. Nesse caso, o estabelecimento permanente será tributado como

empresa brasileira, e, portanto, todas as receitas e despesas incorridas serão levadas em consideração para avaliar a base de incidência do imposto sobre a renda.

3.2. Riscos de caracterização de estabelecimento no Brasil durante a pandemia da Covid-19

Na data da elaboração deste artigo⁷, há no Brasil 2.862.761 casos confirmados de Covid-19 e 97.418 mortos em decorrência da doença. O primeiro caso de Covid-19 no País foi oficialmente relatado em janeiro de 2020. Em 20 de março de 2020, foi editado o Decreto Legislativo n. 06/2020, que reconheceu e declarou estado de calamidade pública em nível nacional, com efeitos até 31 de dezembro de 2020, devido ao contágio do novo coronavírus. Além disso, todos os estados brasileiros promulgaram medidas de quarentena. Alguns deles adotaram o *lockdown*, como os estados do Amapá, do Maranhão e do Pará.

No Brasil e no resto do mundo, todos os setores da economia foram severamente afetados. Muitas empresas foram fechadas. Houve retração drástica no consumo e, conseqüentemente, na receita das empresas. O setor de transporte aéreo foi um dos mais afetados. A LATAM Airlines apresentou pedido de falência nos Estados Unidos, como resultado dos impactos da pandemia.

Nesse cenário, trabalhadores de empresas multinacionais ficaram impedidos de deixar o Brasil como resultado das restrições de viagem e das regras de confinamento. Eles ficaram confinados no Brasil e trabalhando em *home office*. Diante disso, surgem dúvidas sobre se eles estariam, nessas condições, realizando parte dos seus negócios em um local fixo de negócios e, em caso positivo, se seria possível considerar que a empresa estrangeira teria, em decorrência disso, estabelecimento permanente no Brasil.

Os Comentários à Convenção Modelo da OCDE são claros a esse respeito. O Brasil não é membro da OCDE, mas não há dúvida de que a maior parte da sua rede de tratados é assinada de acordo com essa Convenção. O fato de o Brasil não ser membro da OCDE não impede que, no processo de interpretação da norma, se leve em consideração o contexto, o objetivo, a finalidade dos tratados internacionais e também a boa-fé, na medida em que o uso desses métodos de interpretação foi internalizado na lei nacional e deriva, inclusive, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, da qual o Brasil é signatário.

Conforme referido por Luís Eduardo Schoueri e Natalie Silva⁸, a assinatura de tratado que tome por parâmetro a Convenção Modelo da OCDE pressupõe

⁷ 6 de agosto de 2020.

⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo; e SILVA, Natalie Matos. Brazil. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; e STARINGER, Claus (eds.). *The impact of the OECD and UN Model Conventions on bilateral treaties*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. p. 172-173.

que os Estados contratantes tenham conhecimento do conteúdo desse modelo e dos respectivos comentários. Desse modo, os relatórios e documentos da OCDE podem e devem fazer parte do processo de interpretação. A recusa dos juízes e da administração tributária em utilizá-los pode tornar improcedente a respectiva decisão, porque ofenderia, de uma só vez, diversos princípios e regras fundamentais do sistema jurídico brasileiro, como a soberania da República Federativa do Brasil, a segurança jurídica, a boa-fé, a moralidade e o *pacta sunt servanda*.

Fixada a premissa de que os Comentários à Convenção Modelo da OCDE são aplicáveis na interpretação dos tratados assinados pelo Brasil, cabe analisar os Comentários ao Artigo 5º da Convenção para determinar se os trabalhadores de empresas multinacionais que estejam trabalhando em *home office* no Brasil – impedidos de deixar o País por conta das restrições de viagem e devido a regras de confinamento – podem, ou não, ser consideradas estabelecimento permanente.

A esse respeito, o Comentário 18 do Artigo 5º da Convenção Modelo da OCDE afirma que o fato de parte dos negócios da empresa estar sendo realizada em *home office* não deve levar à conclusão automática de que esse local está à disposição dela. Quando, no entanto, o *home office* é usado continuamente para realizar determinadas atividades comerciais da empresa, e caso fique claro, pelos fatos e pelas circunstâncias, que a empresa exigiu que o empregado usasse o local para realizar os seus negócios (se a empresa não disponibilizar um escritório ao empregado, por exemplo), o *home office* pode ser considerado “à disposição da empresa”, e assim estariam cumpridos os requisitos para a caracterização de um estabelecimento permanente. Veja-se:

“Embora parte dos negócios de uma empresa possa ser realizada em *home office*, isso não deve levar à conclusão automática de que esse local está à disposição dessa empresa. Para que o *home office* constitua um local à disposição da empresa, deve-se analisar os fatos e as circunstâncias de cada caso. Em muitos casos, a realização de atividades em *home office* será tão intermitente ou incidental que a casa não poderá ser considerada um local à disposição da empresa. Quando, no entanto, o *home office* é usado continuamente para realizar determinadas atividades comerciais da empresa, e caso fique claro pelos fatos e pelas circunstâncias que a empresa exigiu que o empregado usasse o local para realizar os negócios (caso a empresa não disponibilize um escritório ao empregado, por exemplo), o *home office* pode ser considerado à disposição da empresa”.

De fato, conforme já foi mencionado, o simples fato de parte dos negócios da empresa estar sendo realizada em *home office* não deve levar à conclusão de que esse local está à sua disposição, especialmente nos casos em que o funcionário esteja trabalhando de casa de forma temporária, como na pandemia. Nessa hipótese, o trabalhador não está espontaneamente no Brasil, à disposição da empresa. Ele está no País simplesmente porque não consegue dele sair, devido ao estado de calamidade pública promulgado pelo Governo Federal, que resultou nas medidas de quarentena, ou de *lockdown*, tomadas pelos Estados e pelos municípios.

Além disso, é importante observar que o Brasil e a América do Sul, em geral, não têm meios de transporte acessíveis, como os trens europeus, e por isso o avião é um dos principais meios de transporte, senão o principal, para trabalhadores estrangeiros no Brasil, o que dificulta o retorno desses profissionais ao exterior, seja por conta da escassez dos voos, seja porque esses profissionais não possuem a documentação necessária para tanto. De fato, muitos órgãos públicos, incluindo embaixadas, fecharam após o surgimento dos primeiros casos de Covid-19.

O que se tem é que as empresas multinacionais não alocaram os trabalhadores em *home office* como uma base contínua para realizar as suas atividades comerciais. Esses trabalhadores estrangeiros continuaram no Brasil como resultado de caso fortuito ou força maior: a pandemia e a declaração de calamidade pública.

Também para os agentes dependentes, o fato de terem ficado presos no Brasil devido a essas condições sem precedentes, celebrando contratos em hotéis ou locais semelhantes, não é suficiente para a caracterização de estabelecimento permanente no País. O parágrafo 6º dos Comentários ao Artigo 5º da Convenção Modelo de 2014 explica que um estabelecimento permanente só restará caracterizado quando as atividades relevantes tiverem certo grau de permanência e não forem puramente temporárias ou transitórias. O parágrafo 33.1 dos Comentários ao Artigo 5º da Convenção Modelo da OCDE de 2014 estabelece que o requisito de que um agente tenha poderes para “habitualmente” celebrar contratos significa que a presença que uma empresa mantém em um país deve ser mais do que meramente transitória.

Aqui, é importante lembrar que nem na lei brasileira nem nas decisões da administração tributária e do Judiciário há disposições que determinam um período a partir do qual esse agente dependente seria considerado estabelecimento permanente no País. De fato, a caracterização de um *agent PE* no Brasil é muito rara, e o que pode ocorrer é a retenção do imposto de renda na fonte, nos casos em que há uma prestação de serviços no Brasil, ou o arbitramento do lucro nas hipóteses em que o agente realize intermediação da venda de bens no País, caso em que uma alíquota é aplicada sobre a receita bruta do agente, sem levar em conta as despesas que o comissário e o representante haviam assumido para promover a venda de mercadorias no Brasil. Para evitar a retenção na fonte (intermediário de serviços) ou o arbitramento do lucro (intermediário de bens), o contribuinte deve invocar a situação de pandemia para apontar que ele só não deixou o País por conta de força maior, e que, portanto, não há estabelecimento permanente no Brasil.

No entanto, o mesmo pode não ser verdade para os canteiros de obras, ou os projetos de construção ou instalação, nas hipóteses em que essas obras durem seis ou doze meses – a depender do tratado – porque o setor de construção é atividade que não foi interrompida pelos decretos dos governos estaduais e municipais que trataram das restrições em decorrência da pandemia. Os governos dos Estados de São Paulo, do Rio de Janeiro e de Minas Gerais, por exemplo, não restringiram

as atividades nos canteiros de obras. Dessa forma, a pandemia não poderia ser motivo suficiente para interromper essas atividades e, portanto, não há que se falar em força maior para afastar a tributação nessas hipóteses.

Nesses casos, o contribuinte precisa demonstrar com outros fatos e argumentos que o prazo foi excedido por motivo de força maior. De qualquer forma, é importante deixar claro que a aplicação do Artigo 5º (3) da Convenção Modelo da OCDE, que trata da caracterização de estabelecimento permanente no caso de edifício ou canteiros de obras, também é rara no Brasil, e a tributação do não residente normalmente se dá por meio da retenção do imposto de renda na fonte, que só será afastada se o contribuinte provar que ficou no País por menos de 6 (seis), 9 (nove) ou 12 (doze) meses, dependendo do tratado.

Vale destacar, por fim, que o estabelecimento permanente será caracterizado nos casos em que a empresa estrangeira, mesmo sabendo das péssimas condições, decida contratar trabalhadores relevantes no Brasil para atuar em *home office*. Além disso, tal empresa, mesmo sabendo dessas condições, pode contratar agentes dependentes para promover, em *home office*, a venda de bens ou a prestação de serviços no Brasil. Nesses casos, pode ser caracterizado o estabelecimento permanente, do que resultará tributação da seguinte forma:

- a) caso a empresa contrate um número significativo de pessoas que trabalhem na administração da empresa no País, e algumas das reuniões deliberativas da empresa sejam realizadas no Brasil, o estabelecimento permanente será tributado como se fosse empresa brasileira – como uma “filial de fato” – e, portanto, todas as receitas e despesas incorridas serão levadas em consideração para a mensuração da base do imposto de renda;
- b) caso a pessoa jurídica ou física seja considerada agente dependente no Brasil, o art. 612 do RIR/2018 determina que ela será tributada nos termos do art. 605 do RIR/2018, que prevê o regime do lucro arbitrado. De acordo com esse regime, o lucro das pessoas jurídicas será determinado por meio da aplicação de percentuais sobre a receita bruta do agente (os percentuais variarão de acordo com a atividade), mais 20% (vinte por cento). No caso de intermediação de negócios, por exemplo, a porcentagem é de 32%; logo, um percentual de 38,4% será aplicado sobre a receita bruta do agente (32 + 6,4), para, finalmente, aplicar sobre esse valor a alíquota de 34% (imposto CIT) e obter a quantia de imposto de renda que ele tem que pagar;
- c) o Brasil não possui regras para a tributação de estabelecimento permanente de agente dependente vinculado a empresas não residentes que prestam serviços no País. Além disso, não há regras internas que prevejam a tributação de canteiro de obras, projeto de construção, ou instalação. Nesses casos, haverá retenção do imposto na fonte, à alíquota de 15% ou 25%, de acordo com os arts. 744 a 746 do RIR/2018, levando-se em

consideração, no caso de tratado, todas as despesas relevantes em que esse estabelecimento permanente incorreu no Brasil.

4. Os efeitos das restrições de confinamento e de mobilidade na determinação da residência fiscal dos indivíduos

Para a aplicação das regras previstas em tratado, é de suma importância que se defina a residência do indivíduo ou da entidade. De fato, a Convenção Modelo dá tratamento específico para cada tipo de renda, dizendo, por exemplo, que dividendos (Artigo 10) e juros (Artigo 11) pagos por empresa residente de Estado Contratante a residente de outro Estado Contratante podem ser tributados nesse outro Estado. Dessa forma, se um indivíduo for considerado residente do primeiro Estado, a convenção tributária não será necessária porque, nesse caso, a empresa e o destinatário dos dividendos e dos juros estarão localizados no mesmo Estado.

Os tratados não criam obrigações tributárias. Somente a lei interna cria obrigações tributárias. O tratado afasta a regra interna e a competência de um dos Estados para tributar determinado rendimento. Portanto, o conceito de residência em direito interno é fundamental para determinar se o tratado deve ou não ser aplicado. Isso está bem definido no Artigo 4º da Convenção Modelo da OCDE, segundo a qual “o termo ‘residente de um Estado Contratante’ designa qualquer pessoa que, em virtude da legislação desse Estado, está aí sujeita a imposto em razão de seu domicílio, de sua residência, de sua sede de direção ou de qualquer outro critério de natureza análoga”.

No Brasil, o art. 70 do Código Civil estabelece que o domicílio do indivíduo é o local onde sua residência é estabelecida com ânimo definitivo. O art. 127 do Código Tributário Nacional estabelece que o domicílio fiscal das pessoas físicas será sua residência habitual ou seu centro habitual de atividade, nos seguintes termos:

“Art. 127. Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal:

I – quanto às pessoas naturais, a sua residência habitual, ou, sendo esta incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade;”.

Por sua vez, o art. 2º da Instrução Normativa (“IN”) n. 208/2002 estabelece que será considerado residente tributário no Brasil aquele que: a) resida no Brasil em caráter permanente; b) ausente-se do País para prestar serviços como assalariado a autarquias ou repartições do Governo brasileiro situadas no exterior; c) ingresse no Brasil com visto permanente, na data da chegada; ou com visto temporário, na data em que complete 184 dias, consecutivos ou não, de permanência no Brasil, dentro de um período de até doze meses; ou na data da obtenção de visto permanente ou de vínculo empregatício, se ocorrida antes de completar 184 dias, consecutivos ou não, de permanência no Brasil, dentro de um período de

até doze meses; d) seja brasileiro que adquiriu a condição de não residente no Brasil e retorne ao País com ânimo definitivo, na data da chegada; e) ausente-se do Brasil em caráter temporário ou se retire em caráter permanente do território nacional sem apresentar a Comunicação de Saída Definitiva do País, durante os primeiros 12 (doze) meses consecutivos de ausência.

Além disso, o art. 3º da IN n. 208/2002 determina que um indivíduo será considerado não residente nas seguintes hipóteses: a) caso ele não resida no Brasil em caráter permanente; b) caso ele se retire em caráter permanente do território nacional, na data de saída; c) caso, na condição de não-residente, ingresse no Brasil para prestar serviços como funcionário de órgão de governo estrangeiro situado no País; d) caso ingresse no Brasil com visto temporário, e permaneça até 183 dias, consecutivos ou não, em um período de até 12 (doze) meses; ou até o dia anterior ao da obtenção de visto permanente ou de vínculo empregatício, se ocorrida antes de completar 184 dias, consecutivos ou não, de permanência no Brasil, dentro de um período de até doze meses; e) caso se ausente do Brasil em caráter temporário, situação na qual a sua condição de não residente se dará a partir do dia seguinte àquele em que complete 12 (doze) meses consecutivos de ausência.

O indivíduo que se torna residente estará sujeito às regras em vigor na legislação brasileira a partir da data em que a condição de residente for caracterizada.

Segundo Flávia Cavalcanti⁹, a legislação brasileira que define a residência dos indivíduos abrange aspectos objetivos – normalmente aplicáveis aos estrangeiros residentes no Brasil, no que se refere à presença física do indivíduo no território nacional – e subjetivos, considerando a intenção do indivíduo, ou seja, o ânimo para ficar no Brasil.

Com efeito, as regras são claras para os nacionais brasileiros que permanecem no País, porque nesses casos eles serão considerados residentes fiscais no Brasil sem que seja necessário qualquer outro exame. O mesmo vale para os estrangeiros que entrem no Brasil com visto permanente, pois o aspecto objetivo é cumprido, ou seja, o indivíduo tem, de fato, presença física suficiente no território brasileiro para ser considerado residente fiscal. A verificação da residência se torna mais complicada, porém, quando um nacional sai do Brasil, mas não apresenta a Comunicação de Saída Definitiva. Nessa situação, o indivíduo será considerado residente tributário brasileiro nos primeiros 12 (doze) meses; depois disso, ele será considerado não residente, mas apenas no caso de não demonstrar ânimo para permanecer no País. Caso ele retorne ao Brasil com ânimo definitivo, será considerado novamente residente fiscal brasileiro.

Quanto aos estrangeiros que ingressarem no Brasil com visto temporário, serão considerados residentes no Brasil somente na data em que completarem

⁹ CAVALCANTI, Flávia. *Contribuição ao estudo do estabelecimento permanente*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 80.

184 dias, consecutivos ou não, de permanência no Brasil, por um período de até 12 (doze) meses, ou na data da obtenção de um visto permanente ou de trabalho. Observe que o critério é objetivo, ou seja, o estrangeiro será automaticamente considerado residente fiscal no Brasil caso ultrapasse 183 (cento e oitenta e três) dias no período de um ano. Podem, portanto, surgir dúvidas se esse indivíduo poderá ser considerado residente fiscal brasileiro caso ele não possa sair do País devido à pandemia.

De fato, ao contrário do Reino Unido, da Austrália e de outros países que emitiram orientações no sentido de que os indivíduos que estão temporariamente em seu país, por conta da pandemia, não serão considerados residentes fiscais, a RFB não emitiu nenhuma diretiva sobre esse assunto. No entanto, é improvável que a situação da Covid-19 traga questões relevantes para a posição de indivíduos que permaneceram no Brasil apenas porque não conseguiram deixar o País em decorrência da pandemia. De fato, mesmo que esses indivíduos estejam prestes a completar o período de 184 dias, o fato de eles estarem no Brasil por motivo de força maior é suficiente para descartar qualquer possibilidade de considerá-los residentes fiscais brasileiros.

No Brasil, existem decisões judiciais que excluem a responsabilidade tributária devido a evento de força maior. O art. 2º da Lei n. 8.989/1995 prevê a isenção de IPI para os automóveis de passageiros de fabricação nacional, quando adquiridos por motoristas profissionais e pessoas com deficiência física, visual ou mental, diretamente ou por seu representante legal, mas a isenção só pode ser usufruída 1 (uma) vez a cada 2 (dois) anos. Na hipótese de o veículo ter sido furtado ou roubado nesse ínterim, o Superior Tribunal de Justiça firmou posição no sentido de que esse período não deve ser levado estritamente em consideração, e por isso a isenção do IPI deve ser aplicada mesmo que a aquisição do novo veículo ocorra antes do biênio legal (REsp n. 1.390.345, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 24.03.2015¹⁰).

Outro exemplo: há regra no Brasil que isenta a tributação da renda sobre o ganho de capital no caso de um indivíduo vender imóvel residencial e comprar outro em 180 (cento e oitenta) dias. Nesse caso, Rodrigo Caserta e Pedro Grillo¹¹ salientam que as autoridades competentes devem reconhecer a pandemia como razão suficiente para interromper a fluência do termo, em decorrência dos obstáculos intransponíveis que inviabilizam a procura e aquisição de outra residência, na vigência do período de quarentena e de confinamento.

Na hipótese em que determinado indivíduo seja considerado residente no Brasil e no outro Estado contratante, e havendo tratado em vigor, há de se aplicar

¹⁰ REsp n. 1.390.345/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 24.03.2015.

¹¹ CASERTA, Rodrigo; e GRILLO, Pedro. A desoneração do lucro imobiliário em tempos de covid-19. *Estadão*, São Paulo, 23 maio 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-desoneracao-do-lucro-imobiliario-em-tempos-de-covid-19/>.

o Artigo 4º da Convenção Modelo da OCDE. Por essa regra, o desempate ocorrerá da seguinte forma:

- a) o indivíduo será considerado residente do Estado Contratante em que ele disponha de habitação permanente; se dispuser de habitação permanente em ambos os Estados Contratantes, será considerado residente do Estado Contratante com o qual suas ligações pessoais e econômicas sejam mais estreitas (centro de interesses vitais);
- b) se o Estado Contratante em que tem o centro de seus interesses vitais não puder ser determinado, ou se não dispuser de habitação permanente em qualquer dos Estados Contratantes, o indivíduo será considerado residente do Estado Contratante em que permanecer habitualmente;
- c) se o indivíduo permanecer habitualmente em ambos os Estados Contratantes, ou se não permanecer habitualmente em nenhum deles, será considerado residente do Estado Contratante de que for nacional;
- d) se for nacional de ambos os Estados Contratantes, ou se não for nacional de nenhum deles, as autoridades competentes dos Estados Contratantes procederão ao acordo amigável.

Nesse cenário, é muito provável que o indivíduo seja considerado residente tributário do outro Estado Contratante, porque o simples fato de estar fora do seu local de residência tradicional por razões relacionadas à Covid-19 não atrairá a aplicação da regra de desempate do Brasil. O seu centro de interesses vitais e a sua nacionalidade pertencerão ao outro país.

5. Os efeitos das restrições de confinamento e de mobilidade na determinação da residência fiscal das empresas

No que toca às pessoas jurídicas, o art. 75, inciso IV, do Código Civil estabelece que o domicílio das pessoas jurídicas será o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde tiver sido eleito domicílio especial, no seu estatuto ou atos constitutivos. O Código Tributário Nacional também é flexível a esse respeito. De acordo com o art. 127 da CTN, na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário na forma da legislação aplicável, considerar-se-á como tal o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento.

Nesse sentido, Hugo de Brito Machado¹² afirma que “a liberdade do contribuinte de escolher o domicílio é expressamente garantida pelo art. 127 da CTN”. Portanto, as empresas que optarem por se instalar no exterior ou ter seus respectivos conselhos e administrações no exterior poderão ser tratadas como não residentes de acordo com a lei nacional.

¹² MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Atlas, 2004. v. 2. p. 496.

Flávia Cavalcanti¹³, no entanto, não se sente à vontade com essa afirmação. Ela sustenta que a simples análise do art. 127 da CTN pode resultar em uma interpretação isolada, na qual o contribuinte pode escolher livremente o seu domicílio fiscal. A autora argumenta que essa conclusão não é a mais adequada, tendo em vista que o critério de “eleição do domicílio” apresenta baixo nível de expressividade.

Dito isso, é possível concluir que a lei brasileira adota visão flexível para determinar a residência tributária das pessoas jurídicas. Não obstante, é indiscutível que a escolha da residência fiscal exige alguma substância, levando em consideração o local onde as decisões são tomadas e também onde estão localizados os conselhos de administração e os respectivos conselhos. A abordagem brasileira está alinhada com a ideia de que o local de residência de pessoas jurídicas é o da sua incorporação, sem deixar de lado o requisito da “sede de direção efetiva”.

Nesse cenário, o fato de as decisões da empresa estarem sendo tomadas no Brasil porque parte dos executivos seniores da companhia não conseguiram deixar o País devido à pandemia levanta problemática semelhante à que foi resolvida acima, quando se tratou da possibilidade de caracterizar estabelecimento permanente simplesmente porque parte dos trabalhadores está no Brasil em razão de condições adversas. No entanto, o raciocínio para rejeitar a caracterização de estabelecimento permanente não pode ser utilizado para rejeitar a residência fiscal de determinada empresa, porque o critério de “disposição”, inerente aos estabelecimentos permanentes, não é razão suficiente para determinar se a entidade legal é ou não residente no outro Estado contratante.

Não obstante, o estado atual de calamidade devido à pandemia constitui força maior, uma situação extraordinária e temporária e, portanto, essa mudança de localização não deve desencadear mudança na residência. A esse respeito, veja-se também o EREsp n. 1.172.027¹⁴, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em que a Corte afastou a responsabilidade do transportador de carga de recolher o imposto de importação na hipótese em que as mercadorias importadas foram roubadas.

Caso as autoridades fiscais reconheçam que a empresa tem residência fiscal no Brasil, e havendo tratado contra a bitributação, as regras de desempate nele previstas devem ser aplicadas. Para as pessoas jurídicas, a versão de 2014 da Convenção Modelo da OCDE determina que, no caso de a entidade ser residente em ambos os Estados Contratantes, ela será considerada residente apenas do Estado em que localizada a sua sede de direção efetiva. Já a versão de 2017 da Convenção Modelo da OCDE estabelece que as autoridades competentes dos Estados Contratantes deverão determinar, em comum acordo, o Estado Contratante no qual essa

¹³ CAVALCANTI, Flávia. Op. cit., p. 83.

¹⁴ AREsp n. 1.284.725/SP, rel. Min. Francisco Falcão, j. 24.10.2018.

empresa será considerada residente para os fins da Convenção, tendo em conta o seu local de gestão efetiva, o local em que a empresa foi constituída ou quaisquer outros fatores relevantes. Na ausência de tal acordo, o residente não terá direito aos benefícios dos tratados.

Os tratados firmados pelo Brasil e Chile, México, Peru e Turquia já tinham regra de desempate semelhante à prevista na Convenção Modelo da OCDE de 2017. Não obstante, como a maior parte dos tratados firmados pelo Brasil contém a regra de desempate do Modelo OCDE anterior a 2017, o local da sede de direção efetiva será o único critério para determinar a residência da entidade. Nessas hipóteses, não há como falar em transferência da residência primária para o Brasil nos casos em que os executivos estejam no País apenas por conta da pandemia, na medida em que a sede de direção efetiva no Brasil seria meramente temporária.

Nos tratados assinados com Chile, México, Peru e Turquia, todos os fatos e circunstâncias relevantes devem ser examinados para determinar o local da sede de direção efetiva. O parágrafo 149 dos Comentários ao Artigo 29 da Convenção Modelo da OCDE de 2017 explica que o conceito de “local de direção efetiva” pode ser interpretado como sendo o local onde normalmente a pessoa ou o grupo de executivos seniores (por exemplo, um conselho de administração) tomam as principais decisões administrativas e comerciais, necessárias para a condução dos negócios da empresa.

Nessa hipótese, todos os fatos e circunstâncias relevantes devem ser examinados para determinar o local “usual” e “comum” de direção efetiva. De novo, se a direção é feita apenas excepcional e temporariamente no Brasil, por conta da crise da Covid-19, não há como se falar em transferência da residência primária para o Brasil.

6. A tributação dos rendimentos do trabalho

De acordo com o Artigo 15 da Convenção Modelo da OCDE, “os salários, ordenados e outras remunerações similares que um residente de um Estado Contratante receber em razão de um emprego serão tributáveis somente nesse Estado, a não ser que o emprego seja exercido no outro Estado Contratante. Se o emprego for aí exercido, as remunerações correspondentes são tributáveis nesse outro Estado”. Essa disposição estabelece a regra geral sobre a tributação dos rendimentos do trabalho, exceto pensões.

Nessa linha, os Comentários ao Artigo 15 explicam que “o local onde o emprego é realmente exercido” significa o local em que o empregado está “fisicamente presente ao executar as atividades pelas quais a renda do emprego é paga”. O Estado de origem só poderá exercer a competência tributária se o empregado estiver lá por mais de 183 (cento e oitenta e três) dias e o empregador for residente no Estado de origem, ou se o empregador tiver no Estado de origem um estabelecimento permanente que pague a remuneração.

Devido à Covid-19, alguns governos projetaram pacotes de estímulos e subsídios para manter os seus trabalhadores na folha de pagamento. No documento “Analysis of Tax Treaties and the Impact of the Covid-19 Crisis”, o Secretariado da OCDE apontou que “os pagamentos que os funcionários estão recebendo nessas circunstâncias se assemelham aos pagamentos de rescisão (*terminant payments*)”. De acordo com o parágrafo 2.6 dos Comentários ao Artigo 15 da Convenção Modelo da OCDE, os “*terminant payments*” devem ser atribuídos ao local onde o empregado exercia a relação de emprego, que, na maioria das vezes, será o local em que a pessoa trabalhava antes da crise da Covid-19.

No Brasil, o Governo Federal editou a Medida Provisória n. 936/2020 (“MP n. 936/2020”), segundo a qual, durante o estado de calamidade pública, o empregador pode concordar em reduzir proporcionalmente as horas de trabalho e o salário de seus funcionários respeitando os percentuais de 25%, 50% ou 70%. Além disso, a regra também permite ao empregador suspender o contrato de trabalho do empregado. Nos casos de redução e de suspensão do contrato de trabalho, o Governo Federal arcará com parte do valor que foi reduzido do salário do funcionário. Esse valor pago pelo Governo foi nomeado como “Benefício de Emergência pela Preservação do Emprego e Renda” (“Beper”).

O Beper é pago mensalmente pelo Governo Federal, desde o início da redução do salário ou da jornada de trabalho, ou a partir do dia em que o contrato de trabalho for suspenso. O Beper corresponde a um percentual do seguro-desemprego ao qual o trabalhador teria direito em caso de desligamento do trabalho, variando de R\$ 261,25 a R\$ 1.813,03, conforme o percentual de redução, da seguinte forma:

- a) redução salarial de 25% = 25% do seguro-desemprego (variando entre R\$ 261,25 e R\$ 453,26);
- b) redução salarial de 50% = 50% do seguro-desemprego (variando de R\$ 522,50 a R\$ 906,52);
- c) redução salarial de 70% = 70% do seguro-desemprego (variando de R\$ 731,50 a R\$ 1.269,12);
- d) suspensão do contrato de trabalho – redução salarial em 100% = 100% do seguro-desemprego (variando entre R\$ 1.045,00 e R\$ 1.813,00).

O Beper pode ser cumulado com o pagamento de ajuda compensatória feita de forma voluntária pelo empregador, que terá a natureza de indenização. No entanto, caso o empregador suspenda o contrato de trabalho, e a sua receita bruta no ano de 2019 tenha sido superior a R\$ 4.800.000,00, ele estará obrigado a pagar ajuda compensatória mensal no valor de 30% do salário do empregado que teve o contrato de trabalho suspenso.

Pois bem. Como o art. 9º da MP n. 936/2020 é expresso no sentido de que esses valores terão natureza indenizatória, não há que se falar em tributação pelo imposto sobre a renda. No entanto, caso as autoridades fiscais tributem esse valor,

e caso o contrato de trabalho tenha sido exercido no Brasil, o Brasil terá competência para tributar a renda paga pelo Governo Federal (Beper) e também a renda paga pelo empregador, não apenas porque a OCDE recomendou a qualificação da renda no Artigo 15, mas também porque o Artigo 21, que trata de “outros rendimentos”, seria a outra qualificação possível. Nessa hipótese, o Brasil sempre terá competência para tributar, pois os tratados assinados pelo País até o momento não seguem a Convenção Modelo da OCDE nesse particular e conferem competência tributária ao Estado da fonte.

7. Referências bibliográficas

- CALIENDO, Paulo. *Estabelecimentos permanentes em Direito Tributário Internacional*. São Paulo: RT, 2005.
- CASERTA, Rodrigo; e GRILLO, Pedro. A desoneração do lucro imobiliário em tempos de covid-19. *Estadão*, São Paulo, 12 maio 2020. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-desoneracao-do-lucro-imobiliario-em-tempos-de-covid-19/>.
- CAVALCANTI, Flávia. *Contribuição ao estudo do estabelecimento permanente*. 2013. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- CUNNINGHAM, Kevin. The post-BEPS world of permanent establishment. *Tax Notes International* v. 82, n. 5, 2016.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Atlas, 2004. v. 2.
- OCDE. OECD Secretariat analysis of tax treaties and the impact of the Covid-19 crisis. Disponível em: <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/oecd-secretariat-analysis-of-tax-treaties-and-the-impact-of-the-covid-19-crisis-947dcb01/>. Acesso em: 6 ago. 2020.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; e SILVA, Natalie Matos. Brazil. In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; e STARINGER, Claus (eds.). *The impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral treaties*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo em Recurso Especial n. 1.284.725/SP, Relator Min. Francisco Falcão, j. 24.10.2018.
- _____. Recurso Especial n. 1.390.345/RS, Relator Min. Napoleão Maia Nunes Filho, j. 24.03.2015.
- VAN DER HAM, Susann; e HALAT, Robert. Implications of the new permanent establishment definition on retail and consumer multinationals. *PwC Report*. Disponível em: <https://www.pwc.com/gx/en/tax/publications/transfer-pricing/perspectives/assets/tp-16-implications.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.
- XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

**VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário
Internacional – IBDT/DEF-USP**

***VIII Brazilian Congress of International
Tax Law – IBDT/DEF-USP***

RELATÓRIOS DO MODERADOR
MODERATOR REPORT

Report: "International Taxation on the Digital Economy Era"

Renata Emery

Abstract

The objective of this panel is to debate the most recent developments on the taxation of the *digital economy*, specially OECD proposals of pillars 1 (unified approach) and 2 (minimum tax); as well professors Allison Christians of a pillar 3 (excessive profit tax) and the UN model convention new drafts of articles 12-A and 12-B (taxation of technical services at source). Besides from these proposals, this panel will also debate the Brazilian experience and the unilateral measures that are being adopted by several countries around the world, such as the *Digital Service Tax* (DST).

On September 18th, 2020, the first panel of the VIII IBDT Congress debated the *International Taxation on the Digital Economy Era*. Professor Alessandra Brandão acted as chair of the panel, Renata Emery as moderator and the topic was analyzed by the panelists, professors Rainer Prokisch from the University of Maastricht, João Felix from IBFD, Allison Christians from McGill University and Rodrigo Maito from IBDT.

I. Introduction

The development of the technology and the digital economy gave raise to new business models that makes it possible for companies to earn profits in third countries without having a physical presence there.

This new business model generates an increasing concern for market countries, because the value created by many digitalized companies derives mainly from users' data collected by a platform. Therefore, the market country is place of value creation, but they do not have a fair share of taxes.

Intellectual property is also one of the main drivers of these activities, but its flexibility and mobility allows platforms to be located in low tax jurisdictions, to where royalty fees are paid, shifting profits and eroding the tax base of high tax countries, which also raises the question of social responsibility and fair taxation of digitalized companies.

Since existing profit allocation rules are based on a physical presence (a permanent establishment or a subsidiary), for many years countries have been discussing a new nexus in order to recognize the right of market jurisdictions to tax income arising out of businesses conducted in its territory by digitalized companies, without a physical presence.

Furthermore, current transfer pricing rules do not apply adequately in many situations, transactional methods are not able to not allocate profits properly in several circumstances, especially with regards to residual profits.

All these issues brought to the attention of the international tax community the need for (i) new rules on profit allocation which sufficiently considers the interests of market jurisdictions; (ii) multinational cooperation in order to close legal gaps and to avoid the creation of new tax planning opportunities; (iii) a minimum taxation to ensure healthy tax competition; (iv) withholding taxes on payments for digital services.

II. OECD Pillar 1

Professor Rainer Prokisch, from the University of Maastricht explained that Action 1 of the BEPS project analyzed *"how enterprises of the digital economy should be adequately taxed in those states in which they make profits, but where they do not have a physical presence"*.

OCDE Action plan 1 report discussed three options to counter distortions of allocation of income:

- (i) The creation of a fictitious economic presence (significant economic presence) as a new nexus for taxation;
- (ii) A source tax on fees paid for digital services;
- (iii) An equalization levy which compensates for the loss of tax revenue;

Three common features of digital business strategies were identified: (i) cross-border activities without physical presence ("cross-jurisdictional scale without mass"); (ii) high importance of intangible assets including know-how and other intangible rights; (iii) relevance of data, user participation, and content provided by users.

In 2019, the OECD published a Consultation Paper to deal with the digital economy new nexus issue. According to such proposal three alternatives were outlined:

- (i) User participation would trigger taxation in the market jurisdiction. Based on the active participation of users of social media platforms, search engines and online marketplaces, a split approach would allow non-routine profit ("residual") to be taxed in the market jurisdictions as well.
- (ii) Due to the intrinsic link between marketing intangibles (such as customer data, brand and trade names) and the market jurisdiction, intangibles should be allocated to the market jurisdiction so that it would be entitled to tax some or all of the non-routine income associated with such intangibles if the profit cannot be attributed to a physical presence therein.
- (iii) Enterprises that are doing substantial business in a market jurisdiction via digital technology and automated structures, without having a physical presence, should characterize a virtual permanent establishment. The existence of a user base and the associated data input, the volume of digital content, billing and collection with a local form of payment, maintenance of a website in a local language, responsibility for the final delivery of goods or the provision of support services, or sustained marketing and sales promotion activities could trigger the allocation of part or all of the profits to the virtual PE.

Subsequently, the OECD tried to merge the different proposals into one approach (so-called “unified approach”), according to which the new nexus is largely based on sales and is not dependent on physical presence.

The approach is extended to apply to all business structures and to limit the residence principle while it gives tax rights of market jurisdictions. The approach also intends to maintain current transfer pricing rules, but adopt some formula based solutions.

In summary the proposal suggests that:

- (i) Market states are allowed to tax the amount A, which is calculated on the basis of the total profit from digital business activities and other consumer-facing business activities, less routine profits derived from standard functions. The resulting residual profit consists of amount A, which should be split between source and residence states;
- (ii) Market jurisdictions will have the right to tax a remuneration for baseline marketing and distribution functions taking place in its jurisdiction, which should be determined on a pre-determined fixed rate, consisting of amount B, which is deducted from Amount A.
- (iii) If there are more functions carried out in the market jurisdiction, an Amount C should also be allocated to it. This amount should also be deducted from Amount A.

Despite all the work done by OECD, the proposal under pillar one still raises many concerns.

The OECD reached the conclusions that the market jurisdiction should have its taxing rights recognized. However, the unified approach addresses only large businesses, since there will be some kind of threshold tests.

Therefore, small and medium size companies will still face the traditional PE and transfer pricing rules. In particular, in the case of consumer facing businesses this will result in a different treatment of taxpayers depending on their size.

According to professor's Prokisch this is one of the weaknesses of the proposal, because instead of developing general allocation rules, there will be specific rules for large companies, while existing rules will still apply for small and medium size companies.

In addition, the OECD foresees specific nexus rule for developing economies, where a lower nexus standard would also apply. Finally the OECD is considering to introduce some form of digital business differentiation in the determination of amount A, which is the amount to be allocated partially to the market jurisdiction.

All these rules should lead to further segmentation.

The unified approach assumes a fictional relation between the MNE and the Market jurisdiction, this means that the whole process is based on a situation where MNE does not have a subsidiary in the market jurisdiction.

However, in practice MNEs normally have subsidiaries located in the countries where they are active businesses. The problem with such subsidiaries is that they are

charged with high fees for services rendered by the parent, which erodes the tax base in the market jurisdiction. Professor Prokisch suggests that it would be much more efficient to develop a system where the deduction of such fees would be disallowed under certain circumstances.

In addition, accounting problems may result in the same profit being taxed twice, in the residence State and in the market jurisdiction. The unified approach is solving this issue by applying mechanisms to avoid double taxation, however, it will still be extremely complex to clarify whether the same residual profit was taxed twice and to determine the proper tax base allocated to the market jurisdiction, which must be accepted by the State of residence so that the later can apply the exemption or credit method to eliminate double taxation.

The unified approach determines what should be the residual profit, which should be afterwards partially allocated to the market jurisdiction. However, the calculation of this amount A (residual profit) is arbitrary by definition and the separation of the part that will be taxable in the market jurisdiction, will be based on a formula that has nothing to do with any economic reality. Countries interested in getting a tax base allocated should also consider that in the end the base allocation may result in an small amount, disproportional to the compliance burden of tax authorities and taxpayers will have to face.

Pillar one is an extremely complex system of reallocation of profits, although the OECD calls repeatedly for simplicity. To understand its complexity, we can simply think about the tax base determination, the need for a segmentation framework, specific loss carryforward rules and adjustment of the financial accounts, which may not be applied consistently in all countries.

Professor Prokisch considers that there are much simpler methods for the allocation of profits. Further, the avoidance of double taxation mechanisms will also be extremely difficult to implement, since the identification of the actual paying entities is generally required in order to apply the credit methods.

The OECD also acknowledges that the mere allocation of part of amount A would not be sufficient to mirror economic reality, consequently the proposal provides that an Amount B to the market jurisdiction. However, this Amount B has nothing to do with the digital economy, so the unified approach is not the proper proposal to address such issue, as it aims at the simplification of transfer pricing rules in case of marketing and distribution activities, which is a measure that should not be mixed up with the allocation of income.

OECD blueprints recently released even talks about an Amount A coordinating entity within a MNE group, which would imply in a substantial raise in compliance costs.

Finally, binding dispute resolution would be the only way to have certainty. If we have no binding rules, we will have complex rules and no dispute resolution mechanism.

III. OECD Pillar 2

Professor João Felix, from IBFD, explained that OECD's Pillar 2 proposes a global minimum tax (Global Anti Base Erosion Proposal – GLOBE), which aims at avoiding harmful tax competition between States and is comprised of 4 (four) rules. Two of these rules should be introduced by the State of residence: (i) the income inclusion rule; and (ii) the switch over rule.

The other two rules should to be introduced by the State of source: (i) the under taxation rule; and (ii) the subject to tax rule.

The global minimum tax would apply similarly to CFC rules, where foreign income of a subsidiary would be included in the tax base of the parent company under a so called "Income Inclusion Rule".

Therefore, according to professor João Felix this Income inclusion rule is a sort of CFC that obliges the parent company to pay taxes anytime their affiliates are taxed at a low income tax rate (to be defined). The idea is that a company, anywhere it is located, should pay a minimum income tax rate, this measure aims at avoiding the use of jurisdictions that levy no income tax or low income tax. However, differently from CFC, the active or passive nature of income would not be relevant for the application of the rule and a foreign tax credit would apply in order to avoid double taxation.

Also, according to this proposal, the consolidated financial accounts of the ultimate parent company should be the starting point, but permanent and temporary differences between financial accounting income and taxable income should be eliminated.

In fact, this system may raise some problems as the taxable income should follow the accounting rules of the ultimate parent company. However, there is no uniformity on these accounting rules. Although most countries apply IRFS, there are several jurisdictions that apply their own accounting rules, such as the US, Canada, Japan, China and South Korea, just a few mentioned by João Felix.

Since the amount of profits may differ according to the location of the parent entity, this could lead to a *forum shopping*.

It is still to determine at what extent enterprises will be allowed to mix low-tax and high-tax income. Up to now three blending options are considered:

- (i) Worldwide approach (blending of worldwide income)
- (ii) Jurisdictional approach (blending between states)
- (iii) Entity approach (consideration of each entity in the group)

Another issued pointed out by professor João Felix relates to the minimum tax rate, which was not yet defined. As stressed by the professor, if the rate is too low, the measure would not be effective, but if it is too high, MNE may be discouraged to invest in a foreign jurisdiction where the local income tax rate is reduced, since in such a case the MNE investment would be subject to the minimum global tax, while local entrepreneurs/competitors would pay merely the local lower corporate income tax.

Another interesting issue is that such proposals covers only direct taxes and the digital service taxes that have been unilaterally implemented by several countries would fall out of the proposal. This means that MNE subject to a low income tax rate, which also pay a DST, would not have the DST burden taken into account for the purpose of determining the minimum globe tax rate. This situation may lead to excess taxation or double taxation of digitalized entities, a measure that does not seem to make sense.

Carve outs also require further discussion and definition under pillar 2.

The proposal may also lead to ring fencing and distortion of competition, since this measure only applies to companies operating internationally. This means that MNEs will be placed in a position less favorable than domestic entities. Furthermore, the GLOBE only applies to MNE with a gross revenue above USD 750 millions, an arbitrary threshold, which only creates more discrimination and places such groups in an even less favorable position, with no apparent or justified reason.

Sovereignty issues also arise from the GLOBE proposal, since it imposes a minimum taxation that may not be inline with the countries' policies and there is no guaranty that all countries will uniformly extend their sovereignty powers so that it will not lead to double or multiple taxation.

There may also be issues in relation to tax treaties, so a multilateral instrument would be necessary for all countries to apply these rules in a consistent and effective way.

The GLOBE, as it stands, clearly represents a violation to the EU law, since the applicability of the minimum tax only to foreign investments, but not to nationals would be deemed discriminatory.

Professor João Felix also adverts that these rules may also lead to artificial manipulations, as one country may raise its income tax rate simply to cope with the minimum tax rule, but, on the other hand, reduce indirect taxes, labor and social security taxes or grant Governmental subsidies.

Another point of attention is the fact that pillar 1 and 2 seem to go on opposite directions. Under pillar 1 it is proposed to strengthen source and market jurisdiction powers, where under pillar 2 residence and capital export jurisdictions gain more power, which does not seem to make much sense.

Under this proposal there are clearly some winners and losers. The countries which will lose with this proposal are mainly the low tax jurisdictions, such as Bahamas, BVI, Cayman etc, while an Oxford study identified the US and China as the major winners of this measure, which lead us to question if such a measure would be necessary to increase the powers of these jurisdictions.

Further, the proposal also contemplates a "tax base eroding payments" rule, according to which a domestic company will not be entitled to deduct expenses if the payments are not subject to a minimum tax in the country of the recipient ("under-taxed payments rule").

IV. A Pillar 3 Proposal and the Articles 12-A and 12-B of the Un Model

Professor Allison Christians from th McGill University, in Montreal, stressed out in her presentation that despite the COVID-19 pandemic negative effect on economies around the world, some industries are benefiting from the situation, earning unusual high profits.

However, to face the COVID crisis States require revenues and the prospect of an excess profits taxes can be a response to such a need as it may provide a viable source of funds to meet the expenses required fight this virus. Despite the situation, capital remains mobile and still follows the same logic to avoid paying taxes, shifting profits to more favorable tax jurisdictions and apart from that States also face the challenges to tax high tech companies and their intangibles. E-commerce is not a big issue, because eventually VAT will pick it up, but what we are trying to grasp is advertising, online services and user data sales.

When covid 19 hit the world, we came to the discussion that taxing the digital giants is just today's modern equivalent to tax the companies that profit from the broken economy in war time or economic depression. In those days, there were also companies that earned excessive profits out of these distressing times, such as the companies that operate in the digitalized economy, so it makes sense to impose a tax on them.

Amongst the available options, professor Allison proposes the enactment of a global excess profit tax (GEP). She says that *"GEP tax is appropriate because now, more than ever, we can see that the construction of a global capital market is the product of countries working cooperatively in the common interest. Now, more than ever, we can see that richer countries consistently capture more than their fair share of this common interest – the use of market power to wrest medical supplies from poorer competitors is a particularly vivid display of the dynamics at work. Now, more than ever, we can see that the ability to avoid taxation by those that stand to profit the most from social order and public goods must be made to pay a commensurate share to protect these things. And now, more than ever, we have the information flows necessary to design a GEP tax, to figure out how much it could raise, and to have a discussion among all stakeholders about how it should be distributed"*.

According to professor Allison, her proposal would use the structures we have available for immediate action today, such as consolidation of profits under the CBCR. She says that "the combination of new data sources, evolving profit measuring and distribution norms, and cooperative governance structures" makes the GEP tax likely to be successful if coordinated at the international level.

If you connect that to the routine and non-routine profit split described on pillar 1, it makes possible to isolate most of the non-routine profit, which should be the focus of the GEP and from there it should not be hard to build in an additional surtax. Once you are already doing it, you just take a little bit of that non-routine profit,

which is already what the OECD is contemplating, and that would be the basis of the global excess profit tax.

According to professor Allison the question now is how would you enforce that? She says that *"then you go into pillar 2 (globe). You don't look at pillar two as a back stop tax, this time you look at pillar two as a way you could agree on that surtax rate and assign this cascading tax. If one country doesn't want to impose that tax then the next one up the chain can do it, as it is foreseen in the structure built into pillar two"*. In the end, we just took those elements that we have in pillars 1 and 2 and *"sort like a DJ we remixed it into global excess profits tax"*.

What are the pros and cons of this proposal? The pros are that it is safe in terms of economic competition, as investment is not driven away by taxing economic excess residual profit. Secondly, it is built on this existing data source you are not starting from scratch, as you can work with CBCR data to identify which companies are already now making a lot more profits than they did last year. Now countries just have enough data with those CBCR to start making that assessment. The third pro is that we build on and enhance pillars 1 and 2 by connecting them a little bit more explicitly. These two regimes are not separate, they should work together.

The Cons depend on pillars 1 and 2. According to professor Allison, the pillar 1 proposal is probably not going forward. She says that a consensus is required to get to pillar 1 and so she thinks that one of the conceptually interesting thing about pillar 1 is that it expands the idea that profits can be split into routine and non-routine, which is a concept that can be used in other proposals, such as GEP.

Since both pillars are connected, if one pillar falls there is this idea that the other will probably fall too, as a domino. But if that topples, global excess profits tax is a measure that can still be implemented and it is going to be needed by Countries now or in 6 months to rebuild their economies, it cannot wait 5 years for a consensus as it is expected for the other pillars.

Another con is that for the GEP to work, a robust CBCR would be needed. However, some countries are getting report from other countries and some are not. Also, the information received maybe is not the same across countries.

The final problem is that there is no change without a consensus, that is the problem with any kind of multilateralism. States are just waiting until there is a consensus and that is the problem with pillars 1 and 2 anyway. That is the same issue with any multilateralism that considers itself not functional until everyone agrees. In the meantime, there is a system, which is not making any progress. You don't always have to wait until you have consensus to change, you can also develop a consensus by unilateral adaptation works within the existing framework.

V. The Brazilian Approach

Professor Rodrigo Maito, from the Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT, begun his presentation summarizing how the previous presentations outlined a cur-

rent environment where there are a lot of complex proposals, but no consensus on how to establish a fair and adequate share of tax for all countries.

Despite that Brazil has developed a system that somehow addresses some of the challenges of the digitalized economy, as our country imposes a withholding taxation at source since the 40'. Professor Rodrigo Maito explained that basically two items of income that are taxed directly are relevant for this analysis: services fees and royalties.

The qualification in the case of digital businesses will depend on the situation and characteristics of the transaction. In certain circumstances a capital gain may also arise as a taxable element in case of a sale of intangibles in lieu of a service transaction.

Throughout the time Brazil updated the concept of services, although it still gives rise to many controversies, especially with regards to technical services. In 2014, Brazilian IRS tried to put an end to these controversies enacting Ruling ("Instrução Normativa") 1.455, where it ruled on the concept of technical services as those that comprise the rendering of any services that required specialized knowledge, including administrative assistance or consultancy, carried out by independent professionals or with an employment relationship, or carried out by automated structures with clear technological content.

Nowadays, besides from the withholding income tax of 15%, Brazil also levies a CIDE tax of 10%, PIS-Import, COFINS-Import, the Service Tax (ISS) and a tax on foreign exchange operations (IOF), so the aggregated nominal taxation on technical services can be of 45%.

According to professor Maito Brazil segregates technical services from pure services, which would be subject to a 25% WHT instead, but no CIDE tax applies. However, in practice it is difficult to distinguish between technical services and pure services as generally specialized knowledge may be required for almost all services.

Royalties, on the other hand, are subject to a 15% WHT, but there are a lot of deduction limitations applicable under Brazilian law.

In summary, Brazil has a legal framework that deals sufficiently with the taxation of services and royalties at source, which leads to the conclusion that a digital service tax does not make sense in Brazil, as such payments are already sufficiently taxed in our Country.

There is also the debate on the inefficient taxation of B2C business, since when services, software and apps are acquired by individuals via the internet there are no efficient mechanisms to enforce the tax law. In Brazil, however, internet acquisitions from foreign residents paid with credit cards bear a 6% IOF tax. The taxation of individuals, however, impose several challenges to the tax administration when it comes to the enforcement of tax laws.

With respect to tax treaties, Brazil is internationally known for deviating from the international practice to qualify technical and technical assistance services as business profits, subject to the exclusive competence of the state of residence, under article 7.

Instead, Brazil normally reserves the right to tax technical and technical assistance services at source, **qualifying such payments as *royalties* under the meaning of article 12, according to specific provisions included in the protocol attached to the convention and providing for the cumulative competence of both source and residence states**, exception made only to the tax treaties with Austria, Finland, France, Japan and Sweden, which do not qualify technical and technical assistance services as *royalties*.

Following from the Superior Court of Justice case law, Brazilian IRS enacted a Ruling ("Ato declaratório Interpretativo") in 2014 where it laid down the guidelines to qualify the technical and technical assistance services, establishing that first the taxpayer should verify if the services should not be qualified as royalties under the meaning of article 12; then as in depended professional fees under the meaning of article 14; and finally if none of the previous articles apply, then the service can be qualified as business profits under article 7.

As a result of the Brazilian policy, many of the businesses in the digital economy are already taxed in a fair and sufficient manner in our country. The Brazilian approach to qualify the services as royalties under article 12 have been recently adopted in the versions of article 12-A and 12-B of UN Model Convention.

Report: "The International Tax Law post-COVID-19: a new future?"

Martha Leão

Professor Andre Dantas, from the Federal University of the State of Pernambuco – UFPE (Brazil) has opened the panel explaining the context of the discussion. He pointed that the panel was divided in two main topics: (i) first: consequences of the pandemic on International Tax Law; and (ii) second: consequences of the pandemic for the digitalization of the economy and its effects on Tax Law.

The first main topic had two presentations: firstly, Joanna Wheeler, from the University of Amsterdam and member of IBFD; and, secondly, Professor Guglielmo Maisto, from the Università Cattolica di Piacenza (Italy). Joanna started her presentation asking if the COVID-19 pandemic will change the fabric of the international tax order. Her reflection about that question pointed that we had some changes because of the pandemic: sudden swings in profitability, business models and business landscape changed, the increase of government spending and the increase of remote working. Each of these points imposes, according to Joanna, new necessary reflections. The issue of profitability lights up on the discussion of taxing excessive profits. The issue of the changes on business models and landscape reinforces discussions about immediate changes on transfer pricing issues (Professor Guglielmo Maisto will address this topic) and clearly reveals the structural disparities among countries. On the context of the government spending, provocatively, she asked if the millionaire would pay this bill. Or if we would have a general tax increase to respond these expenses. Also, the increase of remote working reveals a new reality about substance when we have remote employees and a diffusion of business activity (geographically and among entities). Her conclusion is that we have changes to the economy, but not to the fabric of the international tax system. The COVID-19 accelerated existing trends and debates.

Our next panelist, Professor Guglielmo Maisto, from the Università Cattolica di Piacenza (Italy) explored the impacts on the transfer pricing point. The reasons for the review of the transfer pricing policy become from three different perspectives: (i) operations: we deal with supply chain disruptions, shifts in production capacity and extraordinary costs; (ii) people: we deal with assumption of extraordinary risks and mandatory holiday expansion or temporary redundancy; and (iii) legal: we deal with force majeure (termination or renegotiation of contracts). Accordingly Maisto, in order to support a departure from the "standard" transfer pricing policy, MNEs should conduct in-depth comparability analyses aimed at evaluating how unrelated parties reacted to the economic conditions generated by COVID-19. He argued that the transfer pricing policy agreed with the tax authorities under an APA may no longer be at arm's length due to changed economic conditions. For him, the OECD Guidelines spec-

ify that APAs should provide for the revision or termination of the agreement when business operations change significantly or when uncontrolled economic circumstances critically affect the reliability of the methodology agreed in the agreement.

At this point in the panel, two questions were proposed for the audience: "will the COVID-19 pandemic change the fabric of the international tax order? yes/no" and "will the economic crisis resulting from the COVID-19 pandemic increase the search for ways to save taxes? yes/no". On the one hand, the first question had a very divided result: for 51% the COVID-19 pandemic will change the fabric of the international tax order, but for 49% the COVID-19 will not change the fabric of the international tax order. On the other hand, the second question had an agreement among voters: 93% agree that the economic crisis resulting from the COVID-19 pandemic increases the search for ways to save taxes.

After that, we moved on to the second main topic: the consequences of the pandemic for the digitalization of the economy and its effects on Tax Law. The second main topic had two presentations: firstly, Professor Vikram Chand, from University of Lausanne (Switzerland); and secondly, Professor Alexandre Alkmim, from Milton Campos University (Brazil). Professor Vikram focused on the pillar I and pillar II of the digital project. Accordingly Vikram, COVID-19 has shown that many businesses can flourish in times of a pandemic. At the same time, it has underscored the need to raise revenues. Revenues can be raised on a unilateral, bilateral or multilateral basis. There is an important issue: OECD Digital project favors multilateralism, UN favors bilateralism and selected States and EU prefers unilateralism (at least, if no consensus is reached). Professor Vikram pointed that balanced proposals for both OECD countries and non-OECD countries. For him, new multilateral framework will need to be developed to avoid compatibility issues with tax treaties and EU Law. More specifically, for pillar I, If market countries argue for more allocation of taxing rights for corporate income tax then OECD Members States could argue for origin based consumption taxes.

Our next panelist, Alexandre Alkmim, addressed the topic about how the increase of Digital Economy affects the use of Tax Havens. Professor Alkmim pointed that digital tax heavens provide more effective international transactions of money, overrides bureaucracy, and increase the efficiency of money transfer and providing. This scenario provides benefits in terms of tax planning: no tax burden of an MNE, residence concept not applicable and source concept not applicable. According to the panelist, this debate now gains relevance due to the economic crisis and the rapid increase in the digitization of the economy.

At the end of the panel, a debate was opened between the participants, under the coordination of the moderator Professor Martha, from Mackenzie University (Brazil). They all set out to answer the following question posed by the chat: will the pandemic be a key factor in changing the international tax order or will it only be used as a political argument to accelerate changes already pending? Professor Joanna agreed with the fact that there is no change in the international tax order, but the accelera-

tion of existing proposals. In addition, both she and Professor Maisto are skeptical about increasing solidarity between countries. The issue of immigration policy in Europe would be an example of the difficulties in this sector. Finally, at the request of debater Professor Martha, Professor Alckmim pointed out that the COVID-19 pandemic has been widely used in Brazil as a political justification both for attempts at legislative changes and to justify judgments in tax matters in the supreme federal court.

Report: "Tax Implications of Non-Tax Conventions"

Pedro Guilherme Lindenberg Schoueri

The Panel "tax implications of non-tax conventions" was presided by Prof. Betina Grupenmacher and moderated by Pedro Schoueri, with discussions by Prof. Gustavo Vettori, Prof. Liselott Kana, Prof. Marcus Livio Gomes and Prof. Paulo Caliendo.

The first challenge presented by the topic is its sheer breadth: non-tax conventions with tax implications cover a wide array of issues, including human rights, consular and diplomatic relations, cultural exchange, development aid, among other. Therefore, the group agreed to focus their discussions on the tax implications of trade and investment agreements – an area of particularly strong interface. Specifically, two types of trade and investment clauses could be of particular relevance for taxation: non-discrimination and subsidy clauses.

Taking these elements into account, the panel was organized in two major sessions: first, each panelist provided an input statement, aiming to lay out an overview of the frameworks and interfaces at hand. Second, a discussion round between the panelists contextualized these issues in the current international tax landscape.

1. Input statements

1.1. Introductory round by Prof. Liselott Kana

In this introductory round, Prof. Liselott Kana laid out the background of the interface between trade and investment agreements and international tax matters.

First, she highlighted the role played by Bilateral Investment Treaties (BITs). While the most recent BITs have tax carve-outs, the older agreements do not – and, therefore, may have significant tax implications. Professor Kana illustrated this by referring to the Vodafone and Lonestar cases.

Moreover, Prof. Kana also referred to Regional Trade Agreements (RTAs). More specifically, she highlighted the broader scope of NAFTA (followed by the TPP), which encompassed not only investments, but also trade in goods and services. Despite this broad scope, NAFTA contains a complex tax carve-out provision – which also has the effect of carving-in certain situations. To illustrate the interface of NAFTA with tax issues, Prof. Kana referred to Gottlieb Investors case, in which it was discussed whether a change in Canada's legislation (a tax benefit) was an indirect expropriation. However, since both the Canadian and American tax administrations agreed that the matter was not an indirect expropriation, the issue could not be submitted to arbitration.

Prof. Kana also referred to the Energy Charter Treaty, a BIT with particular focus on the energy sector. It was in the framework of this agreement that the Yukos case was litigated: the company claimed that they had been expropriated by Russia through the tax system.

In addition to that, Prof. Kana also discussed the WTO Agreements, in particular the GATT and the GATS. In this context, the main interface with tax matters is connected to national treatment and most favoured nation clauses.

1.2. TRIPS Agreement by Prof. Marcus Livio Gomes

As previously highlighted by Prof. Kana, another strong interface between tax and trade can be identified in the context of the WTO Agreements. In particular, Prof. Gomes discusses whether and to what extent the TRIPS Agreement could preclude certain tax measures – such as the Brazilian CIDE-Royalties.

In this regard, Prof. Gomes brings to light the national treatment clause of the TRIPS Agreement, which sets forth that nationals of other Members shall be accorded treatment no less favorable than that accorded to a country's own nationals, with regard to the protection of intellectual property. Moreover, the concept of "protection" is widely defined and encompasses matters affecting the availability, acquisition, scope, maintenance and enforcement of intellectual property rights. While this language does not specifically include tax matters, it also does not carve them out.

Considering this rule, Prof. Gomes went on to check whether it would be violated by the Brazilian CIDE-Royalties – essentially a withholding tax of 10% on royalty remittances, in case there is a technology transfer. Since this "contribution" is levied only on payments to non-residents, it could be in violation of the TRIPS Agreement.

In the view of the Brazilian tax authorities (decision 122/2014), the TRIPS Agreement would not cover any tax matters, since the term "protection" refers to intellectual property rights (not covering tax matters). Prof. Gomes, however, raises the question whether the CIDE-Royalties should be considered an indirect violation of the TRIPS Agreement, since it indirectly violates its objectives.

1.3. GATT by Prof. Paulo Caliendo

Prof. Paulo Caliendo focused his input on the national treatment clause of the GATT. In terms of scope, the clause prohibits discrimination based on the origin of the product, as well as direct or indirect protection of the national market. In the tax field, these limitations extend also to internal taxes that could have such a protectionist effect.

In this connection, one possible discussion is whether the ICMS levied on import of foreign products would be discriminatory. The Brazilian Supreme Court, however, decided that the tax would be levied on any domestic transactions ("circulação") and, therefore, would not be discriminatory.

Moreover, Prof. Caliendo highlights that the application of the national treatment clause depends on a finding of similarity between the domestic and foreign products, which would be in direct competition and would be interchangeable.

As per its application within the Brazilian system, Prof. Caliendo refers to direct effect of GATT, as well as to its supra-legal hierarchy (which can be derived from the Volvo case in the STF).

Against this backdrop, Prof. Caliendo refers to the recent STF decision under RE-1.095.797, which discussed the higher IPI burden levied on imported vehicles. In this decision, the Court distinguished the protection of the domestic market from the promotion of national development, the latter of which would be acceptable (thus creating a new exception not explicitly mentioned in the GATT).

1.4. ASCM by Gustavo Vettori

Beside non-discrimination, also the subsidy clauses may have important tax implications. As a matter of fact, the ASCM brings explicit language stating that direct tax measures are within its scope – i.e. direct taxes that are foregone or not collected may be characterized as subsidies.

In this regard, Prof. Vettori stressed the challenge of identifying direct tax subsidies. For the application of the but-for test (revenue that would be collected, but for the measure in question), it is necessary to identify a normative baseline applicable to all taxpayers, a deviation of which would be characterized as a subsidy. Identifying the normative baseline, however, may prove to be a challenging task.

Additionally, Prof. Vettori highlighted that Border Tax Adjustment in the field of indirect taxes are not considered to be in violation of WTO law to the extent that they implement the destination principle. On the other hand, direct taxes are considered to be levied in the origin, so that tax benefits may constitute subsidies or violation of the non-discrimination clauses. This framework could have an influence on the countries' tax mix: those more reliant on direct taxes would be more exposed to WTO challenges than those more reliant on indirect taxes.

To illustrate these issues, Prof. Vettori referred to the DISC/FSC litigation, centered on a US favorable tax regime available to export companies. The US argued that the effects of these rules would be equivalent to the European territorial regimes, while the European countries argued that territoriality would itself be their normative baseline, while the US regime relied on a deviation from their domestic baseline to provide a subsidy. Eventually, the territorial systems were held to be in line with WTO rules, while the DISC/FSC regimes were characterized as a subsidy.

Finally, Prof. Vettori stressed that these same issues are back in the spotlight, with the recent introduction of the Foreign Derived Intangible Income (FDII) system in the US – which provides a beneficial treatment to certain types of export income. The question, however, is whether the WTO is still strong enough to enforce its rules, given the current political climate and the lack of appointments to the Appellate Body over the last years.

2. Discussions: practical implications

2.1. Blacklists

Given this overview of the interface between tax matters and trade and investment conventions, the panelists discussed two current international tax issues that should be considered in this connection: blacklists and digital service taxes.

With regard to the issue of blacklists, the panel discussed the case Argentina Financial services. Argentina had blacklisted Panama, which did not comply with the Global Forum standards on exchange of information. As a consequence of the blacklisting, Panamanian financial services received less favorable tax treatments, including higher withholding taxes, stricter deductibility and transfer pricing rules. A central question is whether Argentina was justified in extending such less favorable treatment, because it would be aimed at leveling the playing field with Panamanian businesses, which operate under a different regulatory framework.

Considering that the finding of incompatibility of blacklists with GATS rules could be applied to a number of situations, Prof. Kana brought to light a concern with the effectiveness of the WTO rules. Currently there is no mandatory arbitration in the WTO. Specifically, the US blocked the appointments to the Appellate Body, which is currently lacking judges.

In addition to that, Prof. Vettori stressed that Brazil does also have discriminatory blacklist measures that could potentially be assessed in the light of WTO rules. These rules could be in violation both of GATT (though the WTO case law is not clear on the extent to which direct tax measures would indeed be in violation of this agreement) and GATS rules (provided that the carve-outs do not cover the measures at issue).

Moreover, Prof. Vettori indicated a potential GATS issue in connection with the Pillar 2 rules currently being proposed at OECD level: the rule would levy withholding taxes or deny deductibility in respect of payments to certain jurisdictions (which levy low taxation). The questions is to which extent this discriminatory treatment would be justifiable or carved-out in the face of GATS rules.

2.2. Digital Service Taxes (DSTs)

Regarding the DSTs, the first issue pointed out by Prof. Gomes is regarding the difficulty of defining whether they are direct or indirect taxes, which would have implications regarding their interface with trade rules (as pointed out in Prof. Vettori's input statement). Moreover, the definition of the scope of this type of rule may vary greatly, not least with regard to the definition of digital services, whether or not the transactions covered would be better characterized as digital goods.

Prof. Gomes moves on to introduce a number of proposals currently being discussed in Brazil, stressing their diverse scope. In this context, an important discussion is whether these proposals would indirectly violate the TRIPS Agreement.

Additionally, Prof. Caliendo refers to recent investigations launched by the US in respect of DSTs proposed by several countries, including the Brazilian proposal of a CIDE-Digital. In particular, Prof. Caliendo identifies a potential discriminatory treatment in the revenue threshold of the Brazilian proposals, which could limit the measure to large American firms.

Report: "Transparency, Exchange of Information for Tax Purposes and Taxpayers' Rights"

Roberto Codorniz Leite Pereira

Preliminary remarks

The Panel 'Transparency, Exchange of Information for Tax Purposes and Taxpayers' Rights' had seven members: (i) Pedro Adami (Professor of Tax Law at PUC-RS) as the chairman; (ii) Roberto Codorniz Leite Pereira (Associate Professor at the LL.M. in International Taxation and Development at IBDT) as the moderator; (iii) Humberto Ávila (Professor of Tax Law at University of São Paulo) as the first panelist; (iv) Marcos Vinicius Néder (Tax Partner at Trench, Rossi & Watanabe Law Firm and former Vice-Secretary of Brazilian Internal Revenue Service) as the second panelist; (v) Raquel Novaes (Tax Partner at Machado Meyer Advogados) as the third panelist; (vi) Patricia Brown (Professor at the University of Miami) as the fourth panelist; and (vii) Irma Mosquera (Professor at Leiden University) as the fifth panelist.

During the ninety minutes of duration of the panel, each panelist was entitled to make a short presentation lasting up to 14 minutes. The presentations were allocated in two major parts: domestic legal concerns related to bank secrecy and exchange of information (discussed by Humberto Ávila and Marcos Néder), *as the first part*; and international concerns involving exchange of information, focusing on the kind of information exchanged, the modalities of exchange of information and the possible instruments aimed to address challenges to taxpayers' rights, *as the second part*.

The chairman opened and closed the panel, introducing each of the panelists and highlighting the most relevant issues concerning the current debate on transparency and exchange of information for tax purposes. Meanwhile, the moderator was in charged to raise questions and to clarify the different connecting features among the presentations.

Opening – Chairman Pedro Adami

At the opening of the Panel, the chairman highlighted that transparency and exchange of information for tax purposes is one of the most prominent and developed initiatives of administrative cooperation in tax matters in global sphere. Whereas the debates deal with specific and technical issues arising from such bilateral and multi-lateral treaties, taxpayers' rights seem to be largely ignored. Addressing taxpayers' rights seem to be of a secondary importance in a context where transparency and exchange of information for tax purposes is a procedure deemed essentially to ensure tax collection and the application of domestic tax laws. The question that must be answered is: *how* can one ensure enough safeguards and rights to taxpayers in this context?

First Panelist – Humberto Ávila

Humberto Ávila opened the debate of the panel by presenting his perspective on the domestic law bank secrecy provisions. Based on the wording of article 5 (XII) from Brazilian Federal Constitution, Humberto Ávila argued the disclosure of any individual data to other individuals or public authorities is prevented by a *rule* rather than a *principle*. Therefore, as a rule of law, this standard of protection cannot be overruled by other principles provided by Federal Constitution. Humberto Ávila contends that notwithstanding article 5 (XII) from Federal Constitution may accept different interpretations, there are some limits that must be observed leading to two possible interpretations of the provision, both of them confirming the existence of a *rule of prohibition* of access of individual data. Firstly, if one considers that even for criminal purposes the access to individual data is prohibited (or subject to strict conditions as the requirement of a judicial order), then *a fortiori* in cases dealing with issues of a lesser importance the prohibition rule must apply with greater intensity. Secondly, considering that article 5 (XII) of Federal Constitution clearly states that only telecommunication can be disclosure upon judicial order, therefore all other kinds of data cannot be accessed in any case.

Afterwards, Humberto Ávila criticized the lack of consistency in the case law of Brazilian Supreme Court on this issue. On the one hand, there are precedents whereby the Supreme Court contented that the standard of data secrecy provided by article 5 (XII) of Federal Constitution prevented any attempt from Public Authorities to access information outside the situations expressly ruled. In those precedents, the standard of protection was understood as a *rule*. On the other hand, there are precedents whereby the Supreme Court accepted that Public Authorities could have access to individual data without overruling article 5 (XII) of Federal Constitution. In those precedents, the standard of protection was understood as a *principle*.

According to Humberto Ávila, the case law lacks consistency which can be explained based on the different underlying interests involved in each precedent. In this context, the recent precedent from Brazilian Supreme Court that allowed Tax Authorities to have full access to taxpayers' bank data without any requirement of previous judicial order could be justified based on the political pressure arising from the commitments made by Brazil in global sphere – both political (e.g., Global Forum and OECD) and legal (bilateral and multilateral conventions) – in order to exchange information for tax purposes.

Humberto Ávila contented that it is not the international commitments that should rule out how the Brazilian Federal Constitution should be interpreted but rather the opposite. Furthermore, the question related to the legal nature of the standard of data secrecy provided by Brazilian Federal Constitution cannot be freely understood as a rule or a principle, since there are limits and boundaries that must be observed while interpreting that provision.

Second Panelist – Marcos Néder

Marcos Néder compared the past and the present regarding the role of Brazil on the global trend towards exchange of information for tax purposes. According to Marco Néder, in the past, Brazil was not an active country in providing and requesting information. By contrast, lately Brazil became active both in providing and requesting information. A clear sign of Brazilian engagement in the global trend towards transparency and exchange of information is Brazilian high rate given by Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes.

Marcos Néder provided an actual case where a taxpayer provided information to domestic tax administration without acknowledging the underlying motives for the information request and the fact that the information provided was lately exchanged to foreign tax authorities.

In the case reported, a taxpayer resident in State A has image rights that can be explored anywhere in the world. This image rights were sold to a company that is a resident in Brazil. This company is entitled to explore those image rights. Later, Tax Authorities from State A initiated a tax inspection by requesting to the taxpayer resident in State A all information regarding the rights transferred to the Brazilian company as well as all the clients from the company resident in Brazil based in the EU. The taxpayer resident in State A and the clients based in the EU denied providing the information requested based on the exception applicable to information capable to disclose trade and commercial secrets. Therefore, Tax Authorities from State A prepared a formal request of information to Brazilian Internal Revenue Service under the exchange of information clause of the double tax convention between State A and Brazil. Then, Brazilian Revenue Agents requested to the Brazilian Company several information regarding contracts signed by the taxpayer. Based on the Information Access Federal Law in Brazil, the Brazilian Company requested the motivation for the request of information. Tax Authorities denied supplying information to the Brazilian Company. Upon appeal to Judicial Courts, the disclosure of the reason supporting the request of information was denied. Thus, the information was remitted by Brazilian Internal Revenue Service to Tax Authorities from State A. The information exchanged substantiated the inspection carried by Tax Authorities from State A vis-à-vis the taxpayer therein resident – partner of the Brazilian Company and former owner of the image rights. Ultimately, the taxpayer was charged to pay taxes to State A based on the application of transfer pricing rules on the intangibles transferred to the Brazilian Company. Moreover, the taxpayer suffered double taxation since State A Tax Authorities denied offsetting taxes paid in Brazil based on the same profits arising from the use of the intangibles (image rights), notwithstanding the provisions of the elimination of double taxation provided by DTC Brazil-State A.

According to Marcos Néder, the case is a clear example of lack of transparency from the perspective of Tax Authorities. The outcome of such lack of transparency from the Brazilian IRS perspective ultimately prevented the taxpayer from exercising

its right to deny providing information based on the exception for the disclosure of commercial and trade relevant information.

Third Panelist – Raquel Novaes

Raquel Novaes – the third of our five panelists – made the transition between the domestic law sensitive issues on exchange of information to the global discussions.

Raquel Novaes made an explanatory presentation on the modalities of exchange of information for tax purposes (*i.e.*, on request, automatic and spontaneous) as well as other kinds of administrative cooperation in tax matters (*e.g.*, tax collection inspections carried out in other States). Then, Raquel Novaes made an overview about the alignment of Brazil with the transparency and exchange of information global trend by presenting the most relevant bilateral and multilateral tax conventions signed by Brazil in this regard.

Regarding tax cooperation among States, Raquel Novaes highlighted the three stages of tax cooperation on the world: *(i)* the first stage would be comprised between the late 19th century and the 1998 report on harmful tax competition, whereby the main objective of global cooperation consisted in the elimination of double taxation as a fundamental element in order to enable the development of global trade; *(ii)* the second stage would be comprised between the 1998 report and the release of the BEPS Project, whereby one could identify a clear change of focus from avoiding double taxation to avoiding *double non taxation* specially by the use of tax heavens and preferential tax regimes; and *(iii)* the third stage would have been started from the launch of the BEPS Project onwards whose main purpose would be the automatic exchange of information and the global cooperation towards the implementation of the BEPS minimum standards.

In this context, regarding the exchange of information, Raquel Novaes, on the one hand, argues that States have nowadays a developed and efficient administrative and legal framework to enforce its tax laws but, on the other hand, taxpayers are not safeguarded from any possible abusive conduct from Tax Authorities while carrying out tax procedures aimed to collect and exchange of information for tax purposes. Raquel Novaes highlighted that, today, the rule is full transparency from taxpayers' perspective without the due consideration for the taxpayers' rights especially with regard to commercial and trade sensitive information.

Therefore, Raquel Novaes supports that it is only by ensuring the procedural due process of law (*i.e.*, right to be notified, right to participate, right to file appeals and right to access to judicial courts) that taxpayers' rights could be protected.

Fourth Panelist – Patricia Brown

Patricia Brown made a very interesting critics about today's movement towards a broad exchange of information. Patricia Brown emphasized the pendular movement in favor of Tax Authorities main interests regarding exchange of information. Many as-

pects from the current movement towards full transparency and exchange of information were put in perspective.

Firstly, Patricia Brown analyzed whether the standard of "foreseeable relevant" could provide enough protection for taxpayers' and how can taxpayers have access to damages specially in cases where the information exchanged, even complying with the "foreseeable relevant" standard, once disclosed by the requesting State inevitably cause damages to the taxpayer (Aloe Vera Case). So, questions related to taxpayers' rights arise in a number of cases involving exchange of information on request. However, when it comes to automatic exchange of information, even more concerns regarding taxpayers' rights take place.

Secondly, Patricia Brown criticized the report released by the OECD named 'keeping it safe: The OECD Guide on the Protection of Confidentiality of Information Exchanged for Tax Purposes'. According to Patricia Brown, although the work of OECD has pointed out the possible threats of unlawful disclosure of information on individuals dealing with it, the real threats raised by exchange of information were not sufficiently dealt by the organization. The real threat is that information is being exchanged to massive databases that could be hacked from everywhere else. Therefore, not enough attention is being paid to cyber security.

Thirdly, Patricia Brown argued that the 'foreseeable relevant' standard in theory is met by the request of all information concerning income, including information related both to earnings/revenues and expenditures. In this context, information related to 'big ticket items' as boats and planes could be exchanged under the 'foreseeable relevant' standard. This raises many special concerns. Online cash registers provide information of a particular interest of Tax Authorities, but it also has customer data.

Fifth Panelist – Irma Mosquera

Irma Mosquera focused her presentation not in pointing to the challenges raised by transparency and exchange of information but to the necessary solutions necessary to address them. Although the OECD is aware of the main concerns related to the confidentiality of the information exchanged, so far there is no multilateral instrument capable to address all of those concerns in a comprehensive manner.

Many countries, including Brazil, have domestic laws that ensure to a certain extent rights to secrecy on data collected from taxpayers. However, a first problem arises whenever the data collected is used for the creation of a profile of the taxpayers which may not be protected by the domestic confidentiality rules on data collected applicable. This also raises many questions e.g. as who shall be entitled to have access to the information collected, how is should be storage, the consequences if the tax administration exchange that information with third parties. The rules aimed to address all of those issues are a matter of domestic law.

Considering current automatic exchange of bulks of information, there is also a clear trend toward not notifying the taxpayers is situation where the information

collected is exchanged with other Tax Administrations (*i.e.*, from other States). In the European Union level, very few Member States provide for a notification right previous to exchanging information with other Member States. There is also a political pressure from the international level since the peer review from the Global Forum/OECD requires that information is exchanged until 90 days from the request and if the information is exchanged automatically, even less time.

From the international perspective, Irma Valderrama highlights the existence of a number of soft law instruments (*i.e.*, guidelines and recommendations) providing for safeguards to taxpayers regarding the exchange of information. Among the existing hard law instruments, Irma Valderrama discussed about the 1981 Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data, at first only open for signature by EU Member States but, later, after the protocol of 2001, opened to third states for signature. On 2018, another protocol broadened and updated the scope of the Convention by granting new rights for the persons in an algorithmic decision-making context, which is particularly important in connection with the development of artificial intelligence. Another fundamental issue of the 2018 Protocol highlighted by Irma Mosquera is the 'privacy by design' principle meaning that the design of the data processing is done in such a way that it prevents or minimize the risks of interference with data subject rights and fundamental freedoms.

Considering the inevitability of data breaches (it is not a question *if* it happens, but *when* it happens), Irma Valderrama points out that it is necessary to ensure more safeguards and rights to taxpayers. In this context, it is the responsibility of Tax Administrations to ensure the existence of sufficient rights on confidentiality and safeguard to taxpayers on the data collected.

Closing – Chairman Pedro Adamy

Pedro Adamy closed the panel by clarifying that there are several questions that transparency and exchange of information for tax purposes raise. Regarding transparency, questions arise as to the content and degree of protection of the right to bank secrecy. Regarding exchange of information, it should be determined *what* information shall be exchanged, *how* exchange of information shall be carried out, *to whom* the information shall be exchanged and the *underlying purposes* that justify it. Those questions should be answered as a requirement to have an effective control of the validity of transparency and exchange of information for tax purposes.

PATROCINADORES

BOCATER
Bocater, Camargo, Costa e Silva,
Rodrigues Advogados

20
ANOS

LEFOSSE
ADVOGADOS



PINHEIRONETO
ADVOGADOS



ISBN 978-65-86252-01-9



9 786586 252019