

COORDENADORES

Luís Eduardo Schoueri

Luís Flávio Neto

Rodrigo Maito da Silveira

**Anais do IX Congresso Brasileiro
de Direito Tributário Internacional
IBDT / DEF-USP**

**Tributação Internacional
e Recuperação Econômica:
o Papel dos Países Emergentes**



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 do IX Congresso Brasileiro
de Direito Tributário Internacional
IBDT / DEF-USP**

**Tributação Internacional
e Recuperação Econômica:
o Papel dos Países Emergentes**

COORDENADORES
Luís Eduardo Schoueri
Luís Flávio Neto
Rodrigo Maito da Silveira

**Anais do IX Congresso Brasileiro
de Direito Tributário Internacional
IBDT / DEF-USP**

**Tributação Internacional
e Recuperação Econômica:
o Papel dos Países Emergentes**



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 – 2022



© Vários autores
Todos os direitos desta edição reservados.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO
Rua Padre João Manuel, 755 – 4º Andar
CEP 01411-001 – São Paulo – 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 (9 : 2022 : São Paulo, SP)

C759 Anais [recurso eletrônico] / 9º Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional IBDT/DEF-USP: tributação internacional e recuperação econômica: o papel dos países emergentes, 26, 27, 28 de abril de 2022 em São Paulo, SP. Coordenadores: Luis Eduardo Schoueri, Luis Flávio Neto, Rodrigo Maito da Silveira – São Paulo, IBDT, 2022.

584 p.; 16x23 cm.

ISBN 978-65-86252-51-4
ISBN e-PUB 978-65-86252-54-5

1. Direito Tributário Internacional 2. Países Emergentes
3. Economia Digital 4. Preços de Transferência
5. Convenção Modelo OCDE 6. Beneficiário Efetivo
7. Brasil 8. Instituto Brasileiro de Direito Tributário
I. Instituto Brasileiro de Direito Tributário II. Luis Eduardo Schoueri III. Luis Flávio Neto IV. Rodrigo Maito da Silveira V. IBDT VI. Título.

DORIS 341.39105

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito Tributário Internacional : Brasil
2. Países Emergentes : Brasil
3. Economia Digital : Brasil
4. Preços de Transferência : Brasil
5. Convenção Modelo OCDE
6. Beneficiário Efetivo : Brasil

Revisão: Carolina Massanha / Lilian Mendes Moreira / Sabrina Dupim Moriki
Editoração: Nelson Mitsuhashi. *Impressão e acabamento:* Edições Loyola

Programa do IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional

| | |
|--|--|
| <p>IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional. IBDT/DEF-USP Edição On-line Extraordinária: Tributação Internacional e Recuperação Econômica: o Papel dos Países Emergentes.</p> <p>Realização: Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Comparado 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: 26, 27 e 28 de abril de 2022.</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: https://ibdt.org.br/site/</p> <p>Certificado: os participantes receberão um certificado digital de presença se frequentarem pelo menos 75% dos painéis do Congresso.</p> | <p>IX Brazilian Congress on International Tax Law. IBDT/DEF-USP Extraordinary On-line Edition: International Taxation and Economic Recovery: the Role of Emerging Countries.</p> <p>Organized by: The Professional Master’s Degree in International and Comparative Tax Law 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: April 26th, 27th and 28th, 2022.</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: https://ibdt.org.br/site/</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 26 de abril de 2022 (Terça-feira)</p> | <p>PROGRAM (Brazilian time: UTC–3:00) April 26th, 2022 (Tuesday)</p> |
| <p>8:30hs-10:15hs: A Tributação Internacional da Economia Digital nos Países Emergentes: Artigos 12-A, 12-B e Outras Questões</p> <p>Nereida de M. F. Horta (Moderadora). Mestranda em Direito Tributário Internacional pelo IBDT. Advogada Tributarista em São Paulo.</p> | <p>8:30hs-10:15hs: International Taxation of the Digital Economy: Articles 12-A, 12-B and Other Issues of Emerging Countries</p> <p>Nereida de M. F. Horta (Moderator). Master’s student in International Tax at IBDT. Tax Lawyer in São Paulo.</p> |

| | |
|--|---|
| <p>Simone Musa (Presidente). Sócia do Trench, Rossi, Watanabe Advogados.</p> <p>Rodrigo Maito da Silveira. Professor e Diretor do IBDT. <i>Brasil</i></p> <p>Victor Matchekhin. Professor da Kutafin Moscow State Law University e da Financial University sob o Governo da Federação da Rússia. <i>Rússia</i></p> <p>Lutando Mvovo. <i>Head</i> da área tributária internacional da Vodacom e advogado na High Court of South Africa. <i>África do Sul</i></p> <p>Andrés Báez Moreno. Professor da Universidad Carlos III. <i>Espanha</i></p> | <p>Simone Musa (President). Partner at Trench, Rossi, Watanabe.</p> <p>Rodrigo Maito da Silveira. Professor and Diretor at IBDT. <i>Brazil</i></p> <p>Victor Matchekhin. Professor at Kutafin Moscow State Law University and at Financial University under the Government of the Russia Federation. <i>Russia</i></p> <p>Lutando Mvovo. Executive Head of International Tax at Vodacom and attorney of the High Court of South Africa. <i>South Africa</i></p> <p>Andrés Báez Moreno. Professor at Universidad Carlos III. <i>Spain</i></p> |
| <p>10:30hs-12:15hs: Dilemas da Residência Fiscal: Nômades Digitais, Home Office e Outras Situações</p> <p>Leonardo Thomaz Pignatari (Moderador). Professor-assistente dos Cursos de Especialização do IBDT. Mestrando em Direito Tributário pela USP. <i>Advanced LL.M. Candidate</i> em Direito Tributário Internacional pela Universidade de Amsterdam e pelo IBFD. Advogado tributarista em São Paulo.</p> <p>Romero Tavares (Presidente). Professor e Pesquisador do Insper. PhD Universidade de Viena. <i>PwC Brasil</i></p> <p>Marta Oliveros Castelon. Professora na Universidade Ludwig-Maximilians (Munique). Doutora pela Universidade de São Paulo e pela Universidade Ludwig-Maximilians (Munique), em conjunto com o Instituto Max-Planck de Direito Tributário e de Finanças Públicas. Consultora alemã certificada.</p> <p>Valéria D'Alessandro. Professora de cursos de especialização na Argentina e nos Estados Unidos. Mestre em Direito Tributário e especialista em Tributação Internacional pela Universidade de Leiden (Holanda). Sócia-fundadora do escritório D'Alessandro Tax (Buenos Aires, Argentina).</p> <p>Pasquale Pistone. Professor Titular de Direito Tributário na Universidade de Salerno (Itália). Titular da Cátedra Jean Monnet ad Personam em Direito e Política Tributária Europeia na WU Viena (Áustria). Professor <i>honoris causa</i> da</p> | <p>10:30hs-12:15hs: Fiscal Residence Dilemas: Digital Nomads, Home Office and Other Situations</p> <p>Leonardo Thomaz Pignatari (Moderator). Assistant-professor of the Specialization Courses at IBDT. Master's student in Tax Law at USP. <i>Advanced LL.M. Candidate</i> in International Tax Law at the University of Amsterdam and the IBFD. Tax Lawyer in São Paulo, Brazil.</p> <p>Romero Tavares (President). Professor and Researcher at Insper. PhD University of Vienna. <i>PwC Brazil</i></p> <p>Marta Oliveros Castelon. Professor at the University Ludwig-Maximilians (Munich). PhD at the University of São Paulo and the University Ludwig-Maximilians (Munich), alongside the Max-Planck Institute for Tax Law and Public Finance. Certified German tax advisor.</p> <p>Valéria D'Alessandro. Professor of Specialization courses in Argentina and the United States. Master in Tax Law and postgraduate in International Taxation at the Leiden University (The Netherlands). Founding partner of D'Alessandro Tax (Buenos Aires, Argentina).</p> <p>Pasquale Pistone. Full Professor of Tax Law at the University of Salerno (Italy). Holder of a Jean Monnet ad Personam Chair in European Tax Law and Policy at WU Vienna (Austria). Professor <i>honoris causa</i> at the Ural State Law University (Russia). Honorary Professor at the University of Cape Town (South Africa). Doctor <i>honoris causa</i> at the University of</p> |

| | |
|--|--|
| <p>Universidade de Ural (Rússia). Professor Honorário da Universidade da Cidade do Cabo (África do Sul). Doutor <i>honoris causa</i> da Universidade de Örebro (Suécia). Presidente acadêmico do IBFD (Holanda). Ricardo Mariz de Oliveira. Presidente do IBDT. <i>Brazil</i></p> | <p>Örebro (Sweden). Academic Chairman of IBFD (The Netherlands). Ricardo Mariz de Oliveira. President of IBDT. <i>Brazil</i></p> |
| <p>13:30hs-15.15hs: Desafios, Vantagens e Desvantagens do Padrão OCDE de Preços de Transferência no Brasil: APA, Safe Harbours e Outros Temas</p> <p>Gabriel Bez-Batti (Moderador). Mestre (LL.M.) em Direito Tributário Internacional pela WU Vienna e mestrando em Direito Tributário pela USP. Advogado em Brigagão, Duque Estrada Advogados.</p> <p>Rafael Korff Wagner (Presidente). Mestrando PUC-SP. Professor IBET.</p> <p>Aitor Navarro. Professor na Universidad Carlos III de Madrid. Mestre (LL.M.) e Doutor pela Universidad Carlos III de Madrid.</p> <p>Bruna Camargo Ferrari. Professora nos cursos de pós-graduação da APET. Mestre em Direito Tributário pela FGV.</p> <p>Ágata Uceda. Professora da Universidade de Leiden. Espanha e Holanda.</p> <p>Paulo Ayres Barreto. Professor da USP. <i>Brazil</i></p> | <p>13:30hs-15hs: Pros, Cons and Challenges of the OECD Transfer Pricing Standard in Brazil</p> <p>Gabriel Bez-Batti (Moderator). LL.M. in International Tax Law at WU Vienna. Candidate for a Scientific Master degree in Tax Law at the University of São Paulo (Brazil). Lawyer at Brigagão, Duque Estrada Advogados.</p> <p>Rafael Korff Wagner (President). Master's student at PUC-SP. Professor IBET.</p> <p>Aitor Navarro. Assistant professor at Carlos III University, Madrid. LL.M. and JD at Carlos III University, Madrid.</p> <p>Bruna Camargo Ferrari. Post Graduate Professor at APET. Master degree in Tax Law at FGV.</p> <p>Ágata Uceda. Professor at Leiden University. Spain and The Netherlands.</p> <p>Paulo Ayres Barreto. Professor at USP. <i>Brazil</i></p> |
| <p>15:30hs-17:15hs: O “Pillar One” nas Perspectivas dos Países Desenvolvidos e dos em Desenvolvimento</p> <p>Cláudio Marcio Tartarini (Moderador). Mestrando do Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Comparado do IBDT. Advogado em São Paulo e Brasília.</p> <p>Anderson Trautman Cardoso (Presidente). Especialista em Direito Tributário pelo IBET e pela UFRGS. Advogado em São Paulo.</p> <p>Allison Christians. Professora na McGill University. <i>Canada</i></p> <p>Belema Obuoforibo. Diretora do International Bureau of Fiscal Documentation – IBFD. <i>África do Sul e Holanda</i></p> | <p>15:30hs-17:15hs: Pillar One: Perspectives of Developed and Developing Countries</p> <p>Cláudio Marcio Tartarini (Moderator). Master's student in International and Comparative Tax Law at IBDT. Tax Lawyer in São Paulo and Brasília.</p> <p>Anderson Trautman Cardoso (President). Specialist in Tax Law from IBET and UFRGS. Lawyer in São Paulo.</p> <p>Allison Christians. Professor at McGill University. <i>Canada</i></p> <p>Belema Obuoforibo. Director of the International Bureau of Fiscal Documentation – IBFD. <i>South Africa and The Netherlands</i></p> <p>Ana Cláudia Akie Utumi. Professor of the Professional Master on International Tax and Comparative Law at IBDT. PhD, USP. <i>Brazil</i></p> |

| | |
|--|--|
| <p>Ana Cláudia Akie Utumi. Professora do Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Comparado do IBDT. Doutora pela USP. <i>Brasil</i></p> <p>Yariv Brauner. Professor na Universidade da Flórida. <i>EUA</i></p> | <p>Yariv Brauner. Professor at the Florida University. <i>United States</i></p> |
| <p>17:30hs-18:45hs: International Taxation On-demand: Q&A</p> | <p>17:30hs-18:45hs: International Taxation On-demand: Q&A</p> |
| <p>Isabel Garcia Calich da Fonseca (Moderadora). Professora colaboradora do Mestrado Profissional do IBDT. <i>LL.M. (Master of Laws)</i> e PhD (<i>Doctor of Philosophy</i>), em Direito Tributário pela London School of Economics and Political Science (LSE). Membro da International Fiscal Association (IFA) e do STEP. Sócia na área de Direito Tributário do escritório HRSA, sociedade de advogados, com sede em São Paulo, Brasil.</p> <p>Ramon Tomazela Santos (Moderador). Professor Colaborador do Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Comparado do IBDT. Doutor e Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da USP. <i>Master of Laws (LL.M.)</i>. Universidade de Viena (Wirtschaftsuniversität Wien Master of Laws <i>(LL.M.)</i>. Vienna University (Wirtschaftsuniversität Wien – WU). Sócio do escritório Mariz de Oliveira e Siqueira Campos Advogados.</p> <p>Luís Flávio Neto (Presidente). Coordenador e Professor do Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Comparado do IBDT. Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da USP. Sócio do escritório KLA Advogados.</p> <p>Martha Toribio Leão. Professora do Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Comparado do IBDT. Professora de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie (São Paulo/SP). Doutora e Mestre em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo. Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen, MAX-PLANCK. Mestre em Teoria do Direito e Democracia Constitucional no Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto/</p> | <p>Isabel Garcia Calich da Fonseca (Moderator). Professor of the IBDT Professional Masters. <i>LL.M. (Master of Laws)</i> and PhD (<i>Doctor of Philosophy</i>), in Tax Law from the London School of Economics and Political Science (LSE). Member of the International Fiscal Association (IFA) and STEP. Partner in the Tax Law area at HRSA Advogados, based in São Paulo, Brazil.</p> <p>Ramon Tomazela Santos (Moderator). Professor of the Professional Master's Degree in International and Comparative Tax Law at IBDT. Doctor and Master in Economic, Financial and Tax Law from the Faculty of Law of USP. Master of Laws (<i>LL.M.</i>). University of Vienna (Wirtschaftsuniversität Wien Master of Laws <i>(LL.M.)</i> Vienna University (Wirtschaftsuniversität Wien – WU). Partner at Mariz de Oliveira e Siqueira Campos Advogados.</p> <p>Luís Flávio Neto (President). Coordinator and Professor of the Professional Master in International Tax and Comparative Law at IBDT. PhD in Economic, Financial and Tax Law at USP Law School. Partner at KLA Advogados.</p> <p>Martha Toribio Leão. Professor of the Professional Master's Degree in International and Comparative Tax Law at IBDT. Professor of Tax Law at the Mackenzie Presbyterian University Law School (São Paulo/SP). Doctor and Master in Tax Law from the University of São Paulo. Max-Planck-Institut für Steuerrecht und Öffentliche Finanzen, MAX-PLANCK. Master in Theory of Law and Constitutional Democracy at the Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto/ Università Degli Studi di Genova. Partner at Humberto Avila Advocacia.</p> <p>Victor Borges Polizelli. Professor of the Professional Master's Degree in</p> |

| | |
|---|--|
| <p>Università Degli Studi di Genova. Sócia do escritório Humberto Ávila Advocacia.</p> <p>Victor Borges Polizelli. Professor do Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Comparado do IBDT. Coordenador do Curso de Pós-graduação <i>Lato Sensu</i> em Direito Tributário Internacional do IBDT. Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da USP.</p> <p>Nereida Horta. Mestranda em Direito Tributário Internacional pelo IBDT. Advogada tributarista em São Paulo.</p> <p>Leonardo Thomaz Pignatari. Professor-assistente dos Cursos de Especialização do IBDT. Mestrando em Direito Tributário pela USP. <i>Advanced LL.M.</i> Candidato em Direito Tributário Internacional pela Universidade de Amsterdam e pelo IBFD. Advogado tributarista em São Paulo.</p> <p>Gabriel Bez-Batti. Mestre (<i>LL.M.</i>) em Direito Tributário Internacional pela WU Vienna e mestrando em Direito Tributário pela USP. Advogado em Brigagão, Duque Estrada Advogados.</p> <p>Cláudio Tartarini. Mestrando do Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Comparado do IBDT. Advogado em São Paulo e Brasília.</p> <p>Marcus Lívio Gomes. Professor da UERJ. Juiz Federal.</p> <p>Doris Canen. <i>LL.M.</i> Kings College London. Mestre UCAM.</p> | <p>International Tax and Comparative Law at IBDT. Coordinator of the <i>Lato Sensu</i> Postgraduate Course in International Tax Law at IBDT. Doctor in Economic, Financial and Tax Law from the USP Law School.</p> <p>Nereida Horta. Master's student in International Tax at IBDT. Tax Lawyer in São Paulo.</p> <p>Leonardo Thomaz Pignatari. Assistant-professor of the Specialization Courses at IBDT. Master's student in Tax Law at USP. <i>Advanced LL.M.</i> Candidate in International Tax Law at the University of Amsterdam and the IBFD. Tax Lawyer in São Paulo, Brazil.</p> <p>Gabriel Bez-Batti. <i>LL.M.</i> in International Tax Law at WU Vienna. Candidate for a Scientific Master degree in Tax Law at the University of São Paulo (Brazil). Lawyer at Brigagão, Duque Estrada Advogados</p> <p>Cláudio Tartarini. Master's student in International and Comparative Tax Law at IBDT. Tax Lawyer in São Paulo and Brasília.</p> <p>Marcus Lívio Gomes. Professor at UERJ. Federal judge.</p> <p>Doris Canen. <i>LL.M.</i> Kings College London. Master UCAM.</p> |
| 27 de abril de 2022 (Quarta-feira) | April 27th, 2022 (Wednesday) |
| <p>8:30hs-10:15hs: “Pillar Two”: Desafios Práticos para Países Emergentes</p> <p>Bruno Cesar Fetterman Nogueira dos Santos (Moderador). Doutorando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador do IBDT.</p> <p>Tatiana Midori Migiyama (Presidente). Conselheira Carf e Especialista IBET e FGV.</p> <p>Bruno da Silva. Professor Assistente da Universidade de Amsterdã e Consultor Tributário na Loyens & Loeff.</p> | <p>8:30hs-10:15hs: “Pillar Two”: Practical Challenges for Emerging Countries</p> <p>Bruno Cesar Fetterman Nogueira dos Santos (Moderator). PhD Candidate in Tax Law at the University of São Paulo. Researcher of IBDT.</p> <p>Tatiana Midori Migiyama (President). Carf Board Member and IBET and FGV Specialist.</p> <p>Bruno da Silva. Assistant Professor at the University of Amsterdam and Tax Consulting at Loyens & Loeff.</p> <p>Ana Carolina Monguilod. Tax Law Professor at Insper and at APET. <i>LL.M.</i> in</p> |

| | |
|--|---|
| <p>Ana Carolina Monguilod. Professora de Direito Tributário do Inspere e da Associação Paulista de Estudos Tributários (APET). Mestre (<i>LL.M.</i>) Direito Tributário Internacional pela Universidade de Leiden (Holanda). Coordenadora do Grupo de Estudos de Políticas Tributárias (GEP). Diretora da Associação Brasileira de Direito Financeiro (ABDF). Co-Chair da Women of IFA Network (WIN) Brasil. Membro do Conselho Editorial da Revista Trimestral do Projeto Jurisprudência Tributária (PJT). Sócia do i2a Advogados.</p> <p>Kinga Romanovska. Doutoranda pela Universidade de Lausanne. Pesquisadora no Centro de Políticas Tributárias e Assistente no Centro de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lausanne. Advogada na Path Law (Polônia) e na Path Family Office (Suíça).</p> <p>Luís Eduardo Schoueri. Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Tributário pela Universidade de Munique (1992) e Doutor em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (1993). Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Vice-Presidente da Associação Comercial de São Paulo e Vice-Presidente da Associação Brasileira de Direito Financeiro (ABDF). Membro do Comitê Acadêmico do Advanced Diploma in International Tax (ADIT) e do Chartered Institute of Taxation (CIOT). Sócio do Lacaz Martins, Pereira Neto, Gurevich & Schoueri.</p> | <p>International Tax Law at the University of Leiden. Coordinator of the Group of Studies on Tax Politics (GEP). Director of the ADBF Brazilian Association of Financial Law (ABDF). Co-Chair of Women of IFA Network (WIN) Brasil. Member of Editorial Council of the Revista Trimestral do Projeto Jurisprudência Tributária (PJT). Lawyer at i2a Advogados.</p> <p>Kinga Romanovska. PhD Candidate at the University of Lausanne. Associate Research in the Tax Policy Centre and Assistant in the Centre of Public Law. Lawyer in Path Law LLP (Poland) and in Path Family Office (Suisse).</p> <p>Luís Eduardo Schoueri. Full Professor of Tax Law in the University of São Paulo. LL.M. in Tax Law at the University of Munich (1992) and Doctor in Tax Law at Faculty of Law of the University of São Paulo (1993). Vice-President of IBDT and of Brazilian Association of Financial Law (ABDF). Member of the Academic Commission of Advanced Diploma in International Law of the Chartered Institute of Taxation. Founder of Lacaz Martins, Pereira Neto, Gurevich & Schoueri Advogados.</p> |
| <p>10:30hs-12:15hs: Tributação Internacional e Tecnologias Disruptivas: Oportunidades e Desafios para Países Emergentes</p> <p>Erlan Valverde (Moderador). Mestrando em Direito Tributário Internacional pelo IBDT. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, com especialização em Interpretação de Tratados pelo International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD).</p> <p>Durval Portela (Presidente). Mestre UFBA e Especialista PUC-SP. PwC Brasil.</p> | <p>10:30hs-12:15hs: International Taxation and Disruptive Technologies: Opportunities and Challenges for Emerging Countries</p> <p>Erlan Valverde (Moderator). Master's student in International Tax Law at IBDT. Bachelor of Laws from the Faculty of Law of São Bernardo do Campo, with a specialization in Treaty Interpretation by the International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD).</p> <p>Durval Portela (President). Master UFBA and Specialist PUC-SP. PwC Brazil.</p> |

| | |
|--|---|
| <p>Tathiane dos Santos Piscitelli. Professora da Fundação Getulio Vargas Direito SP. Coordenadora do Núcleo de Direito Tributário do Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo, da Fundação Getulio Vargas. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Presidente da Comissão Especial de Direito Tributário da OAB/SP.</p> <p>Silvia Muñoz. Professora da Universidad de Lima. LL.M. em Tributação Internacional pela Universidade de Georgetown. Advogada pela Universidade de Lima.</p> <p>Renata Emery. Mestranda IBDT. Advogada em São Paulo.</p> <p>Fernando Aurelio Zilveti. Livre-docente em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo. Professor do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo.</p> | <p>Tathiane dos Santos Piscitelli. Professor at Fundação Getulio Vargas Law SP. Coordinator of the Tax Law Nucleus of the Professional Master's Degree at the São Paulo Law School, Fundação Getulio Vargas. Doctor and Master in Law from the University of São Paulo. President of the Special Commission on Tax Law of the OAB/SP.</p> <p>Silvia Muñoz. Professor at the University of Lima. LL.M. in International Taxation from Georgetown University. Lawyer at the University of Lima.</p> <p>Renata Emery. Master's student IBDT. Lawyer in São Paulo.</p> <p>Fernando Aurelio Zilveti. Lecturer in Tax Law at the University of São Paulo. Professor at Brazilian Institute of Tax Law – IBDT. Graduated in Law from the University of São Paulo. Master in Constitutional Law from the University of São Paulo. Doctor in Tax Law from the University of São Paulo.</p> |
| <p>13:30hs-14:45hs: Transparência Fiscal Internacional e Compartilhamentos de Dados: Desafios para Países Emergentes</p> <p>Rodrigo Alexandre Lazaro Pinto (Moderador). Doutorando pela Universidade de Coimbra. Mestre em Tributação Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo. Diretor Regional da Associação Nacional dos Executivos de Finanças, Administração e Contabilidade – ANEFAC. Pesquisador pelo NEF-FGV, JusGov e IDP. Advogado, Contabilista e Professor.</p> <p>Betina Treiger Grupenmacher (Presidente). Professora e Doutora pela UFPR. Advogada.</p> <p>Humberto Bergmann Ávila. Professor Titular de Direito Tributário da Faculdade de Direito da USP. Doutor em Direito pela Ludwig-Maximilians-Universität München. Livre-docente em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da USP.</p> | <p>13:30hs-14:45hs: Exchange of Information: Opportunities and Challenges for Emerging Countries</p> <p>Rodrigo Alexandre Lazaro Pinto (Moderator). PhD candidate at the University of Coimbra (Portugal). LL.M. in International Taxation at the Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT (Brazil). Judge of the Tax Court of the State of São Paulo. Regional Director of the National Association of Finance, Administration and Accounting Executives – ANEFAC. Researcher at NEF-FGV, JusGov and IDP. Lawyer, Accountant and Professor.</p> <p>Betina Treiger Grupenmacher (President). Professor and Doctor by UFPR. Attorney.</p> <p>Humberto Bergmann Ávila. Professor of Tax Law at the USP (Brazil). PhD at the Ludwig-Maximilians-Universität München (Germany). Professor of Economic, Financial and Tax Law at the USP (Brazil).</p> <p>Clara Gomes Moreira. Professor of the Professional Master's in International Tax</p> |

| | |
|---|---|
| <p>Clara Gomes Moreira. Professora do Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Comparado do IBDT. Doutora e Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da USP. Assessora de Ministro no Supremo Tribunal Federal.</p> <p>Misabel Abreu Machado Derzi. Professora Titular de Direito Tributário da UFMG e das Faculdades Milton Campos. Doutora em Direito Público pela UFMG. Presidente honorária da ABRADT. Membro da Fondation des Finances Publiques FONDAFIP/Paris. Relatora Presidente da Comissão de Revisão e Simplificação da Legislação Tributária do Município de Belo Horizonte. Presidente da Comissão de Revisão e Simplificação da Legislação Tributária do Estado de Minas Gerais. Advogada, conferencista, parecerista e consultora de empresas.</p> | <p>and Comparative Law at IBDT. PhD and Master's in Economic, Financial and Tax Law at USP Law School. Law clerk of the Brazilian Supreme Federal Court.</p> <p>Misabel Abreu Machado Derzi. Professor of Tax Law at the UFMG and at Faculdades Milton Campos. PhD in Public Law at the UFMG. Honorary President of ABRADT. Member of the Fondation des Finances Publiques FONDAFIP/Paris. Rapporteur President of the Commission for the Review and Simplification of the Tax Legislation of the Municipality of Belo Horizonte. Chairman of the Commission for the Review and Simplification of the Tax Legislation of the State of Minas Gerais. Lawyer, lecturer, referee and business consultant.</p> |
| <p>14:50hs-15:20hs: Aula Magna sobre o Art. 29 da Convenção Modelo da OCDE: o Teste do Propósito Negocial</p> <p>Karoline Marchiori de Assis (Presidente). Professora e Coordenadora da Faculdade de Direito de Vitória.</p> <p>Michael Lang. Vice-reitor de Pesquisa e Recursos Humanos da Universidade de Viena – WU. Diretor do Instituto de Direito Tributário Austríaco e Internacional da WU e Diretor Acadêmico do LL.M. do Programa em Direito Tributário Internacional e doutorado em Tributação de Negócios Internacionais (DIBT) desta universidade. Presidente da filial austríaca de International Fiscal Association (IFA).</p> | <p>14:50hs-15:20hs: Magna Conference on Art. 29 of OECD MC: the Principal Purpose Test</p> <p>Karoline Marchiori de Assis (President). Professor and Coordinator of the Faculty of Law of Vitória.</p> <p>Michael Lang. Vice Rector Research and Human Resources of WU (Austria). Head of the Institute for Austrian and International Tax Law of WU (Vienna University of Economics and Business) and Academic Director of both the LL.M. Program in International Tax Law and of the doctoral program in international business taxation (DIBT) of this university. President of the Austrian Branch of the International Fiscal Association (IFA).</p> |
| <p>15:30hs-17:15hs: Responsabilidade Fiscal Institucional no Direito Tributário Internacional: Desenvolvimentos na União Europeia e Possíveis Presságios para Países em Desenvolvimento</p> <p>Fábio Luiz Gomes Gaspar de Oliveira (Moderador). Advogado e professor de Direito Tributário no curso de especialização em Direito Financeiro e</p> | <p>15:30hs-17:15hs: ESG and International Taxation: Trends in the EU and Emerging Countries</p> <p>Fábio Luiz Gomes Gaspar de Oliveira (Moderator). Tax lawyer and tax professor. Master's candidate at IBDT's International Taxation programme. LL.M.-equivalent degree in Regulatory Law from FGV-Rio.</p> |

| | |
|---|--|
| <p>Tributário da UERJ. Mestrando em Direito Tributário Internacional (IBDT) e <i>LL.M.</i> em Direito Regulatório (FGV).</p> <p>Thais de Barros Meira (Presidente). Doutora USP. Mestre PUC-SP. <i>LL.M.</i> em Harvard.</p> <p>Joost Kutsch Lojenga. Diretor Tributário na Shell Holanda. Joost é Advogado graduado pela Universidade de Leiden e Mestre em Direito Tributário pela Universidade de Nyenrode. Co-liderou a implementação dos princípios fiscais institucionais da Shell, bem como a publicação do primeiro Relatório Fiscal da companhia em 2019, marcando-a como uma das primeiras multinacionais no mundo a revelar dados relativos ao pagamento de tributos país a país.</p> <p>Rodrigo Araújo. CFO da Petrobras, tendo implementado diversas iniciativas na área de transparência corporativa, notadamente o Relatório Fiscal da companhia. Contador e administrador, bem como Mestre em Finanças pela HEC Paris.</p> <p>Elidie Palma Bifano. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela USP. Mestre e Doutora em Direito Tributário pela PUC São Paulo. Atualmente é sócia no escritório de advocacia Mariz de Oliveira e Siqueira Campos Advogados, tendo atuado na PWC por 38 anos, 23 como sócia. É professora do Mestrado Profissional da Escola de Direito da FGV – SP e em diversas instituições na área do Direito Tributário, dentre elas o IBDT. Integra Comitês de Auditoria de companhias abertas.</p> <p>Amal Larhlid. Entusiasta em temas fiscais que auxiliem governos ao redor do mundo a recolher e aplicar ingresso público no que importa à sociedade. Lidera a prática de ESG Tax na PWC Londres, juntamente com um time de pessoas apaixonadas pelo tema. Doutorado na Universidade Paris I: Panthéon-Sorbonne.</p> | <p>Thais de Barros Meira (President). PhDU SP. Master PUC-SP. LL.M. in Harvard.</p> <p>Joost Kutsch Lojenga. Tax Director for Shell’s activities in the Netherlands. Tax Lawyer who graduated at Leiden University. Responsible for the roll-out of Shell’s tax transparency agenda, including co-leading implementation of Shell’s Responsible Tax Principles, as well as the roll out of the first Tax Contribution Report in 2019 marking the company as one of the first multinationals to voluntarily disclose country-by-country tax payments and data.</p> <p>Rodrigo Araújo. Group CFO at Petrobras, where he implemented several transparency initiatives that helped shape the company’s success in recent years. Rodrigo holds accounting and BA degrees and also a Master’s degree in Finance from HEC Paris.</p> <p>Elidie Palma Bifano. Master’s and PhD degree from PUC São Paulo and is a partner at Mariz de Oliveira e Siqueira Campos Advogados. Tax Law professor in renowned universities, the IBDT among them.</p> <p>Amal Larhlid. Amal is passionate about helping governments collect money and spend it on what matters most to people: ensuring that every child is healthy and well educated and every adult is making a good living within a sustainable environment. She leads a team of policy experts and economists who share the passion for making policy makers’ lives easier. Amal has a PhD from University of Paris I: Panthéon-Sorbonne and leads PWC’s ESG Tax practice.</p> |
| <p>17:30hs-18:45hs: International Taxation On-demand: Q&A</p> <p>Roberto Codorniz Leite Pereira (Moderador). Professor do Mestrado Profissional em Direito Tributário</p> | <p>17:30hs-18:45hs: International Taxation On-demand: Q&A</p> <p>Roberto Codorniz Leite Pereira (Moderator). Professor of the Professional Master’s in International Tax Law at</p> |

Internacional e Comparado do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP). Master of Laws (*LL.M.*) em Direito Tributário Internacional (International Tax Law) pela Wirtschaftsuniversität Wien (WU). Sócio do escritório Maneira Advogados.

Clara Gomes Moreira (Moderadora). Professora do Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Comparado do IBDT. Doutora e Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da USP. Assessora de Ministro no Supremo Tribunal Federal.

Alessandra Brandão Teixeira (Presidente). Professora PUC-MG. Doutora e Mestre UGMG. Diretora ABRADT.

Paulo Victor Vieira da Rocha. Professor do Programa de Mestrado em Direito Tributário Internacional do IBDT. Coordenador do Programa de Especialização em Direito Tributário do IBDT. Professor Adjunto da Universidade do Estado do Amazonas. Pesquisador em Pós-doutorado na Universidade de São Paulo. Advogado.

João Dácio Rolim. Doutor em Comércio Internacional, Tributação Internacional e Direitos Humanos Internacionais pela Queen Mary University of London. Doutor em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). *LL.M.* em Direito Internacional Tributário, Direito Europeu e *Trust* pela London School of Economics and Political Science. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Sócio do escritório Rolim, Viotti e Leite Campos.

Bruno Cesar Fetterman Nogueira dos Santos. Doutorando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador do IBDT.

Erlan Valverde. Mestrando em Direito Tributário Internacional pelo IBDT. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, com

IBDT. PhD and Master's in Economic, Financial and Tax Law at USP Law School. LL.M. in International Taxation at Wirtschaftsuniversität Wien (WU).

Partner at Maneira Advogados.

Clara Gomes Moreira (Moderator). Professor of the Professional Master's in International Tax and Comparative Law at IBDT. PhD and Master's in Economic, Financial and Tax Law at USP Law School. Law clerk of the Brazilian Supreme Federal Court.

Alessandra Brandão Teixeira (President). Professor at PUC-MG. Doctor and Master UGMG. Director ABRADT.

Paulo Victor Vieira da Rocha. Professor of the Master's Program in International Tax Law at IBDT. Coordinator of the Specialization Program in Tax Law at IBDT. Adjunct Professor at the State University of Amazonas. Postdoctoral Researcher at the University of São Paulo. Attorney.

João Dácio Rolim. Doctor in International Trade, International Taxation and International Human Rights from Queen Mary University of London. Doctor in Tax Law from the Federal University of Minas Gerais (UFMG). *LL.M.* in International Tax Law, European Law and Trust from the London School of Economics and Political Science. Graduated in Law from the University of São Paulo (USP). Partner at Rolim, Viotti and Leite Campos.

Bruno Cesar Fetterman Nogueira dos Santos. PhD Candidate in Tax Law at the University of São Paulo. Researcher of IBDT.

Erlan Valverde. Master's student in International Tax Law at IBDT. Bachelor of Laws from the Faculty of Law of São Bernardo do Campo, with a specialization in Treaty Interpretation by the International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD).

Rodrigo Alexandre Lazaro Pinto. PhD candidate at the University of Coimbra (Portugal). LL.M. in International Taxation at the Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT (Brazil). Judge of the Tax Court of the State of São Paulo. Regional Director of the National

| | |
|--|---|
| <p>especialização em Interpretação de Tratados pelo International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD).</p> <p>Rodrigo Alexandre Lazaro Pinto. Doutorando pela Universidade de Coimbra. Mestre em Tributação Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo. Diretor Regional da Associação Nacional dos Executivos de Finanças, Administração e Contabilidade – ANEFAC. Pesquisador pelo NEF-FGV, JusGov e IDP. Advogado, Contabilista e Professor.</p> <p>Fábio Luiz Gomes Gaspar de Oliveira. Advogado e Professor de Direito Tributário no curso de especialização em Direito Financeiro e Tributário da UERJ. Mestrando em Direito Tributário Internacional (IBDT) e LL.M. em Direito Regulatório (FGV).</p> <p>Aline Nunes. Mestrado PUC-SP.</p> | <p>Association of Finance, Administration and Accounting Executives – ANEFAC. Researcher at NEF-FGV, JusGov and IDP. Lawyer, Accountant and Professor.</p> <p>Fábio Luiz Gomes Gaspar de Oliveira. Tax lawyer and tax professor. Master's candidate at IBDT's International Taxation programme. LL.M.-equivalent degree in Regulatory Law from FGV-Rio.</p> <p>Aline Nunes. Master PUC-SP.</p> |
| <p>28 de abril de 2022 (Quinta-feira)</p> | <p>April 28th, 2022 (Thursday)</p> |
| <p>8:30hs-10:15hs: As Cláusulas PPT nos Acordos de Bitributação: Recentes Desenvolvimentos</p> <p>Raphael Assef Lavez (Moderador). Doutorando e Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário. Professor de cursos de pós-graduação (IBDT, Fipecafi, Ibmecc/Rio). Sócio do Rivitti e Dias Advogados.</p> <p>Verônica Magalhães (Presidente). Mestranda em Controladoria e Finanças e MBA pela Fipecafi.</p> <p>Susi Hjørth Baerentzen. Carlsberg Foundation International Postdoc Fellow – IBFD, Amsterdã. Doutora em Direito Tributário Internacional e Economia pela Universidade de Aalborg.</p> <p>Catherine Anne Brown. Professora de tributação, comércio e planejamento empresarial na Faculdade de Direito da Universidade de Calgary.</p> <p>Gustavo Haddad. Professor dos cursos de pós-graduação do Insper e do IBDT.</p> | <p>8:30hs-10:15hs: PPT Clauses in Double Tax Agreements: Recent Developments</p> <p>Raphael Assef Lavez (Moderator). PhD candidate and Master in Tax Law and LLB at the University of São Paulo. Specialist in International Taxation at the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT). Professor of postgraduate courses (IBDT, Fipecafi, Ibmecc/Rio). Partner at Rivitti e Dias Advogados.</p> <p>Verônica Magalhães (President). Master's student in Controllership and Finance and MBA at Fipecafi.</p> <p>Susi Hjørth Baerentzen. Carlsberg Foundation International Postdoc Fellow – IBFD, Amsterdam. Aalborg University, PhD in International Tax Law & Economics.</p> <p>Catherine Anne Brown. Professor of tax, trade and business planning at the Faculty of Law, University of Calgary.</p> <p>Gustavo Haddad. Professor of postgraduate courses at Insper and IBDT. Former member of the Administrative Council for Tax Appeals. PhD student at the University of São Paulo. Lawyer in São Paulo.</p> |

| | |
|---|---|
| <p>Ex-membro do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Doutorando pela Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo.</p> <p>Andressa Pegoraro. Mestre pela USP. <i>LL.M.</i> pela Universidade de Viena.</p> | <p>Andressa Pegoraro. Master by USP. <i>LL.M.</i> from the University of Vienna.</p> |
| <p>10:30hs-12:15hs: O conceito de Beneficiário Efetivo Pós-BEPS: Medidas Antiabuso e Compliance Financeiro</p> <p>Perisson Lopes de Andrade (Moderador). Mestre em Direito Tributário Internacional pelo IBDT. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas do IBDT (NUPEN), em tributação de novas tecnologias.</p> <p>Paulo Caliendo (Presidente). Mestre UFRGS. Doutor PUC-SP. Doutor Munich. Professor PUC-RS.</p> <p>Philip Baker. Professor Visitante na Faculdade de Direito da Universidade de Oxford e Senior Visiting Fellow no Institute of Advanced Legal Studies, University of London.</p> <p>Patricia A. Brown. Assessora Inter-regional em Assuntos Tributários Internacionais no Escritório de Financiamento para o Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas. Diretora do Programa de Pós-graduação em Impostos da Faculdade de Direito da Universidade de Miami.</p> <p>João Felix P. Nogueira. Professor da Universidade Católica Portuguesa. Vice-Presidente Acadêmico do IBFD e gerente de equipe do IBFD Academic. Professor associado honorário da Universidade da Cidade do Cabo, África do Sul e professor visitante regular em várias universidades.</p> <p>Błażej Kuźniacki. Professor assistente na Universidade de Amsterdã (Centro de Direito Tributário de Amsterdã, ACTL, Holanda) sob a égide do projeto interdisciplinar CPT e Professor assistente de Pesquisa na Universidade Lazarski (Varsóvia, Polônia).</p> <p>Jennifer Roeleveld. Professora Emérita de Direito Tributário e Diretora da Unidade Fiscal para Pesquisa Fiscal na Faculdade de Comércio da Universidade da Cidade do Cabo, África do Sul.</p> | <p>10:45hs-12:15hs: International Tax Law After the Covid-19: will We face a New Future?</p> <p>Perisson Lopes de Andrade (Moderador). <i>LL.M.</i> in International Taxation at the Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT (Brazil). Researcher at the IBDT Research Center (NUPEN), in taxation of new technologies.</p> <p>Paulo Caliendo (President). Master UFRGS. Doctor PUC-SP. Doctor Munich. Professor at PUC-RS.</p> <p>Philip Baker. Visiting Professor at the Law Faculty of Oxford University and a Senior Visiting Fellow at the Institute of Advanced Legal Studies, University of London.</p> <p>Patricia A. Brown. Inter-regional Advisor on International Tax Matters in the Financing for Sustainable Development Office at the United Nations. Director of the Graduate Tax Program at the University of Miami School of Law.</p> <p>João Felix P. Nogueira. PhD in Tax Law, is Professor at the Portuguese Catholic University (“Universidade Católica Portuguesa”). He is Deputy Academic Chairman at IBFD and team manager of IBFD Academic. He is honorary associate professor at the University of Cape Town, South Africa and regular visiting lecturer at several universities.</p> <p>Błażej Kuźniacki. Assistant Professor at the University of Amsterdam (Amsterdam Centre for Tax Law, ACTL, The Netherlands) under the umbrella of the interdisciplinary CPT project and a Research Assistant Professor at the Lazarski University (Warsaw, Poland).</p> <p>Jennifer Roeleveld. Emeritus Professor in Tax Law and Director of the Tax Unit for Fiscal Research in the Faculty of Commerce at the University of Cape Town South Africa.</p> |

13:30hs-15:15hs: **Cláusulas de Nação mais Favorecida nos Tratados para evitar a Dupla Tributação: Recentes Desenvolvimentos e Tendências**

Dora Pimentel Mendes de Almeida

(Moderadora). Mestranda em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Especialista em Direito Tributário e em Direito Tributário Internacional pelo IBDT. Advogada no Demarest Advogados. **Marcelo Salles Annunziata** (Presidente). Mestre pela USP. Especialista pela PUC-SP. Advogado.

Nupur Jalan. Master of Laws (LL.M.) na Université Catholique de Lyon. Master of Laws (LL.M.) em Direito Tributário Internacional (International Tax Law) pela Universidade de Amsterdã. Outros múltiplos diplomas e certificações em assuntos jurídicos e relacionados a tributos, finanças, auditoria e outros campos. Profissional especializada em tributação corporativa e internacional e preços de transferência. Pesquisadora interdisciplinar.

Jan de Goede. Diretor Sênior, Tax Knowledge Management do IBFD, Professor de Direito Tributário Internacional e Europeu na Universidade de Lodz, na Polônia, e professor visitante da Universidade Renmin, em Pequim, e da Universidade Financeira, em Moscou. Leciona em várias outras universidades e institutos, inclusive no IBDT em São Paulo.

Sergio André Rocha. Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Coordenador Acadêmico do Centro de Estudos Aplicados em Direito – CEAD. Livre-docente em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo. Doutor e Mestre em Direito na área de concentração “Direito e Economia” pela Universidade Gama Filho. Sócio do Sergio André Rocha Advocacia & Consultoria Tributária.

Marciano Seabra de Godoi. Coordenador e Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUC Minas. Professor da Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas. Doutor em Direito

13:30hs-15:15hs: **Most-favoured-nation Clauses in Tax Treaties: Recent Developments and Trends**

Dora Pimentel Mendes de Almeida

(Moderator). Masters candidate in International Tax Law at the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT). Specialist in Taxation and International Taxation at the IBDT. Attorney at law in Demarest Advogados.

Marcelo Salles Annunziata (President). Master by USP. Specialist by PUC-SP. Attorney.

Nupur Jalan. Pursuing LL.M. in Digital Law and Technology at Université Catholique de Lyon. Advanced LL.M. in International Tax Law by the University of Amsterdam and IBFD. Other multiple degrees, diplomas, and certifications in subjects relating to tax, finance, valuation, legal, and other fields. Tax professional specializing in corporate tax, international tax and transfer pricing and an interdisciplinary researcher.

Jan de Goede. Senior Principal, Tax Knowledge Management of IBFD, Professor of International and European Tax Law at Lodz University in Poland, and visiting professor of the Renmin University in Beijing and of the Financial University in Moscow. Teaches at several other universities and Institutes, including at IBDT in São Paulo.

Sergio André Rocha. Professor Doctor at the Rio de Janeiro State University. Academic Coordinator at the Center for Applied Studies in Law (“CEAD”). Post-doctorate (“Livre-docente”) in Tax Law – University of São Paulo. PhD and Masters in Law & Economics – University Gama Filho. Partner at Sergio André Rocha Advocacia & Consultoria Tributária.

Marciano Seabra de Godoi. Coordinator and Professor of the Master’s and Doctoral Program in Law at PUC Minas. Professor at the Minas Gerais Law School – PUC Minas. PhD in Financial and Tax Law from the Universidad Complutense de Madrid. Master in Tax Law from the Federal University of Minas Gerais. Visiting Professor at the Universidad

| | |
|--|---|
| <p>Financeiro e Tributário pela Universidade Complutense de Madri. Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Visitante Convidado da Universidade Autônoma de Madri. Presidente do Instituto de Estudos Fiscais e Diretor-Presidente da Academia de Juristas Católicos Humanistas da Arquidiocese de Belo Horizonte. Advogado.</p> <p>Gaetano Manzi. Master of Laws (<i>LL.M.</i>) em Direito Tributário Internacional (International Tax Law) pela Universidade de Amsterdam. Mestre em Direito pela Università Cattolica del Sacro Cuore. Corporate Tax Officer em empresa de investimento de referência desde 2020.</p> | <p>Autônoma de Madrid. President of the Institute of Fiscal Studies and Director-President of the Academy of Catholic Humanist Jurists of the Archdiocese of Belo Horizonte. Attorney at law.</p> <p>Gaetano Manzi. Advanced LL.M. in International Tax Law by the University of Amsterdam and IBFD. Master's degree in Law by Università Cattolica del Sacro Cuore. Corporate Tax Officer in a leading investment company since 2020.</p> |
| <p>15:30hs-17:15hs: Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos: MAP, Arbitragem e os Desafios para Países Emergentes</p> <p>Alina Miyake (Moderadora). Mestranda em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo. Advogada associada no Junqueira Ie Advogados.</p> <p>Roberto Quiroga Mosquera (Presidente). Professor USP e FGV. Doutor e Mestre PUC-SP. Advogado.</p> <p>Natalia Quiñones. Professora de Direito Tributário Internacional na Universidad de los Andes. Doutoranda em Direito Tributário pela Amsterdam University. <i>LL.M.</i> pela New York University (Gerard Wallace Scholar). Sócia no escritório Quiñones Cruz em Bogotá, Colômbia.</p> <p>Claudia Pimentel. Mestranda do Programa de Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Comparado do IBDT. Coordenadora-geral de Tributação da Secretaria da Receita Federal do Brasil.</p> <p>David Rosenbloom. Professor Visitante de Direito Tributário e Diretor do Programa de Direito Tributário Internacional da New York University. J.D. pela Harvard Law School (<i>magna cum laude</i>). Sócio no escritório Caplin & Drysdale, Chartered.</p> <p>Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro. Professor do Curso de Especialização em Direito Tributário</p> | <p>15:30hs-17:15hs: Alternative Dispute Resolution: MAP, Arbitration and Challenges for Emerging Countries</p> <p>Alina Miyake (Moderator). Master's student in Tax Law at University of São Paulo. Associate lawyer at Junqueira Ie Advogados.</p> <p>Roberto Quiroga Mosquera (President). Professor at USP and FGV. Doctor and Master PUC-SP. Attorney.</p> <p>Natalia Quiñones. International Tax Law Professor at Universidad de los Andes, Bogota. PhD Candidate in Tax Law at Amsterdam University. LL.M. (Gerard Wallace Scholar) from New York University. Partner at Quiñones Cruz in Bogota, Colombia.</p> <p>Claudia Pimentel. Master's student in International Tax and Comparative Law at IBDT. General Coordinator of Taxation at Brazilian Revenue Service.</p> <p>David Rosenbloom. Visiting Professor (James S. Eustice) of Taxation and Director of the International Tax Program at New York University School of Law. J.D. from Harvard Law School (<i>magna cum laude</i>). Partner at Caplin & Drysdale, Chartered.</p> <p>Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro. Professor of the Specialization Courses at IBDT. Professor of the LL.M. Course at PUC-Campinas. Master's Degree and PhD in Economic, Financial</p> |

| | |
|--|---|
| <p>Internacional do IBDT. Professor do <i>LL.M.</i> em Direito Tributário da PUC-Campinas. Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP. <i>LL.M.</i> em Direito Tributário Internacional pela New York University (Arthur T. Vanderbilt Scholarship). Sócio do Bocater, Camargo, Costa e Silva, Rodrigues Advogados.</p> | <p>and Tax Law from University of São Paulo. Partner at Bocater, Camargo, Costa e Silva, Rodrigues Advogados.</p> |
| <p>17:30hs-18:45hs: International Taxation On-demand: Q&A</p> <p>Leonardo Aguirra de Andrade (Moderador). Professor Colaborador do Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Comparado do IBDT. Doutor e Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da USP. <i>LL.M.</i> Georgetown University Law Center. Sócio do escritório Andrade Maia Advogados.</p> <p>Carlos Otávio Ferreira de Almeida (Moderador). Professor do Mestrado em Direito Tributário Internacional do Instituto Brasileiro Direito Tributário (IBDT). Professor Coordenador da Pós-graduação <i>Lato Sensu</i> em Direito Tributário da PUC-Campinas. Professor da Pós-graduação Direito e Economia da Unicamp. Pesquisador Visitante na Vienna University of Economics and Business (Áustria). Doutor em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP. Mestre em Direito Público pela UERJ. Mestre em Direito Tributário pela University of Florida-Levin (EUA).</p> <p>Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva (Presidente). Mestre pela USP. Conselheira IBDT.</p> <p>Mateus Calicchio Barbosa. Doutorando e Mestre em Direito Tributário pela USP. Professor convidado do Curso de Especialização em Direito Tributário Internacional do IBDT. Advogado em São Paulo.</p> <p>Ricardo Maitto. Professor IBDT. Mestre pela USP.</p> <p>Raphael Asséf Lavez. Doutorando e Mestre em Direito Econômico, Financeiro e Tributário e Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário.</p> | <p>17:30hs-18:45hs: International Taxation On-demand: Q&A</p> <p>Leonardo Aguirra de Andrade (Moderator). Professor of the Professional Master's Degree in International and Comparative Tax Law at IBDT. Doctor and Master in Economic, Financial and Tax Law from the Faculty of Law of USP. <i>LL.M.</i> Georgetown University Law Center. Partner at Andrade Maia Advogados.</p> <p>Carlos Otávio Ferreira de Almeida (Moderator). Professor of the Master's Degree in International Tax Law at the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT). Coordinating Professor of the <i>Lato Sensu</i> Post-Graduation in Tax Law at PUC-Campinas. Professor of the Postgraduate Law and Economics at Unicamp. Visiting Researcher at the Vienna University of Economics and Business (Austria). Doctor in Economic, Financial and Tax Law from USP. Master in Public Law from UERJ. Master in Tax Law from the University of Florida-Levin (USA).</p> <p>Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva (President). Master by USP. IBDT advisor.</p> <p>Mateus Calicchio Barbosa. Doctoral student and Master in Tax Law at USP. Guest professor of the Specialization Course in International Tax Law at IBDT. Lawyer in São Paulo.</p> <p>Ricardo Maitto. IBDT Professor. Master by USP.</p> <p>Raphael Asséf Lavez. PhD candidate and Master in Tax Law and LLB at the University of São Paulo. Specialist in International Taxation at the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT). Professor of postgraduate courses (IBDT, Fipecafi, Ibmecc/Rio). Partner at Rivitti e Dias Advogados.</p> |

Professor de cursos de pós-graduação (IBDT, Fipecafi, Ibmecc/Rio). Sócio do Rivitti e Dias Advogados.

Perisson Lopes de Andrade. Mestre em Direito Tributário Internacional pelo IBDT. Pesquisador do Núcleo de Pesquisas do IBDT (NUPEN), em tributação de novas tecnologias.

Dora Pimentel Mendes de Almeida. Mestranda em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Especialista em Direito Tributário e em Direito Tributário Internacional pelo IBDT. Advogada no Demarest Advogados

Alina Miyake. Mestranda em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo. Advogada associada no escritório Junqueira Ie Advogados.

Simone Musa. Sócia do Trench, Rossi, Watanabe Advogados.

Perisson Lopes de Andrade. LL.M. in International Taxation at the Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT (Brazil). Researcher at the IBDT Research Center (NUPEN), in taxation of new technologies.

Dora Pimentel Mendes de Almeida. Masters candidate in International Tax Law at the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT). Specialist in Taxation and International Taxation at the IBDT. Attorney at law in Demarest Advogados.

Alina Miyake. Master's student in Tax Law at University of São Paulo. Associate lawyer at Junqueira Ie Advogados.

Simone Musa. Partner at Trench, Rossi, Watanabe.

Sumário

| | |
|--|----|
| Programa do IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional... | 5 |
| Apresentação..... | 31 |
| Report: International Taxation of the Digital Economy: Articles 12-A, 12-B and Other Issues of Emerging Countries | |
| Nereida de M. F. Horta..... | 35 |
| Tributação dos Serviços Técnicos pelo IRRF e o Art. 12-A da Convenção Modelo da Organização das Nações Unidas | |
| NEREIDA DE M. F. HORTA | |
| I. Introdução | 49 |
| II. IRRF sobre os serviços técnicos e de assistência técnica no Brasil.... | 50 |
| II.a. Legislação aplicável..... | 50 |
| II.b. Evolução da jurisprudência na aplicação dos Tratados | 52 |
| III. Art. 12-A do Modelo da ONU | 56 |
| III.a. Definição de serviços técnicos e royalties | 59 |
| III.b. Introdução do art. 12-A em novos tratados | 62 |
| IV. Conclusão | 65 |
| V. Referências bibliográficas..... | 66 |
| A Tributação Internacional da Economia Digital: a Perspectiva Brasileira | |
| RODRIGO MAITO DA SILVEIRA | |
| I. Introdução | 68 |
| II. Aspectos gerais sobre a tributação da economia digital no Brasil.... | 68 |
| II.1. Tributação do consumo e intangíveis | 69 |
| II.2. Tributação da renda do não residente nas operações com software | 70 |
| II.3. Tributação aplicável na importação de intangíveis em geral ... | 71 |
| II.4. Importação de intangíveis e aplicação de tratados contra a bitributação..... | 73 |
| II.5. Tributação de criptoativos..... | 74 |
| II.6. Impressão 3D: serviço ou industrialização? | 75 |
| III. A adoção, pelo Brasil, do art. 12-A da Convenção Modelo da ONU na celebração de novos tratados contra a bitributação..... | 76 |
| Referências..... | 81 |
| The United Nations Article 12B: is It a Best Fit for African Countries? | |
| LUTANDO MVOVO | |
| 1. Background | 83 |

| | |
|---|----|
| 2. Overview of Article 12B of the UN Model | 83 |
| 3. Emergence of unilateral digital taxes in Africa | 86 |
| 3.1. Digital Service Tax in Kenya..... | 86 |
| 3.2. Digital tax in Zimbabwe | 88 |
| 3.3. Significant economic presence in Nigeria | 88 |
| 3.4. African tax administration forum suggested approach to drafting Digital Service Tax..... | 90 |
| 4. Benefits of Article 12B of the UN Model for African countries | 92 |
| 5. The downside of the Article 12B of the UN Model | 92 |
| 6. Conclusion | 93 |

Report: Fiscal Residence Dilemmas: Digital Nomads, Home Office and Other Situations

| | |
|---------------------------------|----|
| Leonardo Thomaz Pignatari | 94 |
|---------------------------------|----|

A Tributação dos “Nômades Digitais”: Quem são, Onde residem, Onde trabalham?

LEONARDO THOMAZ PIGNATARI

| | |
|--|-----|
| Introdução | 100 |
| 1. “Nômades digitais”: quem são? | 100 |
| 2. “Nômades digitais”: onde residem?..... | 103 |
| 3. “Nômades digitais”: com o quê e onde trabalham? | 109 |
| 4. Conclusão | 114 |
| 5. Bibliografia..... | 115 |

Quando um Nômade Digital pode criar Uma Presença Tributária para seu Empregador?

MARTA OLIVEROS CASTELON

| | |
|--|-----|
| I. Introdução | 118 |
| II. Prática alemã | 119 |
| II.1. Jurisprudência acerca da criação de EP em virtude de trabalho remoto prestado por consultor..... | 119 |
| II.2. Como será a tributação do <i>new normal</i> ? | 125 |
| III. <i>De lege ferenda</i> : considerações de política fiscal..... | 128 |
| IV. Conclusão | 132 |

Dilemas da Residência Fiscal: Nômades Digitais, Home Office e Outras Situações

RICARDO MARIZ DE OLIVEIRA

| | |
|---|-----|
| I. Introdução – lei brasileira sobre a residência..... | 133 |
| II. Normas brasileiras perante normas internacionais | 137 |
| III. Nômades digitais e <i>home office</i> | 139 |
| IV. A possível interferência de tratados internacionais | 142 |
| V. Conclusão | 146 |
| Bibliografia | 147 |

Report: Challenges, Advantages, and Disadvantages of the OECD Standard of Transfer Pricing in Brazil: APA, Safe Harbours and Other Topics

Gabriel Bez-Batti..... 148

As Regras Brasileiras de Preços de Transferência e o Princípio da não Discriminação

GABRIEL BEZ-BATTI

1. Introdução 152
2. A regra prevista no art. 24 (5) das Convenções Modelo da ONU e da OCDE..... 153
3. O art. 24 (5) das Convenções Modelo da OCDE e da ONU 155
4. Os comentários ao art. 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE..... 157
5. As regras de preços de transferência no Brasil 158
6. As regras de preços de transferência no Brasil e a não discriminação prevista no § 5º do art. 24..... 162
7. As regras de preços de transferência no Brasil e a não discriminação prevista no § 4º do art. 24..... 164
8. Bibliografia 168

Pros, Cons and Challenges of the OECD Transfer Pricing Standard in Brazil

ÁGATA UCEDA

- Conclusions 172

Tax Policy Considerations on the Abandonment of the Brazilian Fixed Margins Regime

AITOR NAVARRO

1. Introduction..... 173
2. Setting the context: tax policy considerations on the simplicity of tax law 175
3. Advantages of the OECD transfer pricing standard when compared to the fixed margins regime..... 177
4. Disadvantages of the OECD transfer pricing standard when compared to the fixed margins regime 179
5. A misleading starting point in the discussion: criticism of the 2019 “Transfer Pricing in Brazil” report and the full adoption of the OECD standard..... 182
6. Conclusions..... 185

Report: Pillar One: Perspectives of Developed and Developing Countries

Cláudio Márcio Tartarini 187

Report: International Taxation of the Digital Economy in Emerging Countries: Articles 12A and 12B and Other Issues

Isabel Garcia Calich da Fonseca / Ramon Tomazela Santos 191

Single Tax Principle: a Distância (Bem Maior que a de um Braço) entre “Ideias” e “Normas Jurídicas Cogentes”

LUÍS FLÁVIO NETO

| | |
|---|-----|
| 1. Introdução | 195 |
| 2. A (in)existência de um contemporâneo regime de direito tributário internacional..... | 196 |
| 3. O <i>single tax principle</i> como razão de decidir da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça | 200 |
| 4. Questionamentos a respeito da aplicação de uma “ideia doutrinária” como se “princípio” fosse..... | 203 |
| Bibliografia..... | 205 |

Transparência Fiscal Internacional e a Definição de Sigilo: Violação a Direito Fundamental?

MARTHA TORIBIO LEÃO

| | |
|--|-----|
| Introdução | 207 |
| I. Proteção aos dados <i>versus</i> proteção da circulação de dados – o dispositivo constitucional | 209 |
| II. Proteção aos dados <i>versus</i> proteção da circulação de dados – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal..... | 211 |
| III. As consequências dessa discussão para a Transparência Fiscal Internacional..... | 216 |
| Conclusões | 218 |
| Bibliografia | 219 |

Desafios do Nexo Tributário na Economia Digital e na Era do Metaverso

MARCUS LÍVIO GOMES / DORIS CANEN / GIOVANNA FAILACHE

| | |
|--|-----|
| Introdução | 221 |
| 1. Elementos de conexão no direito tributário internacional: do modelo dos negócios físicos aos digitais | 222 |
| 2. Os novos modelos de negócios no contexto digital..... | 227 |
| 3. O novo desafio: a tributação do Metaverso | 230 |
| Considerações finais | 234 |
| Referências bibliográficas..... | 234 |

Report: “Pillar Two”: Practical Challenges for Emerging Countries

Bruno Cesar Fettermann Nogueira dos Santos

241

Pillar Two: Subject to Tax Rule – Selected Issues

KINGA ROMANOVSKA

| | |
|---|-----|
| 1. General remarks | 244 |
| 2. Covered payments between connected persons | 245 |
| 3. Adjusted nominal rate | 246 |
| 4. Simplifications | 247 |

| | |
|--|-----|
| 5. Implementation | 248 |
| 6. Conclusion | 248 |
| Pillar 2 and Global Tax Governance between Liberal International Order and Westphalian Order | |
| LUÍS EDUARDO SCHOUERI / BRUNO CESAR FETTERMANN NOGUEIRA DOS SANTOS | |
| 1. Introduction | 250 |
| 2. Liberal International Order x Westphalian Order | 253 |
| 3. Pillar 2 objectives and the GloBE: the global minimum taxation proposals | 256 |
| 4. Pillar 2 between Liberal International Order and Westphalian Order | 261 |
| 5. Conclusions | 266 |
| 6. References..... | 267 |
| Report: Taxation of Disruptive Technologies | |
| Erlan Valverde..... | 271 |
| Metaverso – Propriedade e Qualificação nos Tratados Internacionais para evitar a Dupla Tributação | |
| FERNANDO AURELIO ZILVETI | |
| 1. Introdução | 276 |
| 2. Metaverso e propriedade virtual | 278 |
| 3. Qualificação para o direito tributário nacional | 283 |
| 4. Qualificação nos acordos para evitar a bitributação | 286 |
| 5. Conclusão | 290 |
| Referências..... | 291 |
| Report: Exchange of Information: Opportunities and Challenges for Emerging Countries | |
| Rodrigo Alexandre Lazaro Pinto | 294 |
| O Papel da Transparência Fiscal Internacional na Concretização de Direitos Humanos | |
| RODRIGO ALEXANDRE LAZARO PINTO | |
| 1. Introdução | 297 |
| 2. Transparência fiscal no direito internacional | 300 |
| 3. A transparência fiscal como instrumento de arrecadação de fatos geradores dotados de estraneidade..... | 302 |
| 4. Os direitos humanos na perspectiva do contribuinte com dados compartilhados pelo AEOI..... | 305 |
| 4.1. A proteção da privacidade e sigilo bancário | 305 |
| 4.2. A proporcionalidade do compartilhamento de dados para início de uma fiscalização..... | 310 |

| | |
|---------------------------------|-----|
| 5. Conclusão | 313 |
| Referências bibliográficas..... | 314 |

Transparência e Concorrência Tributária Prejudicial: Contexto e Iniciativas no Plano Internacional e Interno

MISABEL ABREU MACHADO DERZI / FREDERICO MENEZES BREYNER

| | |
|---|-----|
| 1. Introdução | 317 |
| 2. Globalização e concorrência tributária internacional..... | 317 |
| 3. Tratados internacionais e a concorrência tributária internacional | 319 |
| 4. A Ação 5 do Plano BEPS..... | 321 |
| 5. A abordagem da “guerra fiscal” do ICMS no plano nacional e a transparência tributária..... | 323 |
| 6. Conclusão | 326 |
| 7. Referências..... | 327 |

Report: ESG and International Taxation: Trends in the European Union (EU) and Emerging Countries

Fabio Luiz Gomes Gaspar de Oliveira..... 330

ESG Tax: a Herald of Change in International Tax Policy? A Perspective on Tax Morale, Soft Law, Hard Law, ESG, SCR and How Those Concepts can be Converging in the New International Tax Order

FABIO LUIZ GOMES GASPAS DE OLIVEIRA

| | |
|--|-----|
| Introduction..... | 338 |
| Can tax save the world? | 339 |
| CSR, ESG, morality and tax: how did we get here? | 341 |
| The case for ESG Tax adoption..... | 343 |
| Final remarks..... | 347 |

ESG – Tributação no Ambiente Brasileiro: a Importante Missão dos Órgãos de Administração das Empresas

ELIDIE PALMA BIFANO

| | |
|---|-----|
| 1. Introdução | 348 |
| 1.1. Generalidades | 348 |
| 1.2. O que é o ESG?..... | 348 |
| 1.3. O que é o Tax/ESG ou ESG/Tributação? | 350 |
| 1.4. Quem é o responsável pelo Relatório de Transparência Fiscal? .. | 351 |
| 2. Breves considerações sobre o ambiente tributário brasileiro..... | 352 |
| 2.1. Antecedentes de Transparência Fiscal: DVA e MP 66 | 352 |
| 2.2. Relatório de Transparência Fiscal: seu conteúdo | 353 |
| 3. A obrigação de pagar tributos e o Relatório de Transparência Fiscal. | 354 |
| 3.1. Moral Fiscal – <i>Tax Morale</i> | 354 |
| 3.2. Solidariedade social | 355 |
| 3.3. Temas relevantes no Relatório de Transparência | 356 |

| | |
|--|-----|
| 3.4. As boas intenções e a insegurança jurídica..... | 358 |
| 4. O tema nos Conselhos e Comitês, no Brasil, e os tributaristas..... | 358 |
| Report: International Taxation on Demand: Q&A (Second Day) | |
| Clara Gomes Moreira / Roberto Codorniz Leite Pereira | 360 |
| Report: PPT Clauses in Double Taxation Agreements: Recent Developments | |
| Raphael Assef Lavez..... | 367 |
| Reflexões Acerca da Interpretação e Aplicação do <i>Principal Purpose Test</i> (PPT) a Partir do Caso Alta Energy | |
| RAPHAEL ASSEF LAVEZ | |
| Introdução | 374 |
| 1. O caso Alta Energy: controvérsias e a decisão da Suprema Corte do Canadá..... | 376 |
| 1.1. Fatos do caso e panorama normativo | 376 |
| 1.2. Principais argumentos trazidos pela Suprema Corte do Canadá | 379 |
| 2. Do caso Alta Energy para o teste do objetivo principal (PPT) da OCDE. | 382 |
| 2.1. O elemento objetivo: “o objeto e a finalidade das disposições pertinentes desta convenção” | 382 |
| 2.2. O elemento subjetivo e a relevância do benefício (cuja obtenção possa ser razoavelmente concluída como um dos principais objetivos do arranjo ou negócio) | 391 |
| Conclusões | 392 |
| Referências..... | 394 |
| Recent Developments in the Application of the “Object, Spirit and Purpose Test” in a Tax Treaty Context: the Canadian Experience | |
| CATHERINE ANNE BROWN | |
| Part 1..... | 396 |
| Part 2..... | 398 |
| The majority | 398 |
| The minority decision | 399 |
| Part 3..... | 401 |
| O Teste Propósito Principal em Acordos de Bitributação e o Princípio da Certeza | |
| KAROLINE MARCHIORI DE ASSIS | |
| 1. Considerações iniciais..... | 404 |
| 2. A cláusula PPT..... | 405 |
| 3. O princípio da certeza..... | 407 |
| 4. Análise da compatibilidade da cláusula PPT com o princípio da certeza..... | 410 |

| | |
|---|-----|
| Conclusões | 415 |
| Referências..... | 416 |
| Report: The Post-BEPS Beneficial Owner Concept: Anti-Abuse Measures and Financial Compliance | |
| Perisson Lopes de Andrade | 419 |
| Impact of Major Post-BEPS Changes to the OECD Model and Commentary on the Understanding and Application of the Concept of Beneficial Ownership | |
| BŁAŻEJ KUŹNIACKI | |
| 1. Introduction..... | 432 |
| 2. Background to the analysis | 433 |
| 3. Impact of the new title and the new preamble of the OECD model on the understanding and application of the concept of BO..... | 437 |
| 4. Impact of the addition of the PPT (art. 29(9)) to the OECD model on the understanding and application of the concept of BO..... | 443 |
| 5. Impact of the addition of the LOB (art. 29(1)-(8)) to the OECD model on the understanding and application of the concept of BO | 446 |
| 6. Conclusions..... | 448 |
| Beneficial Ownership in the Context of “Hybrid Transfers” | |
| PATRICIA A. BROWN | 449 |
| Report: Most-Favoured Nation Clauses in Tax Treaties: Recent Developments and Trends | |
| Dora Pimentel Mendes de Almeida..... | 455 |
| Comentários sobre a Relevância das Cláusulas de Nação mais Favorecida nos Tratados para Evitar a Dupla Tributação | |
| MARCELO SALLES ANNUNZIATA | |
| 1. Breve introdução ao tema e objeto de estudo | 463 |
| 2. Princípio da não discriminação tributária em tratados internacionais | 463 |
| 3. Cláusula da nação mais favorecida..... | 464 |
| 4. Aplicações mais recentes da referida cláusula e perspectivas para o futuro do comércio internacional..... | 466 |
| 5. Conclusões | 468 |
| Recent Developments on the Application of the Most Favoured Nation Clauses in Tax Treaties. The Indian Case Study | |
| GAETANO MANZI / NUPUR JALAN | |
| 1. Introduction..... | 469 |
| 2. Facts assessed in the Circular | 470 |
| 3. What the Circular (should have) said | 472 |

| | |
|---|-----|
| 3.1. Unilateral Decree/Bulletin/Publication do not represent shared understanding of the treaty partners on applicability of the MFN clause | 473 |
| 3.2. Conditionality for the third State being a member of the OECD on the date of conclusion of the DTT | 476 |
| 3.3. Application of the MFN beneficial treatment from the date of entry into force of the DTT with the third state and not from the date the third state becomes an OECD member | 480 |
| 3.4. Requirement of notification under Section 90 of the Income-tax Act, 1961 | 484 |
| 4. Binding nature of the Circular | 486 |
| 5. Conclusive remarks..... | 488 |
| | |
| Some Policy Considerations Regarding Most-Favoured-Nation Provisions in Tax Treaties with Special Reference to the Position of the Netherlands | |
| JAN DE GOEDE | |
| 1. Introductory remarks, relevance in practise of MFN-clauses and the diversity in these | 489 |
| 2. The policy of the Netherlands regarding MFN provisions and recent case law directly affecting the Netherlands | 491 |
| 3. Possible relevance of the MLI and the OECD/Inclusive Framework Pillar structure..... | 498 |
| 4. MFN activation clauses to be discussed in the panel..... | 500 |
| 5. Summarizing and concluding remarks..... | 503 |
| | |
| Report: Alternative Dispute Resolution: Mutual Agreement Procedure, Arbitration and Challenges for Emerging Countries | |
| Alina Miyake | 507 |
| | |
| Procedimento Amigável em Sentido Estrito e a Experiência Brasileira: os Caminhos Necessários entre a Evolução Normativa e a Eficácia Prática do Instituto no País | |
| ALEXANDRE LUIZ MORAES DO RÊGO MONTEIRO / ALINA MIYAKE | |
| Introdução e delimitação do objeto de pesquisa..... | 517 |
| 1. Breve contextualização dos mecanismos de solução de controvérsias no âmbito do Direito Tributário Internacional e o papel do MAP..... | 518 |
| 1.1. Evolução histórica..... | 518 |
| 1.2. CM-OCDE | 518 |
| 1.3. Outros exemplos (ONU e US Model) | 523 |
| 2. O MAP nas convenções para evitar a dupla tributação celebradas pelo Brasil | 524 |
| 2.1. O procedimento amigável até 2016..... | 524 |
| 2.2. A implementação dos <i>minimum standards</i> : as IN RFB n. 1.669 e 1.846 | 525 |

| | |
|---|-----|
| 3. O necessário aperfeiçoamento do instituto e algumas soluções de <i>lege ferenda</i> para o incremento de sua eficácia prática..... | 530 |
| 3.1. Atualização e renegociação dos acordos para evitar a dupla tributação celebrados pelo Brasil | 531 |
| 3.2. Negativa de acesso ao MAP quando a autoridade competente entende não ser uma reclamação “justificada” | 535 |
| 3.3. Outras sugestões relevantes para incremento da eficácia do MAP no País..... | 537 |
| 3.4. Compatibilidade e adequação entre o MAP e o ambiente normativo em que as controvérsias tributárias estão inseridas | 538 |
| 4. Síntese conclusiva | 545 |

A Recomendação do Pilar 2 para limitar a Dedutibilidade de Pagamentos Intragrupo contraria Injustificadamente os Princípios da Igualdade e da Renda Líquida

LEONARDO AGUIRRA DE ANDRADE

| | |
|--|-----|
| 1. Introdução | 547 |
| 2. A recomendação do Pilar 2 para limitar a dedutibilidade de pagamentos intragrupo como medida de combate ao abuso | 551 |
| 3. A capacidade contributiva em sentido objetivo como critério de aplicação da igualdade e o princípio da renda líquida..... | 553 |
| 3.1. <i>Single taxation</i> | 556 |
| 3.2. A condição de pertencer a um grupo multinacional como critério inválido de diferenciação | 563 |
| 4. Conclusões | 568 |
| Referências..... | 569 |

Report: International Taxation on Demand: Q&A (Third Day)

Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva / Leonardo Aguirra de Andrade 575

Apresentação

A nona edição do tradicional *Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional*, realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT em parceria com o Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – DEF/FD-USP, teve como mote a tributação internacional e o papel dos países emergentes em um contexto pós-pandemia da Covid-19. A economia mundial passou por uma forte retração, não apenas em razão da diminuição das atividades produtivas, mas especialmente por uma desordem alocativa causada pelas restrições de tráfego e de circulação de pessoas e bens. Mais recentemente, ainda que a pandemia tenha sido razoavelmente controlada, essa delicada situação econômica internacional foi agravada pela inesperada eclosão da guerra entre Rússia e Ucrânia.

Os desafios no campo da tributação transfronteiriça em um cenário cada vez mais complexo foram abordados por renomados juristas brasileiros e palestrantes de países como África do Sul, Alemanha, Argentina, Áustria, Canadá, Colômbia, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, França, Holanda, Índia, Inglaterra, Itália, Peru, Polônia, Portugal, Rússia e Suíça. Ao longo de três dias, foram discutidos temas de tributação envolvendo economia digital e os Pilares I e II da Ação 1 do BEPS, tecnologias disruptivas, dilemas relacionados à mudança de residência fiscal de pessoas físicas, aspectos relacionados à adoção do padrão OCDE no tocante ao controle de preços de transferência, transparência fiscal e compartilhamento de dados entre países, responsabilidade fiscal institucional, e, no âmbito dos tratados contra a bitributação, foram abordados a cláusula de nação mais favorecida, os desdobramentos recentes do conceito de beneficiário efetivo, o teste do propósito negocial e os métodos alternativos de resolução de conflitos.

O resultado não poderia ter sido melhor. Um *Congresso* de alto nível técnico e de qualidade impecável, confirmando que os objetivos dos coordenadores, das instituições organizadoras e dos participantes em geral foram plenamente alcançados. Além de deixar o caminho aplainado para edições futuras, o Congresso deste ano serviu para, mais uma vez, confirmar a vocação brasileira em endereçar, opinar, discutir e criticar construtivamente os mais variados tópicos de tributação internacional.

Os *Anais* que ora apresentamos à comunidade acadêmica retratam, portanto, a partir de artigos, resenhas e relatórios dos painéis, a melhor essência do *IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional*. Que o material aqui colacionado possa servir de matéria-prima valiosa ao estudo e ao desenvolvimento do Direito Tributário Internacional.

Espera-se que, com o arrefecimento da pandemia, os *Congressos* vindouros possam ser novamente realizados de forma presencial no Salão Nobre da FD-USP, em benefício do fortalecimento dos laços de amizade e de admiração recíproca que unem os estudiosos e os aplicadores do Direito.

Cabe, por fim, uma palavra final de imenso agradecimento a todas as pessoas e instituições, sejam patrocinadoras, sejam apoiadoras, que contribuíram para a realização desse *Congresso*. A contribuição e o empenho de todos os envolvidos enobrecem ainda mais a missão de contínua divulgação e de desenvolvimento do Direito Tributário.

Os Coordenadores

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

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

PROGRAMA – 26 de abril de 2022 (Terça-feira)
PROGRAM – April 26th, 2022 (Tuesday)

Report: International Taxation of the Digital Economy: Articles 12-A, 12-B and Other Issues of Emerging Countries

Nereida de M. F. Horta

Master's Candidate in International Tax Law and Development
at the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT).

Abstract

This report aims to inform about the main content presented on Panel "International Taxation of the Digital Economy: Articles 12-A, 12-B and other issues of Emerging Countries" held at the IX Brazilian Congress of International Tax Law – IBDT/USP. The event occurred between April 26th and 28th, 2022 on Zoom, and discussed the subject "International taxation and economic recovery: the role of Emerging Countries".

Keywords: digital economy, Brazil, Russia, South Africa, Articles 12-A and 12-B of United Nations Model Double Tax Convention (UN Model), Pillar One, Pillar Two, United Nations Model Double Taxation Convention, OECD¹ Model Tax Convention.

1. Introduction

The Congress opened with the panel "International Taxation of the Digital Economy: Articles 12-A, 12-B and other issues of Emerging Countries" with distinguished panelists representing the academia and business practices. It took place on April 26th and was split into two blocks. The topic discussed during the first block focused on the domestic legislation and the main tax aspects of the digital economy in Brazil, Russia, and Africa. The second block was about the Article 12-A and 12-B and the treaties signed by those same countries. After these two topics, there was a presentation with conclusions and final comments highlighting the impacts of these two articles on Emerging Countries.

The panel was chaired by Simone Dias Musa and discussions were moderated by Nereida de M. F. Horta. The key speakers were Rodrigo Maito da Silveira, Victor Matchekhin and Andrés Báez Moreno, members of academia; and Lutando Mvovo, Executive Head of International Tax at Vodacom and attorney of the High Court of South Africa.

After the introductions made by the moderator, Rodrigo Maito da Silveira took the floor.

¹ Organization for Economic Co-operation and Development – OECD.

2. Taxation of digital economy

2.1. Brazil

After the introductions made by the moderator, Rodrigo Maito da Silveira took the floor and started talking about Brazilian taxation on digital economy and its evolution. His initial observation was that the tax policy in Brazil is pioneering as always sought to privilege the right to withhold the various income received by the non-resident in the country. Besides the withholding income tax, there is the consumption tax. Due to the fact that the digital economy is constantly changing, it is difficult for the tax legislation to keep up. When referring to the import of intangible or services, mainly in relation to software and cloud computing, the main question is the qualification of the amount to be paid to a non-resident. In many cases, the difficulty to define passes through the fact that if there is or not a service that is being rendered or if the nature of such payment is royalties or, in case there is sale and purchase, a capital gain. Brazil has chosen for long time to subject the technical services to several taxes, income and consumption tax.

In general, the following taxes are levied on the import of services by a Brazilian importer:

| Type of taxes | Rate |
|--|-----------------------------|
| WHT – Withholding income tax | 15% or 25% (*) |
| Cide – Contribution for Intervention in the Economic Domain | 10% |
| PIS/Cofins – Contribution to the Social Integration Program ("PIS-importation") and Contribution to the Social Security Financing ("Cofins-importation") | 9.25% |
| ISS – Services Taxes | 2-5% |
| IOF – Taxes on the Foreign Exchange | 0.38% or 6.38% ² |

(*) The 25% is the general rule and 15% is applicable for the remittance of technical services, when Cide of 10% is applicable. The 25% will always apply if the beneficiary is located on a low-tax jurisdiction.

Regarding Brazilian legislation, the definition of technical services was never clear. In 2014, Brazilian tax authorities published an infra legislation – Normative Instruction of Brazilian Tax Administration No. 1455, dated March 6th, which reasonably defined technical services, as "the execution of a service that depends on specialized technical knowledge or that involves administrative assistance or consultancy carried out by independent professionals or with an employment relationship, or even arising from automated structures, with a clear technological content". This definition is subject to some criticism for being too broad and making it difficult, by exclusion, to

² IOF at 0.38% will be 0% as of 2029; and, at 6.38%, which is related to acquisitions through credit card, that will be reduced as of 2023 to be zeroed by 2028.

define what a non-technical service is. If the services provided are not classified as technical, taxes levied are the same as technical, except for the withholding income tax that will be at rate of 25% and Cide that will be not applicable. In case the non-resident receives royalties, it will not be subject to PIS and Cofins taxes. Therefore, Brazil taxes the intangibles and technical services, however, the biggest challenge is to identify the nature to apply the appropriate tax treatment.

In addition to the difficulty to identify the nature of the income owed to the non-resident, there is the lack of adequate compliance, mainly related to the imports carried out by individuals (B2C) and when paid by credit card. It is very complicated for the tax authorities to audit the taxes levied, except for the withholding income tax that is checked by the financial institutions that closes the foreign exchange agreement based on Brazilian Central Bank rules.

With respect to consumption tax, for long time, there was the discussion if subject to ICMS – Value-added tax on sales and services, a tax levied by the States and Federal District; or, to ISS – Services tax, levied by the municipalities. The debate was since the Complimentary Law No. 116/2003, which ruled the ISS, was changed to include the digital economy such as data storage, streaming, electronic games, any monitoring by satellites, etc. On the other side, the States required ICMS specially on the transactions involving the off-the-shelf software.

In February 2021, Federal Supreme Court in the judgement of the Direct Unconstitutionality Actions (ADI) No. 5659 and No. 1945, changed the old understandings related to ICMS tax on the off-shelf-software (which is not very common today as users downloads software and not uses off-shelf-software), its final decision excluded the ICMS tax to subject the software to ISS only.

In 2015, with the Constitutional Amendment (CA) No. 87, the competence of the States in Brazil was divided in relation to ICMS levied in the interstate B2C transactions. Normally, the State of Origin would subject the goods to ICMS. With the CA, the State of Destination also charges its ICMS.

Regarding cryptocurrencies, in Brazil there is no clear legislation. Cryptocurrencies are not recognized as mandatory currency for local transactions. The regulations are just tax ancillary obligations, in a very timid way, listing the returns to be filed by individuals and corporates to calculate the capital gain/loss when transferring the cryptocurrencies. The tax administration understanding is that any result related to transactions with cryptocurrencies is a capital gain/loss. Capital gain is subject to withholding income tax that varies from 15% to 22.5%. The compliance is applicable also to exchange matters.

Regarding 3D printing, tax administration published answer to an advance tax ruling request (Solução de Consulta No. 60/2021), expressing the understanding that it is subject to Excise Tax (IPI) as there is a transformation (a type of industrialization), unless there is a customization or a specific service related, such as a dentist using the 3D printing in a patient, when this is considered a service.

Professor Rodrigo concluded by saying that, in Brazil, there is no specific measures to encompass the digital economy as discussed in the BEPS – Base Erosion Profit Shifting Project, but there are regulations that, in some way, answer the questions related to the challenging digital economy.

2.2. *Russia*

Victor Matchekhin was the next speaker. He explored the Russian taxation of the digital economy and the reason why this type of taxation was applied. He explained that in Russia the international taxation applies the old school standards for taxation of international income, then, there is concept of Permanent Establishment and the withholding income tax mostly at 20%. Basically, Russia follows the OECD Model approach. The concept is that there is no Russian taxation on service unless there is a permanent establishment or a fixed base. Even if there is no tax treaty, Russia does not tax, unless it is royalties, dividends, capital gains and similar income, which are taxed on international transactions. The same occurs in relation to the taxation of IT companies as Russia does not demonstrate intend to impose tax on digital services, such as other countries. There was an initiative to implement such taxation, the potential tax Policy list included digital economy, however it was removed and back again, still not much progress.

In 2017, five years ago, the 'Google Tax' was introduced, which is truly a VAT on the sale of e-services, or services delivered over the internet or another similar electronic network in an automated fashion with the use of information technology (IT). It was first applied for big companies with a very high threshold. The VAT tax rate is around 16,67% on gross sales. In 2019, Russian authorities request to foreigners without any physical presence to make a registration. At first, the registration included a lot of activities that were after decreased. Big companies followed the registration procedures, files income tax return and pays taxes accordingly. Russian tax authorities, then, included more services to be subject to the VAT registration and decreased the threshold, as a result almost all cross-border electronic services consumed in Russia had to be registered. The big problem with this registration was that Russian rules do not work with group basis, but only individual company; therefore, in a group with 15 companies rendering services to Russian consumers, there was 15 registrations to be done. Some group of companies had to restructure their activities in Russia to put all Russian related operations in one legal entity. In addition to the registration, there was some technical procedures and problems with the services and lack of detail on the definition of the services.

At the end, the Russia VAT rule is very short, not too many details on the services related.

Russian business customer withholds the VAT (acting as a tax agent) from the payment for the e-services provided to a foreign provider and then recovers the VAT if the necessary conditions for VAT recovery are met. He commented that OECD was

not really happy when they realized that Russia introduced the VAT rules, however, there is no negative reaction from other countries and it works, even with the need some adjustment.

For Russian customers, there is no limitation to deduct the amount paid to foreign providers and no countries are black-listed, not mattering who is providing the service. Globally, Russia follows Pillar One, general support with nothing special.

A requirement not tax related nature, started this year of 2022, which is IT Giants Landing Law, stating that big companies that renders some electronic services should have a legal entity in Russia. It is not tax law, but, technically, when incorporated in Russia, consequently, they are subject to Russia taxes and compliance, but no extra taxes. It is not an instrument as digital services tax. Definitely, there is no consistent policy on digital economy in Russia and this may be because Russia has its own IT industry and cross border IT industry, it has analogy of Google, Facebook, Amazon, WhatsApp etc. Having that, when the Russian companies do not think about taxation, they see the other countries following its same position, therefore, there is no interest on creating a digital service tax to not have an equal answer from other countries.

In addition, the relevant impact in Russian Budget is the tax derived from Oil & Gas sector, not digital economy. Therefore, tax administration does not think that they should spend time with a sophisticated taxation system for digital services. At last, Professor Victor explained that Russian tax administration is now focused on taxation of offshore transactions, which does not include IT industries or digital services.

2.3. Africa

Lutando Mvovo was the next speaker and presented content related to the digital economy in Africa. He informed that South Africa was the first one to introduce the digital service tax which occurred in 2013, even before OECD published its guiding. Requirement of non-resident providers to register. Several African countries have expanded the scope of their indirect taxes to cover digital services. So far, few countries have introduced unilateral measures focusing on taxing direct digital services that are Kenya, Zimbabwe, and Nigeria. Mozambique has recently announced through the Minister of Finance, that they intend to introduce by December 2022, a tax on the digital platform and, based on the announcement, the new rules will apply to resident and non-resident.

The Association of African Tax Administration Forum (ATAF) that has 38 members – African countries also introduced what they called the "Suggested Approach to Drafting Digital Service Tax Legislation" this is to guide the members to digital tax measures specifically what is called direct taxes.

2.3.1. Kenya

Regarding Kenya, the digital services tax was going to be implemented in 2019 as the announcement. However, there was a delay in introducing the legislation that in-

tended to cover digital services tax and VAT at the same time. The initial intention announced was to tax income generated through digital market place by non-resident and, when the legislation was published, it applied to resident also. This was ruled because they wanted to avoid other countries to impose tariffs or retaliated matters if only foreigners were taxed. The digital service tax was introduced only in 2020 through a Finance Act 2020 and it came to effect on January 1st, 2021.

Applies on the provision of the following services denominated digital services:

“Downloadable digital content; over-the-top, electronic booking or electronic ticketing services; provision of search engines and automated help desk services; subscription bases media including news, magazines and journals; electronic data management including website hosting, cloud storage; provision of digital market place”.

With respect to the taxation, it is not focusing only where the payment is made but it also where there is value creation in Kenya. It applies to both resident and non-resident with permanent establishment in Kenya or non-resident without permanent establishment. If there is permanent establishment for non-resident or for resident it is an advance of the income tax due, and, for non-resident without permanent establishment is considered final tax.

The tax rate is of 1.5% of the gross transaction value.

What is excluded are services of a licensed financial services providers (FSP) carrying on online services facilitating payments (mobile money), lending, trading of financial instruments, *commodities* or foreign exchange, etc.

2.3.2. Nigeria

Regarding Nigeria, it also announced to introduce in 2019. They decided to introduce as they were frustrated with the long process that OECD was taking to the consensus on such taxation. Kenya and Nigeria are members of the OECD inclusive framework, and both participated in those discussion. The significant economic presence (SEP) in Nigeria was the option to focus to expand the scope to non-resident. This is different from what Kenya has done, as the tax is on revenue not income, and in Nigeria opted to have a threshold that is a gross turnover or income in excess of N25million (approximately USD65,000.00).

Taxable income included in the gross income and taxed at corporate income tax rate of 30%. The income of the non-resident that meets the threshold included in the taxable income will be taxed at 30%.

Non-resident will have SEP in Nigeria if it provides the following activities:

- Streaming and downloading services of digital contents;
- Transmission of data collected about Nigerian users generated from user's activities on websites;
- Provision of goods or services through digital platform to Nigeria;

- Provision of intermediation services through digital platform, websites or other online applications that link suppliers and customers in Nigeria;
- Use of Nigerian domain name (.ng) or registers a website address in Nigeria.

The following payments were excluded:

- To employees;
- For teaching at an educational institution; or,
- By foreign fixed base of a Nigerian company.

The effective date was in February 3, 2020, initially, but there were delays and due to the Covid-19 and some consultation.

2.3.3. Zimbabwe

Regarding digital tax in Zimbabwe, it was also announced in 2019. Zimbabwe was the fastest African country to announce the taxation of non-resident e-commerce platform. In terms of the rules, any payment by a resident to a non-resident e-commerce operator for the provision of services or delivery of goods to Zimbabwe resident is deemed to be a source to be in Zimbabwe.

The definition of an e-commerce operator is:

"Operator selling, providing, or delivering services from outside Zimbabwe by use of a telecommunication network or electronic means (and whether mediated by computers or mobile telephones or other devices) to customers or users in Zimbabwe".

Then, this covers even telecommunication companies, whether provided by computing, mobile or other services. The taxation threshold is the revenue in excess of USD500,000.00 in any year of assessment. The tax on this revenue is at a rate of 5%. From administration point of view, when the e-commerce market place meets such threshold, the e-commerce operator must appoint a representative in Zimbabwe within 30 days of becoming liable to tax.

Original effective date was 2019 and moved August 31, 2020, but there were delays and it was announced early this year that must be postponed to March by the Minister of Finance this year due to service provider that was going to collect the tax for the government.

2.3.4. ATAF

At the end, Lutando explained about the Guide that was published by African Tax Administration Forum (ATAF). He informed that ATAF attends as an observer in the OECD Inclusive Framework discussion. Based on the request from some of its members, some of them are not in the OECD Inclusive Framework, to draft of legislation in digital economy "Suggested Approach to Drafting Digital Service Tax Legislation" (Draft). The background related to this Guide is that the African countries that partic-

ipate in the OECD Inclusive Framework are a total of twenty-six. Two of them (Kenya and Nigeria) decided to not implement the OECD inclusive framework two-Pillar approach. Then, only twenty-four countries that are members of the Inclusive Framework have adopted. As twenty-nine are not part of the Inclusive Framework, then, a total of thirty-one African countries are not adopting the two-Pillar approach for taxation of digital economy. This was one of the reasons why ATAF publish a guide to drafting digital services tax legislation for its member.

The purpose of this Draft is to provide to the members that are considering introducing a digital service tax a suggested structure and content for developing their legislation. ATAF suggests digital services tax to be levied on the portion of revenue relating to the participation of users in country and apply to gross revenue, amongst other criteria. ATAF also suggested a long list of activities that should become covered by the DST. The suggestion is a digital service tax rate in a range of 1% to 3%. Since this tax will be levied on revenues, there will be no tax credit for example and, their view is that this DST should be chargeable in 12-month accounting period of the company or the ultimate parent company of the multinational enterprises group. This 12-month accounting period created administrative costs for the companies under the scope of digital services.

Lutando touched the second block subject saying that the consensus of the countries that are members of ATAF is that Article 12-B seems to focus on the person that makes the payment is located and most of African countries do not really see any payments made to non-resident digital companies. However, their view is that there is value creation and user participation in form of advertising from their jurisdictions. In their view, the Article 12-B does not focus on user participation or value creation. They have serious issues with that. This is the reason why we have DST in Kenya with significant presence, and, in Nigeria, it extends to the user participation; and ATAF also extends to value creation.

3. Articles 12-A and 12-B of UN Model Convention

Rodrigo Maito da Silveira initiated the second block presenting the reach of Articles 12-A and 12-B in a very resumed way. The objective of Article 12-A is to allow the State of Source to tax digital services income up to a certain limit. This Article is concurrent, and it is an open tax rules since the State of source may tax and the State of Residency may also tax but this last one is obliged to include some mechanism to avoid double taxation such as tax credit or tax exemption. What calls our attention in this Article is that there are situations that are excluded from such as payments made by individuals when acquiring for their own consumption.

The Article 12-A was introduced in 2017 and Article 12-B, in 2021. The Article 12-B also allows the State of Source to tax up to a certain limit the income from automated digital services, that are online advertising services, data storage, networks, search sites, cloud computing, and others. The Article 12-A allows the State of Source

to tax technical services; and 12-B to tax digital services. This UN initiative is an answer to the challenge of the digital economy. He explained that usually technical services income was normally considered in Article 7 – business profit – or Article 14³ – independent professionals, to be taxed in the State of Residency only, however, digital economy provoked another view and in order to adequately share the income, it was allowed to the State of Source to Tax.

3.1. Brazil

Regarding Brazilian approach, Rodrigo Maito da Silveira explained that Brazil taxes at source practically all income, independently of their nature, except sale of goods. Initially, out of 37 treaties signed by Brazil, only tax treaties signed with Austria, Finland, France, Japan and Sweden do not make technical services payment equivalent to royalties, then, it is taxed in the State of Residency. The others made this correspondence. He noticed that, in this panel, Brazil is the one that signed a smaller number of tax treaties.

In 2000, through Cosit Declaratory Act No. 1/2000, the tax authorities understood that technical services were subject to Article 22 ("Income not Expressly mentioned"), which was revoked by Interpretative Declaratory Act No. 5/2014. This last Act determines that the cross-border remuneration for technical services, with or without transfer of technology, paid to countries with which Brazil has signed a Tax Treaty shall fall under:

- Article 12 (royalties), if the protocol of the Tax Treaty expressly states that technical services are included in the concept of royalties, allowing Brazil to impose WHT on the royalty payments to Contracting States;
- Article 14 (independent personal services), if (a) the provision of services relies on the technical qualification of a person or group of people; (b) the Tax Treaty allows the taxation in Brazil; and (c) Article 12 does not apply. Such Article 14 would grant Brazil the right to tax the remittances under certain situations; and,
- Article 7, provided that Articles 12 and 14 do not apply. In this case, Brazil would not be allowed to impose WHT unless there is a permanent establishment of the service provider in Brazil.

There are taxpayers who argue in judicial courts that the equalization of royalties and technical services should not be applied.

Having that, for Brazil is very common to tax at source since this is the manner that its tax treaties are negotiated. Our domestic legislation, Normative Instruction No. 1455/2014 already includes digital services taxation which leaves small room to

³ This article was excluded already from the OECD Tax Model Convention.

avoid the taxation of the digital services. What Brazil has done in relation to Article 12-A? This Article was inserted in treaties signed with Uruguay, Swiss, Singapore to subject to a 10% withholding income tax rate; and still, they equalize the technical assistance to royalties. The main problem is that the Article 12-A does not apply to payment made by individual, for their own consumption, and the equalization rule is not strong to allow the taxation at source (in Brazil) in those treaties. Therefore, the technical services would be captured by Article 7 – business profit or Article 14 – independent professionals. In his understanding, the inclusion of Article 12-A in Brazilian tax treaties would be a shrinkage, not an evolution, if Article 12-B is not included. He raised that still remain a doubt if the Article 12-A will not prevent discussion related to allocation of revenue as per Tax Treaties, based on the long-time discussion about that in Brazil.

3.2. Russia

Victor Matchekhin explained that Russia has a lot of tax treaties, a total of 85 tax treaties. In 2022, it was terminated the tax treaty with Netherlands. This was because Russia, two years ago, started a campaign to increase tax rate on dividends and interest and renegotiated with Cyprus which accepted, and Russia promised to make the same with other States. It renegotiated with Luxembourg and Malta. Next would be, with Netherlands that did not accept. Now, the negotiations are on hold with Switzerland, Singapore, and Hong Kong.

In relation to Articles 12-A or 12-B, Russia is not active in taxing services, including digital services, there is thought in a VAT perspective, not under income tax. There is no taxation unless it is linked to a royalties or permanent establishment. Nothing in domestic law to tax digital activity in the absence of physical presence unless payment is done by a Russian corporate resident (source taxation). There are some Article 12-A type articles, but it is not very common. A similar wording in different articles can be found such as treaty with India and Botswana are driven by partners' states. Most of the Tax Treaties were published before the discussion about digital tax services. Special Article 12-A type was introduced with Oman (not in force), and it is an exceptional case. Russia is not active in this field. There is no special provision on technical services at all; and, in Russia, the negotiation is not known, making not clear if there is any negotiation on those articles. It is not clear the scope of technical services provisions whether if Russia is accepting the idea of the counterparty or negotiating a new concept. It is not part of Russian domestic policy, as Professor Victor Matchekhin said in the first block.

3.3. Africa

In Africa, more than 95 countries have withholding income tax on technical services fees. There are only two countries that do not subject the fees to withholding income tax, which is South Africa and Mauritius. The definition of technical services

fee is very broadly to include management, consultancy, and administrative services, which always creates a problem with negotiations. Some African countries include an article to define technical services fees, but this is not a rule. The lack of clear definition led to Court decisions, for example, the McKinsey and Company Inc case related to Kenya–South Africa tax treaty because Kenya has withholding income tax at 20% on technical services fee and this is not ruled in the tax treaty. Due to this situation, Kenyan tax authorities understood that the 20% withholding income tax should apply as there is nothing related to technical fees in the tax treaty that would prevent them to withheld. On the other hand, South African tax authorities viewed this approach as evaluation of the tax treaty as the withholding tax would apply only if the payment were made to a non-resident with permanent establishment. Kenyan Tax Appeals Tribunal ruled in favor of the taxpayer on the grounds that when the tax treaties do not contain a separate article regarding technical services, such fees should be characterized as business profits.

Prior to the introduction of Article 12-A, the Southern Africa Development Community (around sixty African countries) introduced a regional tax model stating the policy to negotiate the tax treaties. In general, the definition is very broad to include almost everything as technical services fee. This text model does not address the issue of interpretation and some inconsistencies regarding that. When the UN Model Convention was updated, the Southern African Development Community and ATAF Model Tax Convention were updated also including Article 12-A, because the UN Model is viewed by them as global convention specifically intend to assist developing countries.

There are few African countries with new Tax treaties in force that included Article 12-A: Angola–Portugal, Angola–United Arab Emirates; Botswana–United Arab Emirates; Lesotho–Mauritius (both ATAF member); and Lesotho–Swaziland. There are treaties that are still not in force but included Article 12-A: Kenya–China; Kenya–Mauritius; Kenya–Barbados; Kenya–Ireland; Ghana–Norway; Ghana–Morocco; and Angola–Cape Verde.

Lutando mentioned that there were some recent negotiations that did not include this article and it is not clear to him why it was not included, and the countries decided to stick with the old version of technical services fees taxation. He observed that, in the new treaties that included de Article 12-A and there is nothing related to digital services tax, he believes that, in the newer future, this should be amended to include Article 12-B.

4. Possible conclusions

Professor Andrés Báez Moreno was the final speaker. He had published the article "Critical Reflections on the New Article 12B of the UN Model on Automated Digital Services" in the *World Tax Journal*, 2021, pp. 501-532. He initiated exposing about some possible conclusions regarding digital services tax in Brazil, Russia, and Africa.

He said he would like to contrast what he heard about digital services tax in Brazil, Russia and Africa, under the OECD and UN Convention Model, making a distinction.

His first conclusion was related to Digital Economy and VAT. At first, he observed that this is an easy conclusion as actually written in BEPS Section 1 Final Report, 2015, the only rational and really clear content of the report.

He observed that the Russia registration was not unique as European countries followed the same path when following the conclusions of BEPS Action 1 Final Report on two very specific issues values imports and digital services rendered by non-resident. In his view, this is the logical outcome of all this process and without the registration, the tax authorities may not have the control. He explained that the small companies are impossible to control, only the big ones can be controlled, then, the final result is that all countries are moving to tax the big players.

Continuing, he said that there is a very asymmetric valuation of the so called "Mini one stop shop scheme" (MOSS) – the system of registration for foreign digital services providers. Some says it was a big success as there are 1200 operators registered; and some say it was not as there are more than 1200 operators acting in Europe. Therefore, it depends on the point of view, and if the focus is to tax the big companies, reached the result.

His second conclusion refers to Digital Services taxes, Equalization Levies, and all similar to that. He observed that Brazil is very peculiar due to the domestic treaty policy position in the past; Russia is not interested; and, Africa is very similar to European and Asian countries and some Latin American countries, except for Brazil, that proliferated those digital services taxes and those unilateral measures. In his view, the OECD was the one that was very worried, not very happy, with the proliferation of those unilateral measures and the one that initiated this process. In BEPS Action 1 Final report 2015, OECD suggested equalization levies together with withholding taxes and significant digital presence as a possible solution for the digital services problems. This was not endorsed by OECD as BEPS was a compilation of the information; however, as three solutions were listed, the message was that these three solutions were a proper way to go, and the countries decided to follow one of the OECD suggestions. Therefore, OECD should not complain about the unilateral measures as the countries are following the OECD suggestions. The fact that nobody knew the meaning of equalization levy solution and that equalization levy solution or indirect tax solution was created in BEPS Action 1 Final Report is not true because India had already approved it in 2014. Then, back in 2015, everybody knew what the solutions were. He does not support the equalization levy and does not accept the complaint related to equalization levy and digital services taxes or similar.

With respect to Pillar One and Pillar Two and digitalization services taxes, he questioned:

How will they live together in the future? The idea of the Pillar One and Two solutions or new architecture is still today, in 2022, very imprecise. We had two statements

making it clear that the emergency needs of these two Pillars. Specially the Pillar One would end the digital services taxes and similar unilateral measures. So, in theory, all those countries that are studying two-Pillar approach or are assuming or compromising to the commitments and the agreements of the Inclusive Framework will have to end with deal of the services taxes starting in October 2021.

He pointed what was said by Lutando Mvovo by his speech he brought that many countries, even the ones already committed to the agreements of the Inclusive Framework, do not feel compelled to end up or not introduced new digital services tax. He understands their position because Pillar One is very much still open, we do not know what it is coming and if Pillar One will be exist in the end. Pillar Two proposed directive in Europe has not been endorsed finally by European Union. We do not know if we will have a situation that Pillar Two will be introduced without Pillar One. This the reason why Poland is saying no to be committed to Pillar Two as it is not clear that there will be some from Pillar One. If not, it will not have the agreement. This is the thought of the developing countries in relation to the termination of their digital taxes: they do not know if Pillar One will be a reality. The way Pillar One and Pillar Two are being constructed, it seems that OECD is only focusing on Pillar Two. If there were the interest in having both Pillars, the process must be different, building these Pillars in symmetrical manner. Pillar One is very slow and being constructed while Pillar Two has already the rules in 'black and white' (still need some clarifications but the rules are there). There are no rules for Pillar One.

Regarding UN works on Services and Emerging Countries, which is the topic of this panel, he explained that the UN is much more related to the need and practices of the Emerging Countries. He understands that in the beginning it was a chaos. Before 2017, there were Emerging Countries, and Brazil was not the exception, claiming to taxing rights of digital services. Even though digital economy is not exclusively about services, it is mainly about services, specifically about intermediation services and mainly advertisement services. Those are the relevant ones nowadays. At first, many countries were trying to negotiate bilaterally sometimes with a clear model and trying to get additionally, or even primarily taxing rights on service in the State of source. Every country was acting as they did not have a model provision. The problem was that every country acted somehow guided by its national model or somehow accepting the policy of the treaty partner without a clear indication of whatsoever how this provision had additional taxing rights of the services provider, in the absence of a permanent establishment and physical presence. He interpreteates that this is the problem we have witnessed worldwide. He thinks that Brazil is a case in point. He has witnessed the discussion on the protocol of whether the transference of technology is necessary or not necessary; and what is technical and not technical. He knows that Brazil feels very special talking about this discussion. But this is the same discussion that we have in many countries. Lutando Mvovo mentioned similar discussion in Africa about the scope of this provision of technical services fees. There are similar problems in India,

for example, where there was huge litigation. His understanding is that this is the starter of the inclusion of the Article 12-A. Then, the Article 12-A was not only claiming additional source taxation for Emerging Countries, but it was needed to put some order in the chaos and define how to tax digital services in the absence of a permanent establishment and physical presence. There is a high probability of being introduced by including in the UN Model Convention; and having the provision and the model with the Article 12-A was, in fact, a very good idea as this is already in almost 600 treaties (as it was mapped). Russia will not apply but other BRICs will. However, remain a huge problem which is that the almost 600 treaties are all different. The Article 12-A has the seed of its self-destruction, because it could have been a practicable and simple policy and good approach to the tax digital services for Emerging countries and non-Emerging Countries. The *hara kiri* was the fact that the commentary to the Article 12-A excluded, without a legal reason, the digital services from the concept of fee for technical services. He explained that he was there in Geneva, when, after years of work, everybody agreed that every service is a technical service, and this was the idea during the studies. Suddenly, a self-restriction that automated digital services were excluded and there was no legal reason for that, in his view.

This is the reason why it was needed to create Article 12-B. If Article 12-A had digital services, we would not need, 4 years later, the Article 12-B. By doing that, two main problems:

- It is not possible to redempt Article 12-A, because it was understood that automated digital services were not included. With Article 12-B, it is not possible to amend Article 12-B;
- Now there are two articles, one covering technical services fees, and the other, automated digital services. They all have theoretically exactly the same philosophy, exactly the same approach and the same reasons. They have dramatical differences that include totally unneutral situations depending on whether you are dealing with ordinary services, whatever they are, or automated digital services.

In his view, the Article 12-B has been, by far, the worst decision taken by UN Committee from its very creation in 2018 together with Principal Purpose Test – PPT and Pillar One. The solution is very difficult, and he thinks and advises that the solution will come by countries not negotiating any treaties with Article 12-B but sticking to the situation of the Article 12-A that, they have in their treaties or that will have in the future, is enough to also cover automated digital services. Nowadays, the only treaty in the world containing something similar to Article 12-B is the treaty between Peru and Switzerland. The Brazil–Argentina tax treaty has similarity to Article 12-B. The result is that there are almost 600 hundred tax treaties with articles similar to Article 12-A; and the Article 12-B is negligible and should maintain like that.

Tributação dos Serviços Técnicos pelo IRRF e o Art. 12-A da Convenção Modelo da Organização das Nações Unidas

Nereida de M. F. Horta

Mestranda em Direito Tributário Internacional pelo IBDT. Advogada em São Paulo.

I. Introdução

A promoção do desenvolvimento de um país requer conhecimento de sua vocação, qual o setor econômico que quer privilegiar, como incentivar seu crescimento tanto no âmbito interno como no internacional, no qual é imperioso se debruçar em transações com outros países. Conhecendo sua vocação e objetivo, sua tributação trilha o mesmo caminho evitando a nefasta competição fiscal, a qual não traduz ganho a ninguém e acaba por corroer a base tributável de um país, desviando-o da neutralidade. Dentre os modelos econômicos tradicionais de tributação dos lucros em bases universais aplicável às transações internacionais, temos a Neutralidade de Exportação de Capitais (CEN ou *Capital Export Neutrality*), a Neutralidade da Propriedade de Capitais (CON ou *Capital Ownership Neutrality*) e a Neutralidade de Importação de Capitais (CIN ou *Capital Import Neutrality*).

O Brasil não tem claro sua tendência em relação aos modelos propostos de neutralidade, mas não há dúvidas de que, em relação ao capital tecnológico, somos um país importador. Nosso foco é importar serviços técnicos especializados e de assistência técnica, com alto nível de qualificação internacional, no campo do comércio internacional. Fato esse que vivenciamos na pandemia, as vacinas tiveram que ser importadas, não sendo possível nossa produção para satisfazer toda a população. Nossa participação no setor tecnológico também não é significativa, não nos sobressaímos nessa área, não é nossa característica. Assim sendo, é mais comum empresas residentes e domiciliadas no Brasil celebrarem contratos com empresas estrangeiras com o objetivo de transferência de tecnologia do que o contrário.

Assim, nesse setor, nosso foco seria tributar a renda de um residente ou não residente igualmente dentro do país, conjugar para obter capital para financiamento do próprio país. Tivemos várias tentativas de incrementar nosso setor tecnológico com diferentes políticas de propriedade intelectual, mas ainda não deixamos de ser remetentes de divisas quando se trata de contratos na área de tecnologia. Em relação à tributação, esta tem sido cada vez maior sobre as remessas efetuadas ao exterior, impedindo que nossas empresas sejam competitivas. Além das indefinições em relação à natureza dos valores que são remetidos se deveriam ser considerados royalties ou remuneração por serviços técnicos e assistência técnica ou outro rendimento. A seguir, discorreremos sobre a tributação de serviços

técnicos e de assistência técnica no Brasil, e como uma das mais importantes atualizações feita na Convenção Modelo da Organização das Nações Unidas de 2017, publicada em 2018, pode nos impactar – o art. 12-A, dedicado exclusivamente à remuneração de serviços técnicos.

II. IRRF sobre os serviços técnicos e de assistência técnica no Brasil

II.a. Legislação aplicável

O conceito de serviços técnicos e de assistência técnica está disposto no art. 17, inciso II, alínea “a”, da Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil (RFB) n. 1.455/2014, *in verbis*:

“a) serviço técnico a execução de serviço que dependa de conhecimentos técnicos especializados ou que envolva assistência administrativa ou prestação de consultoria, realizado por profissionais independentes ou com vínculo empregatício ou, ainda, decorrente de estruturas automatizadas com claro conteúdo tecnológico; e b) assistência técnica a assessoria permanente prestada pela cedente de processo ou fórmula secreta à concessionária, mediante técnicos, desenhos, estudos, instruções enviadas ao País e outros serviços semelhantes, os quais possibilitem a efetiva utilização do processo ou fórmula cedido.”

Pelo acima exposto, ao mencionar que os serviços técnicos são os serviços que dependam de conhecimentos técnicos especializados ou que envolvam prestação de consultoria, direciona a um conceito fundamental de que somente devem ser considerados aqueles em que são imprescindíveis conhecimentos especializados, habilidade técnica e experiência, sem que haja transferência de informação, *know-how*, quando seriam considerados royalties. Todavia, ao incluir no conceito de serviços técnicos também os serviços que envolvam assistência administrativa, coloca uma névoa nessa definição, distanciando o que ao senso comum seria traduzido como serviços técnicos, fazendo-nos concluir que todos os serviços podem ser alcançados e considerados como técnicos. Deixando difícil para nós a definição do que não seria serviço técnico, dado que seriam os excluídos dessa definição, isto é, seria por exclusão. Nesse cenário, importante bem delimitar o contrato e descrever o que está sendo oferecido ou prestado ao beneficiário, a fim de evitar maiores questionamentos. Ademais, o acréscimo de “estruturas automatizadas com claro conteúdo tecnológico” não deixa dúvidas de que os serviços prestados dentro da economia digital estão incluídos. Quanto à assistência técnica, parece-nos mais clara a definição ao considerar como tal sempre que houver um vínculo com cessão de processo ou fórmula secreta.

Depois de trazermos a definição, passamos às regras de tributação pelo Imposto de Renda Retido na Fonte. Consoante o Regulamento de Imposto de Renda aprovado pelo Decreto n. 9.580/2018, RIR/2018, temos que:

“Art. 744. Os rendimentos, os ganhos de capital e os demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, a

pessoa física ou jurídica residente no exterior, ficam sujeitos à incidência na fonte, à alíquota de quinze por cento, quando não tiverem tributação específica prevista neste Capítulo, inclusive nas seguintes hipóteses (Decreto nº 5.844, de 1943, art. 100; Lei nº 3.470, de 1958, art. 77; e Lei nº 9.249, de 1995, art. 28):

I – as pensões alimentícias e os pecúlios;

II – os prêmios conquistados em concursos ou competições;

III – os valores correspondentes aos pagamentos de contraprestação de arrendamento mercantil de bens de capital, celebrados com entidade mercantil de bens de capital domiciliadas no exterior, observado o disposto no inciso X do *caput* do art. 755, e, quanto ao arrendamento mercantil do tipo financeiro, o disposto no art. 718 (Lei nº 9.481, de 1997, art. 1º, *caput*, inciso V; e Lei nº 9.959, de 2000, art. 1º, *caput*);

IV – as comissões e as despesas incorridas nas operações de colocação, no exterior, de ações de companhias abertas, domiciliadas no País (Lei nº 9.481, de 1997, art. 1º, *caput*, inciso VI; e Lei nº 9.959, de 2000, art. 1º, *caput*);

V – a solicitação, a obtenção e a manutenção de direitos de propriedades industriais no exterior (Lei nº 9.481, de 1997, art. 1º, *caput*, inciso VII; e Lei nº 9.959, de 2000, art. 1º, *caput*);

VI – os juros decorrentes de empréstimos contraídos no exterior, em países que mantenham acordos tributários com o País, por empresas nacionais, particulares ou oficiais, por prazo igual ou superior a quinze anos, à taxa de juros do mercado credor, com instituições financeiras tributadas em nível inferior ao admitido pelo crédito fiscal nos acordos tributários, ressalvado o disposto no inciso V do *caput* do art. 755 (Lei nº 9.481, de 1997, art. 1º, *caput*, inciso VIII; e Lei nº 9.959, de 2000, art. 1º, *caput*); e

VII – os juros, as comissões, as despesas e os descontos decorrentes de colocações no exterior, previamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil, de títulos de crédito internacionais, inclusive *commercial papers*, desde que o prazo médio de amortização corresponda, no mínimo, a noventa e seis meses, ressalvado o disposto no inciso VI do *caput* do art. 755 (Lei nº 9.481, de 1997, art. 1º, *caput*, inciso IX; e Lei nº 9.959, de 2000, art. 1º, *caput*).” (Destacamos)

“Art. 746. Os rendimentos do trabalho, com ou sem vínculo empregatício, de aposentadoria, de pensão e os rendimentos da prestação de serviços, pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior, ficam sujeitos à incidência do imposto sobre a renda na fonte, à alíquota de vinte e cinco por cento, excepcionado, no que se refere a serviços, o disposto no art. 765 (Lei nº 9.779, de 1999, art. 7º).” (Destacamos)

Com base no artigos acima transcritos, o imposto de renda retido na fonte (IRRF) à alíquota de 15% é aplicável a todos os rendimentos e demais proventos que não tenham tributação específica no RIR/2018, sendo os rendimentos de prestação de serviços sujeitos à alíquota de 25%. Todavia, com a introdução da Cide¹

¹ Cide – Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico.

pela Lei n. 10.168/2000, a remuneração por serviços técnicos e de assistência técnica passou à alíquota de 15%, conforme o art. 765 do RIR/2018:

“Art. 765. Ficam sujeitos à incidência do imposto sobre a renda na fonte, à alíquota de quinze por cento, *os rendimentos de serviços técnicos e de assistência técnica, administrativa e semelhantes derivados do País e recebidos por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior*, independentemente da forma de pagamento e do local e da data em que a operação tenha sido contratada, os serviços executados ou a assistência prestada (Decreto-Lei nº 1.418, de 3 de setembro de 1975, art. 6º; Lei nº 9.249, de 1995, art. 28; Lei nº 9.779, de 1999, art. 7º; Lei nº 10.168, de 29 de dezembro de 2000, art. 2º-A; e Medida Provisória nº 2.159-70, de 2001, art. 3º).

Parágrafo único. A retenção do imposto sobre a renda será obrigatória na data do pagamento, do crédito, da entrega, do emprego ou da remessa dos rendimentos (Decreto-lei nº 5.844, de 1943, art. 100, *caput*).” (Destacamos)

Dessa forma, a remuneração de serviços técnicos ou de assistência técnica, como definidos pela Instrução Normativa da RFB n. 1.455/2014 retrotranscritos, está sujeita à alíquota de 15% no momento do crédito, entrega, emprego ou remessa ao exterior, não havendo qualquer especificação em relação à forma de pagamento, do local ou da data em que a operação tenha ocorrido. Contudo, em relação às remunerações devidas a residentes ou domiciliados em países com os quais o Brasil possua Tratado para Evitar Bitributação, desde que não desempenhados por meio de estabelecimento permanente ou instalação fixa no Brasil, podem não estar sujeitos ao IRRF, como podemos ver no próximo item.

II.b. Evolução da jurisprudência na aplicação dos Tratados

O Brasil já tem assinados 36 tratados para evitar bitributação da renda, tendo sido aprovados e promulgados pelo Congresso Nacional os que seguem: África do Sul, Alemanha (terminado em 2005), Argentina, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, China, Coreia do Sul, Dinamarca, Emirados Árabes Unidos, Equador, Eslováquia, Espanha, Filipinas, Finlândia, França, Hungria, Índia, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Países Baixos, Peru, Portugal, República Tcheca, Rússia, Suécia, Suíça, Trinidad e Tobago, Turquia, Ucrânia e Venezuela. Foram assinados, mas não promulgados os tratados com Cingapura e Uruguai. O modelo que tem sido amplamente adotado é o da OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Curioso é que nesse Modelo da OCDE, os serviços técnicos não estão incluídos no conceito de royalties (art. 12) e, ainda, os royalties (art. 12) só são tributados pelo Estado da residência, a não ser que haja estabelecimento permanente no Estado da fonte. O Brasil não deixa de preservar sua base tributável não se alinhando totalmente à Convenção Modelo da OCDE nos tratados em que é signatário. Ocorre que essa Convenção Modelo da OCDE mais favorece os países exportadores de capital do que os importado-

res, que é o nosso caso². Dessa forma, temos adotado a Convenção Modelo OCDE parcialmente com alguns traços da Convenção Modelo da ONU³, tanto que aqui tradicionalmente se tributa na fonte (IRRF) os rendimentos relativos a royalties, o que não é compatível com a Convenção Modelo OCDE⁴. Além disso, nos protocolos, há uma peculiaridade que é considerar como tais (royalties) a remuneração por serviços técnicos e de assistência técnica, isto é, a remuneração por serviços técnicos e de assistência técnica são equiparados aos royalties, com exceção dos tratados assinados com a Áustria, Finlândia, Japão e Suécia. Certamente tudo isso decorre das negociações entre os países, mas não corresponde ao modelo e ao que tem sido aplicado majoritariamente na maioria dos países.

No Brasil, a aplicação dos Tratados, nesse quesito de prestação de serviços técnicos e de assistência técnica e royalties, percorreu um longo caminho até o entendimento atual que muito brevemente aqui discorreremos.

Iniciamos com a publicação do Ato Declaratório Interpretativo n. 1/2000 (ADI n. 1/2000), que classificou as remunerações de prestação de serviços e de assistência técnica em “com transferência de tecnologia” e “sem”. Considerou como contrato de prestação de serviços técnicos e de assistência técnica sem transferência de tecnologia, aqueles não sujeitos à averbação no Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) e registro no Banco Central do Brasil (BACEN). Quanto à remuneração por esses serviços ou assistência técnica sem transferência de tecnologia quando são devidos a residente ou domiciliado em países com quem o Brasil possua tratado, também estão sujeitos à alíquota de 25% por estarem inseridos no artigo que trata de ‘Rendimentos Não Expressamente Mencionados’. Notadamente, essa interpretação violava as normas distributivas de receitas dos tratados⁵, desconsiderando seu art. 7º (tributação dos lucros), por exemplo⁶. Na prática, dado o aspecto objetivo de averbação e registro nos respectivos órgãos, os contribuintes passaram a averbar e registrar todos os contratos de prestação de serviços técnicos ou de assistência técnica no Inpi e no Bacen a fim de garantir uma tributação mais favorável.

² ARNOLD, Brian J. *An introduction to tax treaties*. Obtido em 31 de março de 2022. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/financing/document/introduction-tax-treaties-brian-arnold>. Acesso em: 31 mar. 2022.

³ NETO, Luís Flávio. Direito tributário internacional: “contextos” para interpretação e aplicação de acordos de bitributação. *Série Doutrina Tributária* v. XXII. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 86.

⁴ DIAS JÚNIOR, Antonio Augusto Souza. A política brasileira de tributação de serviços técnicos. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 5. São Paulo: IBDT, p. 47. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTIAtual/article/view/1844>. Acesso em: 31 mar. 2022.

⁵ DIAS JÚNIOR, Antonio Augusto Souza. A política brasileira de tributação de serviços técnicos. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 5. São Paulo: IBDT, p. 48. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTIAtual/article/view/1844>. Acesso em: 31 mar. 2022.

⁶ LAVEZ, Raphael Asséf. A retenção na fonte na importação de serviços técnicos: questões não resolvidas no Caso Copesul. *Revista Direito Tributário Atual* v. 28. São Paulo: IBDT/Dialética, 2012, p. 299 a 302.

Em 2004, foi publicado a ADI n. 27, que retratou todos os serviços técnicos ou de assistência técnica, independentemente de ter ou não transferência de tecnologia, como royalties. Quando os serviços técnicos tiverem caráter profissional relacionados com a qualificação técnica de uma pessoa ou grupo de pessoas, aplicar-se-ia o art. 14 do tratado (“Profissões Independentes”). Em nenhuma hipótese será aplicado o art. 22 (“Rendimentos não expressamente mencionados”); e, a aplicação como “Lucros de Empresas” seria reduzida. Em 2006, foi publicado a ADI n. 4/2006, nesses mesmos termos.

Em 2012, todavia, o STJ – Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial n. 1.161.467 (Caso Copesul), da 2ª Turma, considerou os rendimentos de prestação de serviços técnicos ou de assistência técnica como lucros da empresa, em face dos tratados entre Brasil-Canadá e Brasil-Alemanha. Apesar de ter acertado na conclusão quanto ao conceito de lucros das empresas, a decisão não analisou a possibilidade de ser aplicada outra norma distributiva de receita, não se aprofundou. Logo após, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) emitiu o Parecer PGFN/CAT n. 2.363/2013, manifestando o entendimento de que esses contratos estariam sujeitos ao art. 7º dos tratados e não ao art. 21, impedindo a tributação na fonte pelo Brasil, alinhado com a decisão do STJ. Porém, caso houvesse disposição expressa nos próprios tratados ou em seus protocolos, acatando a tributação na fonte por serem os serviços técnicos e de assistência técnica equivalentes a royalties, deve-se observar o disposto e aplicar o art. 12 – royalties. A controvérsia, portanto, girava em torno do enquadramento de serviços técnicos e de assistência técnica entre os arts. 7º e 21. Em seguida, foi publicado a ADI n. 5/2014, revogando totalmente a ADI n. 1/2000. A ADI n. 5/2014 não fez distinção entre remuneração dos serviços técnicos ou de assistência técnica com ou sem transferência de tecnologia, e concluiu pelo seguinte tratamento:

- como royalties (art. 12), quando o protocolo contiver previsão de que os serviços técnicos ou de assistência técnica devem ser assim considerados;
- como profissões independentes ou de serviços profissionais ou pessoais independentes (art. 14), quando relacionados com a qualificação técnica da pessoa ou grupo de pessoas, e o tratado autorize a tributação no Brasil e desde que não seja tratado como royalties; ou,
- como lucros (art. 7º), quando não inseridos nos casos acima.

Portanto, deve ser observado o protocolo do tratado quando houver equivalência entre os serviços técnicos e de assistência técnica e os royalties. Passada essa etapa, se não for equivalente, deve ser verificada se são profissões independentes ou serviços profissionais ou pessoais independentes. Concluídas essas duas etapas, a remuneração pode ser caracterizada como lucros. Assim sendo, as etapas devem ser observadas a fim de revisar cada uma da distribuição das receitas propostas nos tratados.

Em 2015, no Recurso Especial (REsp) n. 1.272.897/PE, da 1ª Turma, o STJ confirmou posicionamento anteriormente aplicado pela 2ª Turma no REsp n. 1.161.467/RS, em 2012, afastando a tributação do IRRF sobre os pagamentos por serviços prestados por uma empresa na Espanha, aplicando o art. 7º do Tratado Tributário Brasil-Espanha com o argumento principal de que as receitas de serviços devem ser incluídas no conceito de lucro empresarial. Contudo, não mencionou ADI n. 5/2014.

Mais recentemente, em fevereiro de 2020, o Tribunal Federal de Recursos (“TRF”), da 3ª Região, proferiu decisão desfavorável ao contribuinte no Processo Judicial n. 5023086-93.2018.4.03.6100, em relação ao Tratado Tributário Brasil-Espanha. Como o Protocolo faz equivalência entre royalties e serviços técnicos, devem ser tributados consoante o art. 12 (royalties) e não pelo art. 7º (lucros). Portanto, alterou o entendimento anterior ao aplicar o art. 12 e a interpretação contida na ADI n. 5/2014 para considerar como técnicos os serviços prestados de consultoria financeira, gerencial e administrativa, dado que exigem profundo conhecimento e habilidades. Não houve maior aprofundamento no que seria a definição de serviços técnicos. Da mesma forma foi a decisão do STJ, no REsp n. 1.759.081/SP, ao também analisar o Tratado Brasil-Espanha, no qual restou esclarecido que a ADI n. 5/2014 deve ser aplicado, complementando a decisão de 2012 que somente tratou do alcance e do escopo do art. 7º em relação ao art. 21 dos tratados, e a relação entre tratados e legislação interna.

A Receita Federal do Brasil tem seguido nesse mesmo sentido, segundo as Soluções de Consulta Cosit, dentre outras, (i) de n. 97, de 2021, em relação ao tratado Brasil-Países Baixos, no qual os serviços técnicos são caracterizados como royalties, portanto sujeitos ao IRRF; e (ii) de n. 65, de 2018, para o tratado Brasil-Suécia, no qual esses serviços não são considerados como royalties por não haver dispositivo fazendo essa equivalência, logo não estão sujeitos ao IRRF. Também as decisões em julgamento no Carf – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais vão nessa toada, exemplificando, no Acórdão n. 2.401-006.997, da sessão de 8 de dezembro de 2019, que concluiu pela não retenção na fonte por não haver equivalência entre serviços técnicos e royalties no Tratado Brasil-França; e no Acórdão n. 2202-003. 063, de 9 de dezembro de 2015, no qual a retenção foi reconhecida por serem equivalentes consoante os protocolos dos Tratados Brasil-Países Baixos, Brasil-Noruega, Brasil-Itália, Brasil-Luxemburgo.

Por fim, atualmente o entendimento que tem prevalecido é o exposto na ADI n. 5/2014, depois dos percalços passados nesse longo caminho. Destacamos ainda que a clareza na interpretação dos serviços técnicos que estejam ou não sujeitos ao IRRF não importa apenas à empresa brasileira (contribuinte) e às autoridades fiscais, mas também há um terceiro envolvido nessa transação que são as instituições financeiras. Essas instituições são envolvidas pois, para a realização das remessas, a empresa brasileira deve celebrar contrato de fechamento de câmbio com essas instituições autorizadas pelo Bacen. Conforme o art. 9º da Lei n.

4.131/1962 e Circular Bacen n. 3.691/2013 com suas alterações posteriores, o IRRF devido deve ser analisado por essas instituições a fim de identificar se está adequado, sob pena de ser questionado por seu órgão fiscalizador, o Bacen. Dessa forma, a ADI n. 5/2014 e sua aplicação nos julgamentos deixam mais claros, mas ainda é imprescindível a delimitação do que deva ser considerado como serviços técnicos.

III. Art. 12-A do Modelo da ONU

Em 2017, foi introduzido o art. 12-A no modelo de tratado contra a bitributação da renda da ONU, uma importante atualização dedicada especificamente à tributação dos serviços técnicos. É um artigo da Convenção Modelo da ONU⁷, que diz o seguinte:

“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 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

⁷ Convenção Modelo da Organização das Nações Unidas. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf. Acesso em: 4 abr. 2022, p. 23.

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.”⁸

⁸ Em tradução livre, art. 12-A dispõe que:

“1. A remuneração por serviços técnicos decorrentes de um Estado Contratante e paga a um residente de outro Estado Contratante pode ser tributada naquele outro Estado.

2. Entretanto, sem prejuízo do disposto no artigo 14 e ressalvado o disposto nos artigos 8º, 16 e 17, a remuneração por serviços técnicos provenientes de um Estado Contratante também pode ser tributada no Estado Contratante de que provêm e de acordo com a legislação desse Estado, mas se o beneficiário efetivo dessas remunerações for residente do outro Estado Contratante, o imposto assim cobrado não excederá ____ por cento do valor bruto das remunerações [o percentual a ser estabelecido por meio de negociações bilaterais].

3. O termo ‘remuneração por serviços técnicos’ como usado neste Artigo significa qualquer pagamento em consideração a qualquer serviço de natureza gerencial, técnica ou de consultoria, exceto se o pagamento é feito: (a) para um empregado da pessoa que estiver fazendo o pagamento; (b) por ensinar numa instituição educacional ou por ensinar por uma instituição educacional; ou (c) por um indivíduo pelos serviços para seu uso pessoal.

4. O disposto nos parágrafos 1 e 2 não se aplica se o beneficiário efetivo da remuneração por serviços técnicos, residente de um Estado Contratante, exercer atividades no outro Estado Contratante de que provenham as remunerações através de um estabelecimento permanente situado no outro Estado Contratante ou realiza no outro Estado Contratante serviços pessoais independentes a partir de uma instalação fixa situada nesse outro Estado, e as remunerações por serviços técnicos estão efetivamente relacionadas com (a) tal estabelecimento permanente ou instalação fixa, ou (b) atividades comerciais relacionadas na alínea c do parágrafo 1 do artigo 7. Nesses casos, aplica-se o disposto no artigo 7 ou no artigo 14, conforme o caso.

5. Para fins deste Artigo, sujeito ao disposto no parágrafo 6, a remuneração por serviços técnicos será considerada proveniente de um Estado Contratante se o pagador for residente daquele Estado ou se a pessoa que pagar as remunerações, se residente do Estado Contratante ou não, tiver um estabelecimento permanente no Estado Contratante ou instalação fixa em conexão com a qual tem a obrigação de pagar as remunerações que foram incorridas, sendo que tais remunerações sejam provenientes de um estabelecimento permanente ou instalação fixa.

6. Para fins deste Artigo, as remunerações por serviços técnicos serão consideradas como não provenientes de um Estado Contratante se o pagador for um residente daquele Estado ou realizar atividades no outro Estado Contratante através de um estabelecimento permanente naquele ou-

Segundo o art. 12-A, ao Estado Contratante é permitido tributar a remuneração relativa a serviços técnicos específicos pagos para um residente de outro Estado Contratante, nos termos da alíquota negociada. O Estado da fonte pode tributar mesmo que os serviços não sejam prestados nele. A remuneração devida a prestadores de serviços não residentes estará sujeita ao IRRF sempre que não: (i) sejam pagos por um estabelecimento permanente ou instalação fixa localizada no Estado da fonte; e, (ii) seja suportado por um estabelecimento permanente ou instalação fixa localizada no Estado da residência.

Pelos comentários ao art. 12-A, o Estado Contratante tem direito a tributar as remunerações por serviços técnicos se forem pagos por um residente desse Estado ou por um não residente com estabelecimento permanente ou instalação fixa, não havendo necessidade desses serviços técnicos terem sido prestados dentro do Estado. Continuando, explica que até a adição do art. 12-A, a renda derivada de serviços prestados por um residente do Estado Contratante era tributável exclusivamente pelo Estado da residência, exceto se os serviços fossem prestados através de um estabelecimento permanente no outro Estado ou se fossem serviços prestados por profissionais independentes através de uma instalação fixa. Com a economia moderna, mais particularmente em relação aos serviços prestados entre países, transfronteiriços, agora é possível para uma empresa residente num Estado se envolver na economia de outro Estado sem um estabelecimento permanente ou instalação fixa e sem presença física substancial, ainda mais com o avanço da tecnologia de informação e comunicação. Dentro do debate relativo ao BEPS – *Base Erosion Profit Shifting*, as remunerações por serviços técnicos prestados podem erodir a base tributável do Estado da fonte ao não permitir que tribute tais remunerações, tendo em vista que essas remunerações são dedutíveis de sua base tributável se o devedor é residente nesse Estado ou não residente com estabelecimento permanente ou instalação fixa. Assim, a erosão da base ou transferência de lucros é uma consideração importante para a adição deste art. 12-A e tem sido um problema para os países em desenvolvimento, somada à tributação dos serviços digitais⁹. Ao possibilitar a tributação na fonte, incentiva as empresas a se en-

tro Estado ou realizar serviços pessoais autônomos através de uma instalação fixa situada naquele outro Estado e tais remunerações forem pagas por um estabelecimento permanente ou instalação fixa.

7. Sempre que, em virtude de uma relação especial entre o pagador e o beneficiário efetivo das remunerações por serviços técnicos ou entre ambos e alguma outra pessoa, o montante de remuneração, tendo em conta os serviços pelos quais são pagos, exceder o montante que foram acordados entre o pagador e o beneficiário efetivo na ausência de tal relação, as disposições deste artigo se aplicarão apenas ao valor mencionado por último. Nesse caso, a parcela excedente das remunerações permanecerá tributável de acordo com as leis de cada Estado Contratante, tendo em conta as outras disposições desta Convenção.”

⁹ ARNOLD, Brian J. The taxation of income from services under tax treaties: cleaning up the mess – expanded version. *65 Bull. Intl. Tax n. 2*. Bulletin for International Taxation IBFD, 2011, p. 17.

gajarem em atividades no Estado da fonte de forma a constituir ou criar um estabelecimento permanente a fim de obter a tributação da renda líquida em relação aos serviços técnicos prestados no ou para esse Estado. Adicionalmente, reduz o limiar de discussão existente acerca do estabelecimento permanente ao tributar na fonte sem qualquer distinção¹⁰.

Ainda nos Comentários¹¹, vimos que os países têm vivenciado uma aplicação mais restritiva das regras envolvendo serviços técnicos, além do que há interpretações diferentes que trazem mais dificuldades na aplicação pelas partes interessadas residentes e domiciliadas em países diferentes. Na Convenção Modelo da OCDE, as remunerações por serviços técnicos prestados são mais comumente consideradas como lucros das empresas (art. 7º) e tributáveis no Estado de residência, exceto se houver estabelecimento permanente no Estado da fonte, portanto, a alteração introduzida é material e importante.

III.a. Definição de serviços técnicos e royalties

De acordo com o § 3º do art. 12-A, serviços técnicos são definidos como pagamentos feitos por serviços de *natureza gerencial, técnica e de consultoria*¹². Em seus Comentários explica que a definição de remuneração por serviços técnicos prestados é exaustiva, não inclui outros pagamentos por serviços prestados e não permite referência à legislação interna de determinado Estado Contratante a fim de diminuir as incertezas na sua interpretação, além da definição já abarcar a maioria dos serviços considerados como técnicos pelas legislações internas, de qualquer alteração na legislação interna impactar os tratados celebrados, e ainda pelo fato de a Convenção Modelo da ONU evitar a referência sempre que possível.

Para o termo gerencial, o significado comum envolve a aplicação de conhecimento, técnica e experiência no controle ou administração na condução de uma empresa, os quais, quando não prestado por diretores, executivos ou empregados da empresa, são caracterizados como serviços técnicos nos termos do § 3º. Da mesma forma, devemos tratar os pagamentos feitos para um consultor pelos serviços de assessoria à administração da empresa ou seus negócios.

Para o termo técnico, deve envolver a aplicação de conhecimento especializado, habilidade e experiência a respeito da matéria. Exemplifica que as remunerações pagas por serviços prestados por profissões regulamentadas como medicina, direito, contabilidade, arquitetura, engenharia ou odontologia são consideradas

¹⁰ Convenção Modelo da ONU, p. 318 a 325. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf.

¹¹ Convenção Modelo da ONU, p. 319 e 320, §§ 3º, 4º, 6º e 7º. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf.

¹² “of a managerial, technical or consultancy nature” constante na Convenção Modelo da ONU, p. 339 e seguintes, nos §§ 60 a 107. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf.

serviços técnicos pelo § 3º. Logo, se um indivíduo recebe pagamentos por serviços profissionais de que trata o art. 14, § 2º, de um residente de um Estado Contratante, esses pagamentos seriam considerados honorários por serviços técnicos. Se os pagamentos forem oriundos desse Estado Contratante porque são feitos por um residente desse Estado ou por um estabelecimento permanente ou instalação fixa desse Estado, estarão sujeitos à tributação por esse Estado nos termos do § 2º.

Para o termo consultoria, entende que envolve a assessoria ou aconselhamento ou serviços de natureza especializada. Esses serviços podem ser considerados dentro de um significado geral de serviços de consultoria, embora possam também estar dentro do escopo de serviços de natureza gerencial ou técnica. Por fim, como não há uma definição precisa desses termos, podem se sobrepôr, ou seja, os serviços de natureza técnica podem também ter natureza de consultoria ou serviços de natureza gerencial como também podem ser serviços de natureza de consultoria. O conceito fundamental na definição de que trata o § 3º é que esses serviços devem requerer do prestador a aplicação de conhecimento especializado, habilidade e experiência ao beneficiário desses.

Segundo o § 3º, não poderão ser considerados como serviços técnicos qualquer pagamento feito: (a) para um empregado da pessoa que estiver fazendo o pagamento; (b) por ensinar numa instituição educacional ou por ensinar por uma instituição educacional; ou (c) por um indivíduo pelos serviços para seu uso pessoal.

Nos Comentários, introduziu a opção de uma aplicação mais estreita ou mais extensiva. Na interpretação mais estreita, permite-se a tributação de certas remunerações por serviços técnicos prestados, o que já tem sido praticado por vários tratados celebrados entre países em desenvolvimentos e desenvolvidos. Seriam considerados nesses casos, os serviços diretamente relacionados ao pagamento de royalties no gozo de alguma propriedade, conforme art. 12. Por outro lado, os países desenvolvidos não concordaram com essa interpretação estreita por não verem justificativas para tal redução e concordaram com uma que potencialmente se aplica a todas as remunerações por serviços. Nesse caso, o art. 12-A deveria ser alterado nos §§ 1º, 2º, 4º e 7º para inserir remuneração por serviços, sem especificar que técnicos.

Ao verificarmos o ADI n. 5/2014 em relação à definição e possíveis interpretações do termo serviços técnicos, a opção do Brasil foi tratar como royalties toda e qualquer prestação de serviços técnicos ou de assistência técnica, sem contextualizá-los como serviços acessórios a um contrato de transferência de fórmula, processo ou outro envolvendo pagamento de royalties. Para a Convenção Modelo da ONU, entende-se por royalties, consoante o art. 12, § 3º:

“3. The term ‘royalties’ as used in this Article means payments of any kind received as a consideration for the use of, or the right to use, any copyright of literary, artistic or scientific work including cinematograph films, or films or tapes used for radio or television broadcasting, any patent, trademark, design or model, plan, secret formula or process, or for the use of, or the right to use, industrial,

commercial or scientific equipment or for information concerning industrial, commercial or scientific experience.”¹³

Em seus comentários, explica que reproduz o art. 12, § 2º, da Convenção Modelo da OCDE, sem incorporar as alterações de 1992 e inclui os pagamentos por fitas. Incorpora os comentários feitos na Convenção Modelo OCDE, explicando que se refere a pagamentos pelo uso ou direito de uso de direitos de qualquer espécie, sujeitos ou não ao registro público por órgão competente. O debate em relação à autorização da inserção de serviços técnicos na definição de royalties e, portanto, sujeito à tributação pelo IRRF, está na parte em que incluem a informação quanto à experiência adquirida no setor industrial, comercial ou científico.

Como vimos, no caso do Brasil, a maioria dos tratados tem protocolos que fazem referência explícita de serviços técnicos ao art. 12, não especificando se há ou não relação com o uso de ou direito de uso de, são considerados royalties. Há tratados que consideraram somente os serviços acessórios para o “uso de ou direito de uso de”, que não é o nosso caso. Uma particularidade que temos é o caso do tratado Brasil-México, com a inclusão de cláusula de nação mais favorecida no protocolo, a qual diz que se o Brasil acordar, após a assinatura do referido tratado, com qualquer país que a remuneração por serviços técnicos estará sujeita ao art. 7º ou ao art. 14, o mesmo tratamento deve também ser aplicado em relação ao México.

A definição ampla de serviços técnicos e a definição de royalties incluindo a experiência relacionada, ou seja, um dos pontos fundamentais na definição de serviços técnicos introduzida pela Convenção Modelo da ONU, traz confusão, que deve ser ainda maior quando o contrato não for bem delimitado ou mesmo misto¹⁴, no qual mais esforço de bem proporcionalizar os pagamentos devem ser empregados para evitar questionamentos, que podem ser resolvidos com a aplicação de regras de antielisivas ou mesmo pelas regras de preço de transferência¹⁵. Nos comentários, há a recomendação para se atribuir a mesma tributação de ro-

¹³ Em tradução livre: “O termo Royalties como tratado neste Artigo significa os pagamentos de qualquer espécie recebidos como remuneração pelo uso ou o direito de uso, de um direito de autor sobre uma obra literária, artística ou científica, inclusive sobre filmes cinematográficos, ou filmes ou fitas ou gravações usadas para transmissão por rádio ou televisão, de qualquer patente, marca de indústria ou comércio, desenho ou modelo, plano, fórmula ou processo secreto, ou pelo uso, ou direito de uso, de qualquer equipamento industrial, comercial ou científico, ou por informações relativas à experiência adquirida no setor industrial, comercial ou científico.” (Convenção Modelo da ONU, p. 22 e 300. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf)

¹⁴ FALCÃO, Tatiana; MICHEL, Bob. Scope and Interpretation of article 12A: assessing the impact of the new fees for technical services. *British Tax Review* n. 3, 2018, p. 431.

¹⁵ MORENO, Andrés Báez. The taxation of technical services under the United Nations Model Double Taxation Convention: a rushed – yet appropriate – proposal for (developing) countries? *World Tax Journal* v. 7, n. 3, 2015, p. 18 e 19. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5503651/mod_resource/content/0/Andres%20Baez%20-%20wtj_2015_03_int_2.pdf.

yalties e serviços técnicos de forma a aliviar as tensões na negociação dos contratos mistos, o que também evita a possibilidade de proporcionalizar valor maior a tributação à alíquota menor.

O art. 12-A não abarca os serviços da economia digital, foram excluídos, o que conjugou para a criação do art. 12-B, em 2021. Caso não excluísse tais serviços do art. 12-A, não haveria necessidade do art. 12-B.

III.b. Introdução do art. 12-A em novos tratados

Os tratados firmados pelo Brasil, após 2017, são com os Emirados Árabes Unidos e a Suíça, que incluíram o art. 12-A proposto pela Convenção Modelo da ONU. O padrão anterior de ampliar o conceito de royalties, nos protocolos, de forma a abarcar todos os serviços técnicos e de assistência técnica foi substituído. Assim, foi incluído um artigo específico para tratar das remunerações por serviços técnicos.

O Tratado Brasil-Emirados Árabes Unidos, em seu art. 13, dispõe que as remunerações poderão ser tributadas no Estado da fonte à alíquota máxima de 15%. No § 2º do art. 13, faz referência clara ao rendimentos de “Serviços Pessoais Independentes” (em seu art. 15) de forma a evitar a sobreposição. Dada essa possibilidade de sobreposição, mister sempre analisar o disposto no art. 15 em comparação ao art. 13 para melhor designação ao caso sob estudo. Em geral, serão considerados dentro do escopo de serviços técnicos quando forem prestados sem que haja estabelecimento permanente ou instalação fixa e dentro do período de 183 dias do ano-calendário¹⁶.

O tratado dispõe a mesma definição de serviços técnicos proposta pela Convenção Modelo da ONU, a saber:

“O termo ‘remunerações por serviços técnicos’, conforme usado neste Artigo, significa qualquer pagamento como contraprestação por qualquer serviço de natureza gerencial, técnica ou de consultoria, a menos que o pagamento seja feito:

- a) a um empregado da pessoa que efetua o pagamento;
- b) em virtude de ensino em uma instituição educacional ou pelo ensino prestado por uma instituição educacional; ou
- c) por uma pessoa física para serviços de uso pessoal de uma pessoa física.”

Esclareceu que a remuneração de qualquer espécie pela prestação de serviços de assistência técnica deve ser qualificada como royalties (§ 3º do art. 12). O Tratado Brasil-Suíça segue o mesmo formato desse Tratado Brasil-Emirados Árabes Unidos. A diferença é que o Tratado Brasil-Emirados Árabes Unidos prevê a alíquota de 15%, enquanto o Tratado Brasil-Suíça tem a previsão de alíquota máxima de 10%.

¹⁶ POLIZELLI, Victor Borges. *Notas sobre a aplicação do tratado de dupla tributação Brasil-Emirados (Parte 2)*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-05/polizelli-tratado-dupla-tributacao-brasil-emirados-parte>.

Assim sendo, nos Tratados Brasil-Emirados Árabes Unidos e Brasil-Suíça, com a inserção do art. 12-A, o conceito de royalties não mais se aplica a todo e qualquer serviço técnico, como antes inserido nos protocolos. Quanto aos serviços de assistência técnica, não há dúvidas sobre o enquadramento como royalties dado que estão vinculados à transferência de informação, propriedade intelectual.

Outra alteração que tivemos em relação aos serviços técnicos está no protocolo do Tratado Brasil-Argentina assinado em 2018, foi alterado seu item 7 de forma a estabelecer que se aplica a definição de royalties (art. 12, § 3º) à prestação de serviços técnicos e de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante. Entendendo-se como prestação de serviços técnicos e de assistência técnica a execução de serviços que dependam de conhecimentos técnicos especializados ou que envolvam assistência administrativa ou prestação de consultoria, realizada por profissionais independentes ou com vínculo empregatício ou, ainda, resultante de estruturas automatizadas com claro conteúdo tecnológico; e a assessoria permanente prestada pelo cedente de processo ou fórmula secreta ao cessionário, mediante técnicos, desenhos, estudos, instruções ou outros serviços similares, os quais possibilitem a efetiva utilização do processo ou fórmula cedidos. O conceito é bem similar ao disposto na Instrução Normativa da RFB n. 1.455/2014, transcrito aqui.

Ao especificar que se aplica também a estruturas automatizadas com claro conteúdo tecnológico, indubitavelmente, inclui os serviços digitais no conceito de serviços automatizados. Essa especificação não consta dos outros tratados, inclusive Tratados Brasil-Emirados Árabes Unidos e Brasil-Suíça, portanto, os artigos inseridos não abrangem.

Nesse tratado Brasil-Argentina não resta nenhuma dúvida sobre o fato de que qualquer possibilidade de sobreposição com Rendimentos de Serviços Pessoais Independentes foi evitada com a alteração do item 9 do protocolo, dispondo que as remunerações pela prestação de serviços técnicos e de assistência técnica não estarão compreendidas no art. 14 da Convenção, mas sim no seu art. 12.

A alíquota máxima aplicável é de 10% para os serviços técnicos, conforme art. 12, § 2º.

Dessa forma, a inserção do art. 12-A nos tratados se deu, até o momento, em dois formatos. O tratado Brasil-Argentina incorporou o conceito de serviços técnicos e de assistência técnica da legislação interna brasileira (Instrução Normativa RFB n. 1.455/2014), não havendo muito espaço para o debate sobre qual deve prevalecer, se o conceito do tratado no contexto desse mesmo ou a legislação interna. Nos tratados Emirados Árabes Unidos e Suíça, foi adotada a mesma redação da Convenção Modelo da ONU, que difere da definição constante na Instrução Normativa RFB n. 1.455/2014. Assim, na dúvida quando da aplicação a um caso concreto, poderia haver influência da definição da legislação interna? Qual o conceito que deve prevalecer: o do tratado ou o da legislação doméstica? A re-

comendação, pelos Comentários à Convenção Modelo da ONU, é que não se deve se influenciar, mas buscar usar a definição contida no tratado, de acordo com as negociações feitas entre os países, analisar o art. 3º – Definições. Esse é o entendimento da maioria dos autores brasileiros¹⁷ e de Michael Lang também¹⁸. O professor de Viena diz que os termos utilizados num tratado não estão vinculados a nenhuma legislação interna, mas são originários do Direito Tributário Internacional, com o que concordamos.

No Brasil, no julgamento do caso Copesul (REsp n. 1.161.467/RS) prevaleceu a corrente de que a legislação interna deve ser utilizada quando algum termo do tratado não estiver bem definido. Verificamos isso na adoção do disposto na ADI n. 1/2000, que estaria sujeito ao IRRF por não estarem incluídas no art. 7º (lucros) as remessas para pagamento por serviços técnicos e de assistência técnica, mas no art. 21 (“Rendimentos não expressamente mencionados”). No memorial entregue pela Procuradoria da Fazenda, constante do Parecer PGFN/CAT n. 776/2011, consta que a definição de lucro da empresa de que trata o art. 7º deveria ser reenviada ao conceito da legislação brasileira. O TRF da 4ª Região entendeu que a natureza dos valores remetidos deveria ser analisada à luz da legislação interna. Não fez qualquer referência ao tratado, que se tivesse sido interpretado teria chegado à mesma conclusão sem fazer menção à legislação interna alguma. Se tivessem iniciado a análise pelos tratados, chegariam à conclusão de que houve negociação quanto à tributação daquele rendimento e acordariam que não seria tributado no Brasil, não havendo necessidade de se analisar a legislação doméstica. O ponto é que o tratado deve ser respeitado, limitando ou não a aplicação da legislação interna¹⁹.

Ao verificarmos o disposto no art. 12-A, temos que serão considerados serviços técnicos quaisquer serviços de natureza gerencial, técnica ou de consultoria. Para a Instrução Normativa RFB n. 1.455/2014, são os serviços que dependam de conhecimentos técnicos especializados envolvendo assistência administrativa ou prestação de consultoria ou ainda decorrente de estruturas automatizadas com conteúdo tecnológico. Ao compararmos, o ponto flagrante de divergência são os serviços decorrentes da economia digital – com estruturas automatizadas com conteúdo tecnológico, o qual, como já dissemos, não foi inserido no art. 12-A.

No caso do Tratado Brasil-Argentina, como já dissemos anteriormente, aplica-se aos serviços da economia digital. Mas para os outros dois tratados recentes não alcançam. Assim, para a análise de um caso concreto, primeiro temos que

¹⁷ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro, 2015, p. 81.

¹⁸ NETO, Luís Flávio. *Direito tributário internacional: “contextos” para interpretação e aplicação de acordos de bitributação*. *Série Doutrina Tributária v. XXII*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 193.

¹⁹ NETO, Luís Flávio. *Direito tributário internacional: “contextos” para interpretação e aplicação de acordos de bitributação*. *Série Doutrina Tributária v. XXII*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 193 e 194.

verificar se houve ou não transferência ou cessão de uso ou direito de uso ou mesmo da propriedade, quando estaremos diante de pagamento de royalties. Após, verificar se envolveu algum serviço prestado por algum indivíduo, quando nos parece que estaríamos diante de serviços técnicos pois é necessário algum conhecimento para trabalhar com tecnologia, todavia, não é muito comum ter um indivíduo atuando nesses casos. Normalmente, o que é disponibilizado on-line não contém muita especialização, é de natureza mais genérica, não requerendo muita técnica ou especialização. Outro fator a verificar é se o indivíduo adquiriu para uso próprio, para o que não se aplica o art. 12-A. Com isso, estariam de fora os serviços de *streaming* ou *cloud computing*. Importante também verificar que a tributação cabe ao devedor dos serviços, ao Estado da fonte onde o devedor estiver situado; se não estiver lá situado, estamos fora da abrangência do art. 12-A. Para os serviços de propaganda, que são os mais lucrativos na economia digital, como a venda é feita por uma empresa, que é proprietária de site que contém espaços publicitários, a outra empresa, que deseja anunciar seu produto, e os pagamentos são realizados pelo uso dessa plataforma digital, não se aplica o art. 12-A por não abranger serviços digitais²⁰.

IV. Conclusão

- A introdução do art. 12-A é sem dúvidas uma das mais importantes atualizações da Convenção Modelo da ONU, dedicada exclusivamente à tributação dos serviços técnicos.
- A definição de serviços técnicos adotada pela nossa legislação, consoante Instrução Normativa da RFB n. 1.455/2014, difere mais flagrantemente da definição proposta no art. 12-A em relação à prestação de serviços digitais. Esses não estão abrangidos pelo art. 12-A, tanto que foi necessário, em 2021, introduzir o art. 12-B. Em relação à assistência técnica, a legislação interna define os serviços vinculados a processo ou fórmula cedidos ou transferidos, não havendo discrepância.
- Pela evolução da jurisprudência, os tribunais têm aplicado os tratados, ao dispor que eles prevalecem em relação ao Direito interno, nos termos do art. 98 do Código Tributário Nacional (CTN). Porém, não podemos tratar o debate como sendo o que deve prevalecer, mas que os tratados devem ser respeitados, não importando se limitam ou não a aplicação da legislação interna. No julgamento do caso Copesul, o tribunal fez valer a legislação interna, de forma desnecessária, pois chegaria à mesma conclusão se tivesse utilizado o tratado, que é o que deve ser promovido sempre.
- A ADI n. 5/2014 fez valer a distribuição das receitas respeitando os tratados, corrigindo a ADI n. 1/2000 e as publicações posteriores.

²⁰ FALCÃO, Tatiana; MICHEL, Bob. Scope and interpretation of article 12A: assessing the impact of the new fees for technical services. *British Tax Review* No. 3, 2018, p. 438.

- Para a definição de determinado termo contido no tratado, nosso entendimento é como o da considerável maioria dos autores brasileiros e o do professor de Viena – Michael Lang, devemos analisar o seu alcance dentro do próprio tratado, abstando-se de trazer o disposto na legislação interna, tendo em vista que se trata de Direito Internacional Tributário e não aplicação de legislação interna de um dos Estados Contratantes.
- No Brasil, o art. 12-A foi inserido nos Tratados com os Emirados Árabes Unidos e Suíça, não abrangendo serviços prestados na economia digital; e, no protocolo do tratado com a Argentina, que incorporou a definição da nossa legislação interna se aplicando a serviços digitais.
- No caso concreto, importante analisarmos:
- A existência ou não de transferência ou cessão de uso ou direito de uso de fórmula ou processo, ou outra propriedade, quando estaremos diante de pagamento de royalties e se aplica o art. 12, para a maioria dos tratados em que o Brasil é signatário;
- A existência de algum indivíduo efetuando alguma customização, análise, pesquisa, ou outro serviço, denotando serviços técnicos pela especificidade e necessidade de especialização técnica, quando o art. 12-A pode ser invocado por serem serviços técnicos;
- Se houve aquisição para uso próprio (*streaming e cloud computing*), quando não se aplica o art. 12-A claramente;
- Se serviços de propaganda, que são os mais rentáveis dessa economia, deve-se verificar atentamente alguma customização ou se há alguma prestação de serviços visível, quando se aplica o art. 12-A;
- Se o devedor é residente ou domiciliado no Estado da fonte para termos o art. 12-A.

V. Referências bibliográficas

- ARNOLD, B. J. The taxation of income from services under tax treaties: cleaning up the mess – expanded version. *65 Bull. Intl. Tax* n. 2. Bulletin for International Taxation IBFD, 2011.
- ARNOLD, Brian J. *An introduction to tax treaties*. Obtido em 31 de março de 2022. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/financing/document/introduction-tax-treaties-brian-arnold>. Acesso em: 31 mar. 2022.
- DIAS JÚNIOR, Antonio Augusto Souza. A política brasileira de tributação de serviços técnicos. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 5. São Paulo: IBDT. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTIAtual/article/view/1844>. Acesso em: 31 mar. 2022.
- FALCÃO, Tatiana; MICHEL, Bob. Scope and interpretation of article 12A: assessing the impact of the new fees for technical services. *British Tax Review* No. 3, 2018.

- LAVEZ, Raphael Assef. A retenção na fonte na importação de serviços técnicos: questões não resolvidas no Caso Copesul. *Revista Direito Tributário Atual* v. 28. São Paulo: IBDT/Dialética, 2012.
- MORENO, A. Báez. The taxation of technical services under the United Nations model double taxation convention: a rushed – yet appropriate – proposal for (developing) countries? 7 *World Tax J.* 2015, Journals IBFD. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5503651/mod_resource/content/0/Andres%20Baez%20-%20wtj_2015_03_int_2.pdf.
- NETO, Luís Flávio. Direito tributário internacional: “contextos” para interpretação e aplicação de acordos de bitributação. *Série Doutrina Tributária* v. XXII. São Paulo: Quartier Latin, 2018.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Modelo da ONU. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf.
- POLIZELLI, Victor Borges. *Notas sobre a aplicação do tratado de dupla tributação Brasil-Emirados (Parte 2)*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-05/polizelli-tratado-dupla-tributacao-brasil-emirados-parte>.
- XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

A Tributação Internacional da Economia Digital: a Perspectiva Brasileira

Rodrigo Maito da Silveira

Mestre e Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da USP. Conselheiro do Conselho Municipal de Tributos de São Paulo – CMT/SP (biênios 2006/2008 e 2010/2012). Juiz suplente do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo – TIT (2018/2019). Diretor do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. Membro da Associação Brasileira de Direito Financeiro – ABDF, do Instituto de Pesquisas Tributárias – IPT/SP e da International Fiscal Association – IFA. Professor dos cursos de especialização e do Mestrado Profissional de Direito Tributário Internacional e Comparado do IBDT. Membro do Conselho Jurídico do SINDUSCON e da Comissão Tributária do IBRADIM. Advogado em São Paulo.

I. Introdução

A presente resenha versa sobre a postura adotada pelo Brasil no tocante à tributação da chamada economia digital, refletindo o conteúdo abordado em palestra sobre o tema, ministrada em 26 de abril de 2022 no *IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional*.

Por se tratar de uma resenha, não se pretende, nesta ocasião, esgotar ou mesmo aprofundar vários dos tópicos abordados. O propósito é meramente oferecer um panorama geral.

II. Aspectos gerais sobre a tributação da economia digital no Brasil

A economia digital tem por característica primordial o fato de as transações comerciais ocorrerem em âmbito virtual (isto é, com a anuência das partes manifestada digitalmente), além de envolverem sobretudo bens imateriais (intangíveis) oriundos de avanços tecnológicos. Exemplos dessas transações vão desde o licenciamento de software e o compartilhamento de conteúdo, até a publicidade on-line, sendo realizadas por meio de aplicativos, anúncios em páginas na internet, meios eletrônicos de pagamento, computação em nuvem, plataformas de intermediação, *streaming*, jogos on-line etc.

Tais inovações trouxeram desafios em relação à tributação, porquanto no ambiente virtual tornam-se fluidos certos conceitos jurídicos que serviam de base para a alocação da competência tributária¹.

No caso do Brasil, algumas inovações legislativas – ainda que pontuais – foram adotadas para adaptar a tributação a essa nova realidade econômica. Em maior grau, muitas das controvérsias foram endereçadas pela jurisprudência, como também pelas autoridades fiscais, seja mediante respostas a consultas ou atos infralegais.

¹ No campo da tributação na renda, são patentes os conflitos gerados pelas dificuldades de qualificação das diferentes modalidades de intangíveis.

A seguir, arrola-se o tratamento tributário aplicável para diferentes manifestações de riqueza no bojo da economia digital, sem prejuízo de possíveis críticas e controvérsias sobre sua validade.

11.1. Tributação do consumo e intangíveis

No contexto brasileiro, conflitos de competência no que toca à cobrança de Imposto sobre Serviços – ISS e de Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e a Prestação de Serviços de Transporte Intermunicipal e Interestadual e de Comunicação – ICMS sempre estiveram presentes na definição do tratamento tributário de atividades que envolviam intangíveis oferecidos de forma tecnologicamente inovadora.

Não à toa, em matéria de ISS, a Lei Complementar n. 116/2003 foi alterada na última década para incluir na lista de atividades tributáveis o armazenamento de dados², a elaboração de jogos eletrônicos independentemente da plataforma de sua execução³, o *streaming*⁴, o monitoramento e o rastreamento a distância⁵, a inserção de textos e imagens de propaganda e publicidade⁶.

Note-se que, sob a perspectiva da tributação pelo ICMS, o incremento significativo das operações de venda de mercadorias a consumidores finais não contribuintes do imposto por meio da internet (*business to consumer* – B2C) levou a mudanças nas regras de competência para exigir esse tributo, de tal forma a permitir sua repartição entre Estados de origem e destino, o que não existia antes, porquanto apenas o Estado de origem era competente para tributar⁷.

² “1.03 – Processamento, armazenamento ou hospedagem de dados, textos, imagens, vídeos, páginas eletrônicas, aplicativos e sistemas de informação, entre outros formatos, e congêneres. (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016)”

³ “1.04 – Elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos, independentemente da arquitetura construtiva da máquina em que o programa será executado, incluindo tablets, smartphones e congêneres. (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016)”

⁴ “1.09 – Disponibilização, sem cessão definitiva, de conteúdos de áudio, vídeo, imagem e texto por meio da internet, respeitada a imunidade de livros, jornais e periódicos (exceto a distribuição de conteúdos pelas prestadoras de Serviço de Acesso Condicionado, de que trata a Lei nº 12.485, de 12 de setembro de 2011, sujeita ao ICMS). (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)”

⁵ “11.05 – Serviços relacionados ao monitoramento e rastreamento a distância, em qualquer via ou local, de veículos, cargas, pessoas e semoventes em circulação ou movimento, realizados por meio de telefonia móvel, transmissão de satélites, rádio ou qualquer outro meio, inclusive pelas empresas de Tecnologia da Informação Veicular, independentemente de o prestador de serviços ser proprietário ou não da infraestrutura de telecomunicações que utiliza. (Incluído pela Lei Complementar nº 183, de 2021)”

⁶ “17.25 – Inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade, em qualquer meio (exceto em livros, jornais, periódicos e nas modalidades de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita). (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)”

⁷ A Emenda Constitucional n. 87/2015 determinou que o ICMS devido em operações interestaduais de venda a consumidor final passasse a ser repartido entre os Estados de origem e de destino das mercadorias, sendo devida ao Estado de destino esta parcela correspondente ao Diferencial de Alíquotas de ICMS (Difal). À época, tal sistemática de tributação foi regulamentada pelo Convê-

No que toca especificamente a operações envolvendo software, as divergências existentes quanto à incidência de ISS ou ICMS foi finalmente dirimida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2021, após mais de uma década do ajuizamento da ação em que se discutiu a matéria (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.945). Concluiu a Corte Suprema pela incidência exclusiva do ISS⁸, tendo em vista o fato de que, atualmente, a cessão de uso ou licenciamento de softwares não mais depende de suportes físicos (CDs, DVDs etc.) cuja tradição era representativa da circulação econômica e jurídica de mercadoria, realizando-se, ao contrário, por meio de download ou uso em nuvem⁹. Superou-se, portanto, o entendimento anterior consignado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 176.626/SP¹⁰, de que o chamado software de prateleira (isto é, software padronizado e comercializado em larga escala) estaria sujeito a ICMS, em detrimento do ISS, aplicável somente nos casos de software produzido sob encomenda.

II.2. Tributação da renda do não residente nas operações com software

No campo do imposto sobre a renda, o posicionamento do fisco brasileiro havia se consolidado na linha de que a remuneração paga a não residente (licenciante) seria preço (e não royalties), a exemplo do que ocorre na aquisição de mercadoria, concluindo-se não haver a tributação na fonte pelo IRRF¹¹. Todavia, esse posicionamento parece ter sofrido alteração, voltando-se à conclusão inicial de que o licenciamento de *software* ensejaria o pagamento de royalties, tributável

nio ICMS n. 93/2015. O Convênio passou a ser objeto de questionamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.469 e no Recurso Extraordinário (RE) n. 128.019, com repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) (Tema 1.093), o qual declarou a inconstitucionalidade do referido Convênio. Segundo entendimento firmado, a matéria deveria ter sido regulamentada mediante edição de lei complementar, e não por ato administrativo. No entanto, o STF modulou a decisão, de modo que a cobrança do Difal com base no Convênio deixasse de ser aplicada tão somente a partir de 2022. Em 4 de janeiro de 2022, foi publicada a Lei Complementar n. 190, que regulamenta a cobrança do Difal nas operações e prestações interestaduais destinadas a consumidor final não contribuinte do ICMS (a qual foi ratificada pelo Convênio ICMS n. 236/2021).

⁸ STF, Pleno, ADI n. 1.945, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 24.2.2021, publicação: 20.5.2021.

⁹ O software é definido pelo art. 1º da Lei n. 9.609/1998 como a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados. Tal definição continua atual, pois mesmo o software baixado em download em computador privado, ou rodado em servidor do licenciante ou de terceiro (com parte baixada em download, ou não), está contido em um suporte físico. A computação em nuvem também demanda propriedade e manutenção de hardware conectado à rede pela empresa que oferece esta facilidade. Todavia, não mais se transfere a propriedade desse suporte físico, de tal forma a afastar a caracterização do software como mercadoria.

¹⁰ STF, 1ª Turma, RE n. 176.626/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 10.11.1998, publicação: 11.12.1998.

¹¹ Conforme Solução de Divergência Cosit n. 27/2008.

na fonte pelo imposto de renda¹², o que, aliás, guardaria maior proximidade com o entendimento atual do STF sobre a natureza das operações com software (intangível, que não se confunde com mercadoria)¹³⁻¹⁴.

II.3. Tributação aplicável na importação de intangíveis em geral

Por outro lado, em operações de importação de outros intangíveis, com a remuneração de beneficiários residentes no exterior, o tratamento tributário varia em função da natureza jurídica dos respectivos pagamentos, cuja qualificação como royalties, remuneração por serviços, lucro ou ganho de capital também suscita controvérsias.

Em se tratando da importação de serviços que estejam relacionados à transferência de tecnologia, isto é, serviços técnicos, a remessa para não residentes ficará sujeita à incidência dos seguintes tributos:

- Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF, à alíquota de 15%¹⁵;
- Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – Cide, à alíquota de 10%¹⁶;
- PIS-Importação e Cofins-Importação, incidentes à alíquota combinada de 9,25%¹⁷;
- Imposto sobre Serviços – ISS, cuja alíquota aplicável pode variar de 2% a 5% a depender do Município em que se encontra o importador¹⁸;
- 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 o pagamento ocorrer por meio de cartão de crédito internacional¹⁹.

¹² Conforme Solução de Divergência Cosit n. 18/2017.

¹³ A Receita Federal editou o Ato Declaratório Interpretativo RFB n. 7/2014, segundo o qual as operações realizadas por empresas contratadas no exterior para disponibilizar infraestrutura para armazenamento e processamento de dados em alta performance para acesso remoto, identificada no jargão do mundo da informática como *data center*, são tributadas como prestação de serviços (e não como locação), sujeitas a IRRF.

¹⁴ Diante das diversas modalidades de transações envolvendo software (*cloud computing*, *Software as a Service – SaaS*, *Plataform as a Service – PaaS* e *Infrastructure as a Service – IaaS* etc.), é essencial a análise de cada caso em particular para averiguar a extensão da transferência de direitos de propriedade intelectual e a natureza jurídica das respectivas remunerações envolvidas, para então se determinar a tributação aplicável (cf. BAL, Aleksandra. *The sky's the limit – cloud-based services in an international perspective*. *Bulletin for International Taxation*. Amsterdam: IBFD, September 2014, p. 515-521 (p. 516)).

¹⁵ 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.

¹⁶ Cf. art. 2º, § 2º, da Lei n. 10.168/2000.

¹⁷ Cf. art. 1º da Lei n. 10.865/2004.

¹⁸ Cf. art. 1º, § 1º, da Lei Complementar n. 116/2003.

¹⁹ Cf. art. 6º da Lei n. 8.894/1994; art. 11 e art. 15-B, *caput*, e inciso IX, do Decreto n. 6.306/2007, com alterações posteriores. Note-se que o Decreto n. 10.977/2022 prevê, a partir de 2023, a redu-

Em linhas gerais, a legislação fiscal brasileira considera como “serviços técnicos” a execução de serviço que dependa de conhecimentos técnicos especializados ou que envolva assistência administrativa ou prestação de consultoria, realizado por profissionais independentes ou com vínculo empregatício ou, ainda, decorrente de estruturas automatizadas com claro conteúdo tecnológico²⁰. Trata-se de definição bastante abrangente, que engloba, senão todos, a maioria dos serviços.

Assim, para os (eventuais) 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%²¹;
- PIS-Importação e Cofins-Importação, incidentes à alíquota combinada 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% (remessa bancária) ou 6,38% (cartão de crédito).

Na prática, dificilmente um serviço é enquadrado como “não técnico”, de forma que é mais factível a aplicação de IRRF à alíquota de 15% e a Cide à alíquota de 10%.

Diferentemente, quando se trata de pagamento de royalties em função do uso, fruição e exploração de direitos, não incidem PIS-importação e Cofins-Importação²², nem ISS²³, aplicando-se apenas os seguintes tributos:

- IRRF, à alíquota de 15%²⁴;
- Cide, à alíquota de 10%;

ção escalonada da alíquota de IOF-câmbio para operações com cartão de crédito, até chegar a 0%, a partir de 2028.

²⁰ Cf. art. 17, *caput*, e § 1º, II, “a”, da Instrução Normativa RFB n. 1455/2014.

²¹ Cf. art. 7º da Lei n. 9.779/1999.

²² 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.

²³ 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 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.

²⁴ Cf. art. 28 da Lei n. 9.249/1995.

- IOF-Câmbio, à alíquota de 0,38% (remessa bancária) ou 6,38% (cartão de crédito).

A questão que se coloca é como deverão ser enquadradas as diferentes situações envolvendo a contratação de intangíveis provenientes do exterior. Em muitos casos, por exemplo, há dúvidas sobre a natureza do negócio jurídico bem como a respeito da respectiva remuneração.

II.4. Importação de intangíveis e aplicação de tratados contra a bitributação

O assunto ganha maior complexidade diante da eventual aplicação de tratado contra a bitributação. Relativamente a serviços²⁵, os rendimentos correspondentes deveriam, como regra, enquadrar-se como lucro de empresas (categoria de rendimento prevista no dispositivo dos tratados equivalente ao art. 7º da Convenção Modelo da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – CM-OCDE), hipótese em que ficaria afastada a incidência do IRRF já que tais rendimentos seriam tributados apenas no país da residência.

Todavia, países²⁶ que, como o Brasil, embora adotando a CM-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 – com exceção dos tratados firmados com Áustria, Finlândia, França, Japão e Suécia –, 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 tratado²⁷.

²⁵ Sobre o enquadramento de rendimentos relativos a software de aplicação nos tratados contra a bitributação, vide: SILVEIRA, Rodrigo Maito da; AMENDOLA, Antonio. Qualificação de operações envolvendo software no Brasil à luz dos tratados contra a bitributação: visão da OCDE e a prática brasileira. In: FARIA, Renato Vilela; SILVEIRA, Ricardo Maitto da; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo (coord.). *Tributação da economia digital*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 84-97.

²⁶ Vg.: Argentina, Costa do Marfim, Filipinas, Gabão, Índia, Tailândia, Tunísia e Vietnã (cf. 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; TÓRRES, Heleno (coord.). *Direito tributário internacional: homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 329 e p. 332).

²⁷ No passado, ao dispor sobre o tratamento tributário dispensado às remessas decorrentes de contratos de prestação de “assistência técnica” e “serviços técnicos” sem transferência de tecnologia, as autoridades fiscais apresentaram, no Ato Declaratório Normativo Cosit n. 1/2000, o posicionamento de que sob a égide dos tratados, tais remessas deveriam ser tidas como referentes a “rendimentos não expressamente mencionados” (art. 22 de grande parte dos tratados celebrados pelo Brasil). De acordo com a regra trazida pela cláusula concernente a “rendimentos não expressa-

II.5. Tributação de criptoativos

Em que pese existirem projetos de lei em discussão no Congresso Nacional, não há ainda uma clara regulamentação de criptoativos (no que se incluem as criptomonedas) no Brasil. No âmbito tributário, a Receita Federal editou a Instrução Normativa RFB n. 1.888/2019 para estabelecer obrigações acessórias a serem observadas por pessoa física ou jurídica que realize operações com criptoativos.

De acordo com o art. 5º desse diploma normativo, entende-se por “criptoativo” *a representação digital de valor denominada em sua própria unidade de conta, cujo preço pode ser expresso em moeda soberana local ou estrangeira, transacionado eletroni-*

mente mencionados”, tal como apresentada nos tratados brasileiros (salvo no tratado firmado com o Japão, que possui regra diversa), os referidos rendimentos poderão ser tributados pelo Estado de fonte de maneira irrestrita. Em momento subsequente, a Receita Federal alterou esse posicionamento ao dispor especificamente sobre a aplicação do tratado firmado entre Brasil e Espanha. Primeiramente por meio do Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 27/2004 e depois mediante o Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 4/2006, o Fisco federal passou a entender que a cláusula sobre “rendimentos não expressamente mencionados” não se aplica em nenhuma hipótese envolvendo serviços técnicos. Destarte, expressou-se novo posicionamento de que, havendo equiparação da remuneração por serviços técnicos a royalties, em princípio deveria ser aplicado o art. 12, salvo se os serviços prestados forem de carácter profissional e relacionados com a qualificação técnica de uma pessoa ou grupo de pessoas, hipótese em que se aplicaria o art. 14 (que trata da remuneração de serviços independentes). Nota-se que a interpretação apresentada em 2000 pelas autoridades fiscais acabava por sobremaneira esvaziar o escopo dos arts. 7º (lucros de empresa, que determina a tributação exclusiva no país da residência) e 12, uma vez que qualquer remuneração por serviços técnicos que não implicassem transferência de tecnologia seria tratada como “rendimento não expressamente mencionado”, ensejando tributação irrestrita na fonte pelo Brasil (salvo no caso do tratado com o Japão). Por outro lado, embora as interpretações trazidas em 2004 e em 2006 não restringissem a aplicação do art. 12 apenas às hipóteses em que houvesse transferência de tecnologia, retiravam do escopo dessa cláusula e do art. 7º a remuneração por serviços técnicos profissionais, submetendo-os ao regime do art. 14 (o qual, na grande maioria dos tratados brasileiros, permite a tributação pelo país de fonte). Os tribunais brasileiros pronunciaram-se, em algumas ocasiões, a respeito de que os tratados contra a dupla tributação restringem a tributação brasileira na fonte em relação a serviços prestados por não residentes sem estabelecimento permanente em solo brasileiro. Embora não exista um entendimento consolidado sobre o assunto, seja na esfera administrativa, seja no âmbito judicial, digno de registro é o julgamento, pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, do Recurso Especial n. 1.161.467 (também conhecido como “caso Copesul”), em que se concluiu que, além de os tratados internacionais prevalecerem sobre a lei interna, aplica-se aos rendimentos decorrentes da prestação de serviços o art. 7º, vedando-se, por consequência, qualquer tributação brasileira na fonte nessas hipóteses. Em vista desse posicionamento do STJ, foi editado o Ato Declaratório Interpretativo RFB n. 5/2014 (inspirado no Parecer PGFN/CAT n. 2.363/2013), pelo qual as autoridades fiscais consignaram que o tratamento tributário a ser conferido à remuneração pela importação de “serviços técnicos” e de “assistência técnica”, *com ou sem* transferência de tecnologia, deverá ser aquele previsto em eventual tratado contra a bitributação aplicável, para enquadrar-se como: (i) royalties (art. 12), quando o respectivo protocolo contiver previsão de que os serviços técnicos e de assistência técnica recebam essa qualificação; (ii) remuneração de profissões independentes ou de serviços profissionais ou pessoais independentes (art. 14), nos casos da prestação de “serviços técnicos” e de “assistência técnica” relacionados com a qualificação técnica de uma pessoa ou grupo de pessoas; ou, residualmente, (iii) lucros das empresas (art. 7º), quando não se enquadrar como royalties ou remuneração de profissões independentes.

camente com a utilização de criptografia e de tecnologias de registros distribuídos, que pode ser utilizado como forma de investimento, instrumento de transferência de valores ou acesso a serviços, e que não constitui moeda de curso legal. De outro lado, o mesmo art. 5º define como “exchange de criptoativo” a pessoa jurídica, ainda que não financeira, que oferece serviços referentes a operações realizadas com criptoativos, inclusive intermediação, negociação ou custódia, e que pode aceitar quaisquer meios de pagamento, inclusive outros criptoativos.

O art. 6º, por sua vez, determina que a *exchange* de criptoativos domiciliada para fins tributários no Brasil, ou a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil que realize operações sem o intermédio de *exchange* ou por meio de *exchange* domiciliada no exterior, fica obrigada a prestar informações sobre as operações de compra e venda, permuta, doação, transferência, aluguel, emissão, dação em pagamento etc. que impliquem transferência de criptoativos.

Tal medida visa municiar o fisco federal com informações que permitam o acompanhamento das transações realizadas pelos contribuintes brasileiros, com vistas a identificar o cumprimento da obrigação de pagar imposto de renda sobre eventuais ganhos auferidos nessas operações. Em linhas gerais, a Receita Federal entende que a natureza dos rendimentos oriundos de transações com criptoativos é de ganho de capital²⁸, devendo, como tal, submeter-se à tributação com base em alíquotas progressivas, que variam de 15% a 22,5% conforme o valor do ganho. As transações mensais de até R\$ 35.000,00 estão isentas de tributação, mas permutas de criptoativos são normalmente tributáveis, não sendo necessária a conversão em moeda de curso legal.

II.6. Impressão 3D: serviço ou industrialização?

Por fim, vale fazer o registro sobre o posicionamento do fisco federal no tocante ao tratamento tributário aplicável a operações envolvendo impressão 3D. De acordo com a Solução de Consulta Cosit n. 97/2019, a impressão 3D de objetos para venda deve ser considerada como industrialização, sujeita ao Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI, porquanto tal atividade se enquadra no conceito de industrialização na espécie “transformação” (art. 4º, inciso I, do Regulamento do IPI (RIPI) – Decreto n. 7.212/2010), assim entendida *qualquer operação que modifique a natureza, o funcionamento, o acabamento, a apresentação ou a finalidade do produto, ou o aperfeiçoamento para consumo, tal como a que, exercida sobre matérias-primas ou produtos intermediários, importe na obtenção de espécie nova.*

Exceção a essa conclusão – enquadrando a atividade como prestação de serviços, sujeita a ISS – é a hipótese de impressão 3D por encomenda direta do consu-

²⁸ Nesse sentido, vide: Solução de Consulta Cosit n. 214/2021 e respostas às perguntas 445 e 619 do “Perguntas e Respostas. Imposto sobre a Renda da Pessoa Física. 2022”. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/perguntas-e-respostas/dirpf/pr-irpf-2022.pdf/view>. Acesso em: 25 abr. 2022.

midor ou usuário, na residência do preparador ou em oficina, desde que, em qualquer caso, seja preponderante o trabalho profissional (cf. art. 5º, V, do RIPI)²⁹.

III. A adoção, pelo Brasil, do art. 12-A da Convenção Modelo da ONU na celebração de novos tratados contra a bitributação

No contexto dos tratados contra a bitributação, os países desenvolvidos, até então defensores de uma primazia alocativa da tributação em favor do Estado da residência, passaram a defender desde o advento do plano BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) – ao menos no tocante à tributação da renda oriunda das trocas realizadas na economia digital – que a tributação ocorra (ainda que em parte) no Estado da fonte, justamente para que possam abocanhar o que se considera a sua justa parte do bolo da arrecadação.

A postura original e tradicional dos países desenvolvidos, refletida na CM-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 não mais lhes seria vantajosa³⁰.

Sob a perspectiva de política fiscal, o Brasil, involuntariamente, estaria em posição de vanguarda ao defender, de longa data, o exercício da sua competência tributária em relação à importação de serviços³¹. Há, obviamente, críticas bem fundamentadas contra esse tipo de manobra normativa³².

²⁹ Entende-se por “oficina” o estabelecimento que empregar, no máximo, cinco operários e, quando utilizar força motriz não dispuser de potência superior a cinco quilowatts (art. 7º, II, “a”, do RIPI), e por “trabalho preponderante” aquele que contribuir no preparo do produto, para formação de seu valor, a título de mão de obra, no mínimo com 60% (art. 7º, II, “b”, do RIPI).

³⁰ 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 de similar 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. 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 (p. 428-431).

³¹ Essa é também a opinião de: BIANCO, João Francisco; 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 Moraes do Rêgo (coord.). *Tributação da economia digital*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 34.

³² Para aprofundamento sobre o tema, vide: TÔRRES, Heleno Taveira. A qualificação dos serviços não técnicos como lucros de empresas nas convenções para evitar a dupla tributação. In: ROCHA,

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. Em outras palavras, 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 envolvidos³³.

A tendência de se preservar a tributação na fonte fez-se refletir também na Convenção-Modelo da Organização das Nações Unidas – CM-ONU, que passou a contar, desde a versão de 2017, com previsão específica no art. 12-A³⁴ para alo-

Sergio André; TÔRRES, Heleno (coord.). *Direito tributário internacional: homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, 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 nº 5/2014 e Parecer PGFN/CAT nº 2.363/13. In: ROCHA, Sergio André; TÔRRES, Heleno (coord.). *Direito tributário internacional: homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, 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.

³³ 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. 250.

³⁴ “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 ___ per cent [the percentage is to be established through bilateral negotiations] of the gross amount of the fees.

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 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 Contract-

car a competência tributária em relação à remuneração de “serviços técnicos”, em detrimento da sua inclusão como lucro de empresa. Note-se que a definição de “serviços técnicos” constante do § 3º do art. 12-A abrange qualquer serviço de natureza gerencial, técnica ou consultiva, mas exclui do seu escopo de aplicação aqueles cujo pagamento tenha sido feito (i) a um empregado da pessoa que efetua o pagamento; (ii) por uma instituição de ensino ou para lecionar em uma instituição de ensino; ou (iii) por uma pessoa física em razão de serviços usufruídos por um indivíduo.

Na medida em que o art. 12-A não abrangeu no seu escopo os chamados “serviços digitais”, os quais foram excluídos propositalmente, a versão de 2021 da CM-ONU teria corrigido essa lacuna ao passar a contemplar o art. 12-B³⁵ para

ting 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*. 2021. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2022-03/UN%20Model_2021.pdf. Acesso em: 25 abr. 2022, p. 22-24)

³⁵ “Article 12B Income from automated digital services

1. Income from automated digital services arising in a Contracting State, underlying payments for which are made to a resident of the other Contracting State, may be taxed in that other State.

2. However, subject to the provisions of Article 8 and notwithstanding the provisions of Article 14, income from automated digital services arising in a Contracting State may also be taxed in the Contracting State in which it arises and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the income is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed ___ per cent [the percentage is to be established through bilateral negotiations] of the gross amount of the payments underlying the income from automated digital services.

3. The provisions of paragraph 2 shall not apply if the beneficial owner of the income from automated digital services, being a resident of a Contracting State, requests the other Contracting State where such income arises, to subject its qualified profits from automated digital services for the fiscal year concerned to taxation at the tax rate provided for in the domestic laws of that State. If the beneficial owner so requests, subject to the provisions of Article 8 and notwithstanding the provisions of Article 14, the taxation by that Contracting State shall be carried out accordingly. For the purposes of this paragraph, the qualified profits shall be 30 per cent of the amount resulting from applying the profitability ratio of that beneficial owner’s automated digital services business segment to the gross annual revenue from automated digital services derived from the Contracting State where such income arises. Where segmental accounts are not maintained by the beneficial owner, the overall profitability ratio of the beneficial owner will be applied to

determine qualified profits. However, where the beneficial owner belongs to a multinational enterprise group, the profitability ratio to be applied shall be that of the business segment of the group relating to the income covered by this Article, or of the group as a whole in case segmental accounts are not maintained by the group, provided such profitability ratio of the multinational enterprise group is higher than the aforesaid profitability ratio of the beneficial owner. Where the segmental profitability ratio or, as the case may be, the overall profitability ratio of the multinational enterprise group to which the beneficial owner belongs is not available to the Contracting State in which the income from automated digital services arises, the provisions of this paragraph shall not apply; in such a case, the provisions of paragraph 2 shall apply.

4. For the purposes of paragraph 3, 'multinational enterprise group' means any 'group' that includes two or more enterprises, the tax residence for which is in different jurisdictions. Further, for the purposes of paragraph 3, the term 'group' means a collection of enterprises related through ownership or control such that it is either required to prepare Consolidated Financial Statements for financial reporting purposes under applicable accounting principles or would be so required if equity interests in any of the enterprises were traded on a public stock exchange.

5. The term 'automated digital services' as used in this Article means any service provided on the Internet or another electronic network, in either case requiring minimal human involvement from the service provider.

6. The term 'automated digital services' includes especially:

- (a) online advertising services;
- (b) supply of user data;
- (c) online search engines;
- (d) online intermediation platform services;
- (e) social media platforms;
- (f) digital content services;
- (g) online gaming;
- (h) cloud computing services; and
- (i) standardized online teaching services.

7. The provisions of this Article shall not apply if the payments underlying the income from automated digital services qualify as 'royalties' or 'fees for technical services' under Article 12 or Article 12A as the case may be.

8. The provisions of paragraphs 1, 2 and 3 shall not apply if the beneficial owner of the income from automated digital services, being a resident of a Contracting State, carries on business in the other Contracting State in which the income from automated digital services arises 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 income from automated digital services is effectively connected with:

- (a) such permanent establishment or fixed base, or
- (b) business activities referred to in subparagraph (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.

9. For the purposes of this Article and subject to paragraph 10, income from automated digital services shall be deemed to arise in a Contracting State if the underlying payments for the income from automated digital services are made by a resident of that State or if the person making the underlying payments for the automated digital services, 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 make the payments was incurred, and such payments are borne by the permanent establishment or fixed base.

10. For the purposes of this Article, income from automated digital services shall be deemed not to arise in a Contracting State if the underlying payments for the income from automated digital services are made by a resident of that State which 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 underlying payments towards automated digital services are borne by that permanent establishment or fixed base.

prever a possibilidade de tributação, pelo país da fonte, de “rendimentos de serviços digitais automatizados”³⁶.

Em tratados (ou aditivos) mais recentemente celebrados pelo Brasil³⁷, cláusulas inspiradas no art. 12-A da CM-ONU foram incorporadas ao texto convencional para estabelecer a competência do Estado da fonte para tributar os rendimentos pagos em razão da prestação de serviços técnicos, conforme os seguintes limites:

| <i>Novo tratado ou aditivo</i> | Uruguai* | Suíça | Emirados Árabes Unidos | Singapura* |
|--------------------------------|----------|-------|------------------------|------------|
| Alíquota máxima | 10% | 10% | 15% | 10% |

*Ainda pendente de publicação do Decreto Presidencial (em abril de 2022).

Nesses novos tratados seguiu-se a tradição brasileira de se equiparar (apenas) assistência técnica a royalty, o que evidencia uma resistência do Brasil de abandonar o paradigma de tributação na fonte de atividades cujos rendimentos, de outra forma, estariam enquadrados no art. 7º. A regra de equiparação, porém, deixou de abranger serviços técnicos, já que estes estariam abarcados pelo escopo do art. 12-A.

No entanto, como o art. 12-A não se aplica a situações em que os serviços técnicos são prestados a pessoas físicas e sejam destinados ao seu próprio benefício (uso ou consumo), remanesceria a qualificação desses rendimentos como sendo decorrentes de serviços de profissão independente ou como lucro de empresa.

Nesse sentido, a inserção do art. 12-A nos tratados acima destacados, ao menos para operações B2C, parece significar uma renúncia do Brasil ao exercício da

11. Where, by reason of a special relationship between the payer and the beneficial owner of the income from automated digital services or between both of them and some other person, the amount of the payments underlying such income, 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 payments underlying such income from automated digital services 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*. 2021. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2022-03/UN%20Model_2021.pdf. Acesso em: 25 abr. 2022, p. 24-27)

³⁶ Para uma análise crítica da inserção do art. 12 B na CM-ONU, vide: BÁEZ, Andrés. Because not always B comes after A: critical reflections on the new article 12B of the UN Model Tax Convention on Automated Digital Services (September 14, 2021). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3923508>.

³⁷ O Brasil conta atualmente com tratados contra a bitributação celebrados com os seguintes países: África do Sul, Argentina, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, China, Coreia do Sul, Dinamarca, Emirados Árabes Unidos, Equador, Espanha, Filipinas, Finlândia, França, Holanda, Hungria, Índia, Israel, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Peru, Portugal, República Eslovaca, República Tcheca, Rússia, Singapura, Suécia, Suíça, Trinidad e Tobago, Turquia, Ucrânia, Uruguai e Venezuela.

competência tributária enquanto Estado da fonte nas operações envolvendo serviços técnicos em geral, assim como serviços digitais.

Até que o Brasil passe a adotar o equivalente ao art. 12-B da CM-ONU nos seus tratados, e sem prejuízo de uma análise mais aprofundada ou mesmo das críticas aplicáveis a esse dispositivo, haveria uma dependência da regra de equiparação de serviços técnicos (em sua conceituação ampla, abrangendo também serviços digitais) a royalties para que haja tributação na fonte. Sem isso, e para os tratados que incluem a regra do art. 12-A, os rendimentos de serviços digitais automatizados (no que se enquadram parte considerável dos intangíveis transacionados na economia digital) não poderiam ser tributados na fonte, devendo ser enquadrados como lucro de empresa ou royalties, a depender da qualificação mais adequada à luz do caso concreto.

Referências

- BÁEZ, Andrés. Because not always B comes after A: critical reflections on the new article 12B of the UN Model Tax Convention on Automated Digital Services (September 14, 2021). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3923508>.
- BAL, Aleksandra. The sky's the limit – cloud-based services in an international perspective. *Bulletin for International Taxation*. Amsterdam: IBFD, September 2014.
- 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 nº 5/2014 e Parecer PGFN/CAT nº 2.363/13. In: ROCHA, Sergio André; TÔRRES, 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; TÔRRES, Heleno (coord.). *Direito tributário internacional: homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- BIANCO, João Francisco; 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 Moraes do Rêgo (coord.). *Tributação da economia digital*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- 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.
- SILVEIRA, Rodrigo Maito da; AMENDOLA, Antonio. Qualificação de operações envolvendo software no Brasil à luz dos tratados contra a bitributação: visão da OCDE e a prática brasileira. In: FARIA, Renato Vilela; SILVEIRA, Ricardo

Maitto da; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo (coord.). *Tributação da economia digital*. São Paulo: Saraiva, 2018.

TÔRRES, Heleno Taveira. A qualificação dos serviços não técnicos como lucros de empresas nas convenções para evitar a dupla tributação. In: ROCHA, Sergio André; TÔRRES, Heleno (coord.). *Direito tributário internacional: homenagem ao Professor Alberto Xavier*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

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.

The United Nations Article 12B: is It a Best Fit for African Countries?

Lutando Mvovo

1. Background

During its 15th session held in October 2017¹, the United Nations Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters (The UN Tax Committee) identified income from automated digital services as a priority, especially for developing countries, to be dealt with. The UN Tax Committee took the view that greater international coherent actions are required to identify and collect the appropriate profits from engagement in the digitalized economy and that even if a single approach cannot be agreed, identifying the advantages and disadvantages both in the domestic context and in the international context and promoting consistent approaches in the administration of similarly worded provisions, would be a valuable contribution to international tax cooperation².

The UN Tax Committee decided to add a standalone tax treaty article under the United Nations Model Double Tax Convention (UN Model) dealing with the taxation of automated digital services. This Article gives new taxing rights to source states from which payments for automated digital services are made and enables jurisdictions to apply their domestic legislation levying taxes on income derived from digital business models. Out of 25 Committee members, 6 were from African tax administrations, namely Djibouti, Kenya, Ghana, Liberia, Nigeria, and Zambia and they played a big role in the design and introduction of the new article dealing with automated digital services in the UN Model³.

2. Overview of Article 12B of the UN Model

The UN Tax Committee approved this new article, Article 12B, during its 22nd session in April 2021 for inclusion in the 2021 update of the UN Model. Ar-

¹ UNITED NATIONS COMMITTEE OF EXPERTS ON INTERNATIONAL COOPERATION IN TAX MATTERS. *Report on the 15th session (17-20 Oct. 2017)*. New York: UN, 2018. Available at: https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2020-04/15STM_CRP22_-Digital-Economy.pdf. Accessed: 03 July 2022 and UNITED NATIONS COMMITTEE OF EXPERTS ON INTERNATIONAL COOPERATION IN TAX MATTERS. *Report on the 17th session (16-19 Oct. 2018)*. New York: UN, 2018. Available at: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/10/17STM_CRP12_digitalisation.pdf. Accessed: 03 Jul. 2022.

² UNITED NATIONS COMMITTEE OF EXPERTS ON INTERNATIONAL COOPERATION IN TAX MATTERS, *Report on the 15th session (17-20 Oct. 2017)*.

³ UNITED NATIONS ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL. *Report of the Economic and Social Council on its 2018 session (New York, 27 July 2017-26 July 2018)*. New York: UN, 2018. Available at: [em:https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/2018/9/Add.1](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/2018/9/Add.1). Accessed: 04 July 2022.

ticle 12B of the UN Model allows a source state to tax automated digital services paid to a resident of the other state on a gross basis. For the purposes of this article, the State in which income from automated digital services arise is the State of which the payer of the income is a resident or the State in which the payer has a permanent establishment or fixed base if the payments for automated digital services are borne by the permanent establishment or fixed base⁴.

Income from automated digital services is defined as payments in consideration for any service provided on the internet or on electronic network requiring minimal human involvement from the non-resident service provider⁵. The following services are considered to be automated digital services: Online advertising services; online intermediation platform services; social media services; digital content services, sale or other alienation of user data; and standardised online teaching services⁶. However, the definition of automated digital services does not include the following services: customised services provided by professionals; customised online teaching services; services providing access to the internet or to an electronic network; online sale of goods and services other than automated digital services; broadcasted services including simultaneous internet transmission; and composite digital services embedded within a physical good irrespective of network connectivity⁷.

This new tax is in the form of a withholding tax that applies at a rate to be negotiated bilaterally by countries. The decision to adopt the withholding tax mechanism on the gross amount was based on the general view that it is an effective method of collecting the tax imposed on a non-resident because it simplifies compliance for companies since they would not be required to compute their net profits or file tax returns unless they choose the option of net income basis taxation. However, because the taxation of income from automated digital services will be on a gross basis and may result in double or other excessive taxation, the UN Tax Committee recommended what it regards as a modest rate of 3-4% of the gross amount.

Paragraph 3 of Article 12B allows the non-resident that provides automated digital services an option to require taxation on a net basis on its qualified profits.

⁴ UNITED NATIONS. *Article 12B of the UN Model Tax Convention, as agreed by the Committee at its 22nd Session*. Paragraph 5. New York: UN, 2021. Available at: <https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2021-09/Article%2012B%20and%20Commentary%20after%2022nd%20Session%20Meetings%2029%20April%202021.pdf>. Accessed: 04 July 2022.

⁵ See UNITED NATIONS. *Article 12B of the UN Model Tax Convention, as agreed by the Committee at its 22nd Session*, paragraph 4.

⁶ See UNITED NATIONS. *Article 12B of the UN Model Tax Convention, as agreed by the Committee at its 22nd Session*, paragraphs 34 to 35.

⁷ See UNITED NATIONS. *Article 12B of the UN Model Tax Convention, as agreed by the Committee at its 22nd Session*, paragraphs 36 to 39.

The qualified profits are defined to be 30% of the amount arrived at by applying the profitability ratio of the beneficial owner's automated digital services business segment to the gross annual revenue derived from such services in the source state⁸. This option is intended to provide relief for taxpayers that may have a lower tax liability or where the taxpayer has a global business loss or a loss in the relevant business segment during the taxable year.

Excluded from the application of the new Article 12B of the UN Model are payments that already qualify as royalties or fees for technical services and where the relevant automated digital services income is attributable to a permanent establishment in the source state. Where automated digital services are wholly overlapping with the scope of Article 12A of the UN Model, dealing with fees for technical services, Article 12A apply to such services. However, where part of services amongst bundle of automated digital services are falling within the scope of Article 12A, only that part would be taxed as technical service, the remaining would be taxed under 12B.

This bilateral approach in the form of article 12B of the UN Model is considered as an alternative for the complex multilateral approach in the form of the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD) two pillar approach. It is considered less complex because, unlike the OECD multilateral approach it does not require any threshold as a condition for its application (such as global turnover above €20 billion and profitability above 10%) and it only applies to digital services.

Although, Article 12B of the UN Model is bilateral in nature, it is an important option for countries that are not willing to adopt the multilateral approach in the form of the OECD two-pillar solution. These countries may include a number of African countries that are not part of the OECD Inclusive Framework (IF) who may want to introduce tax measures to address digital services. Currently, out of 141 members of the IF, 26 members are African countries⁹ and that is approximately 47 % of 55 African countries. Further, out of the 26 African countries that are members of the IF, two countries namely Kenya and Nigeria have not yet adopted the OECD Two-Pillar approach.

⁸ See UNITED NATIONS. *Article 12B of the UN Model Tax Convention, as agreed by the Committee at its 22nd Session*, paragraph 3.

⁹ See ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Members of the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS*. Updated: Nov. 2021. Available at: <https://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>. Accessed: 30 Mar. 2022. These African members are Angola, Benin, Botswana, Burkina Faso, Cape Verde, Cameroon, Congo, Democratic Republic of Congo, Djibouti, Egypt, Eswatini, Gabon, Kenya, Mauritania, Mauritius, Morocco, Namibia, Nigeria, Senegal, Seychelles, Sierra Leone, South Africa, Togo, Tunisia and Zambia.

3. Emergence of unilateral digital taxes in Africa

African countries, like many countries across the world, experience difficulties in taxing highly digitalised businesses earning profits in their territories. Due to the rapid increase in digitalisation of the economies which enables global companies to carry out business in countries without physical presence, in those countries, African countries are exploring ways of addressing the taxation of digitalised companies through establishing taxing rights over these global companies either through the global approach in the form of OECD Two-pillar solution or by introducing unilateral measures. This trend has increased due to the use of digitalised process necessitated by the Covid-19 pandemic that has seen some global companies with physical presence in a country close their premises and move to online trading.

A small number of African countries have introduced unilateral measures to tax digital services. These countries include Kenya, Nigeria and Zimbabwe. According to the IBFD Tax News Service, the Mozambique Tax Authority has announced a plan to introduce a platform for the taxation of the digital economy in the country by December 2022¹⁰.

3.1. Digital Service Tax in Kenya

In the 2019 through the Finance Act, 2019¹¹, the Government of Kenya (Kenya) introduced a new provision in the Income Tax Act intended to tax income generated from a digital market place. The digital market place is defined as a “platform that enables the direct interaction between buyers and sellers of goods and services through electronic means”¹². In 2020, through the Finance Act, 2020¹³ Kenya made further amendments to the Income Tax Act by introducing digital service tax on income accruing through a digital marketplace at the rate of 1.5 % of the gross transaction value¹⁴. This was followed by the introduction of Income Tax (Digital Service Tax) Regulations, 2020¹⁵ (the Regulations) via the Finance Bill, 2020. The Regulations are intended to provide details on the application and administration of the new digital service tax and they define digital market place, digital service, digital services provider and platform¹⁶.

In terms of section 3 of the Regulations, digital service tax applies to the provision of the following services¹⁷:

¹⁰ See IBFD Tax News Service, 24 February 2022.

¹¹ Finance Act 23 of 2019.

¹² The definition of a digital market place is in Section 3 of the Finance Act 23 of 2019.

¹³ Finance Act 8 of 2020.

¹⁴ Sections 4 and 6 of the Regulations.

¹⁵ Published in the Legal Notice No. 207 on 23 November 2020.

¹⁶ Section 2 of the Regulations.

¹⁷ Section 3(1) of the Regulations.

- downloadable digital content including downloadable mobile applications, e-books and films;
- over-the-top services including streaming television shows, films, music, podcasts and any form of digital content;
- sale of, licensing of, or any other form of monetising data collected about Kenyan users which has been generated from the users' activities on a digital marketplace;
- provision of a digital marketplace;
- subscription-based media including news, magazines and journals;
- electronic data management including website hosting, online data warehousing, file-sharing and cloud storage services;
- electronic booking or electronic ticketing services including the online sale of tickets;
- provision of search engine and automated held desk services including supply of customised search engine services;
- online distance training through pre-recorded media or e-learning including online courses and training; and
- any other service provided through a digital marketplace.

However, income arising from online services provided by approved financial institutions and financial service providers to facilitate payments, lending or trading of financial instruments, commodities or foreign exchange as well as on-line services provided by Government institutions are exempt¹⁸.

Digital service tax paid by a resident or non-resident with a permanent establishment in Kenya will be offset against the tax payable by them¹⁹. On the other hand, digital service tax paid by non-resident without a permanent establishment in Kenya is a final tax. Digital service providers are subject to digital service tax if they provide or facilitate the provision of a digital service to a user who is located in Kenya. A user of a digital service is deemed to be located in Kenya if:

- the user receives the digital service from a terminal located in Kenya, where terminal includes a computer, tablet and mobile phone;
- the payment for the digital service is made using a debit or credit facility provided by a financial institution or company located in Kenya;
- the digital service is acquired through an internet protocol address registered in Kenya or an international mobile phone country code assigned to Kenya; or
- the user has a business, residential or billing address in Kenya.

¹⁸ Section 3(2) of the Regulations.

¹⁹ Section 4(2) of the Regulations.

The digital service tax applies with effect from 1 January 2021. It is important to note that although Kenya is a member of the IF, Kenya has not adopted the OECD' Two-Pillar agreement. Further, one of the 25 members of the UN Committee that worked on the design and the introduction of Article 12B is from Kenya Revenue Authority.

3.2. Digital tax in Zimbabwe

As part of the Finance Act 2019²⁰, Zimbabwe introduced new rules for the taxation of non-resident e-commerce platforms. These new rules seek to tax any payment by a resident of Zimbabwe to or on behalf of an electronic operator resident outside Zimbabwe for the provision or delivery of goods or services. The rule deems the payment to be income sourced in Zimbabwe²¹. Electronic commerce operator is defined as an operator selling, providing or delivering services from outside Zimbabwe by the use of a telecommunications network or electronic means (and whether mediated by computers, mobile telephones or other devices) to customers or users in Zimbabwe²². If the revenue from the provision or delivery of goods or services exceeds USD 500,000 in a year of assessment, the revenue is subject to tax at a rate of 5%. Similar rules also apply to non-resident satellite broadcasting service providers.

Provisions relating to permanent establishment do not apply to digital services providers and satellite broadcast services providers. Taxpayers falling within the tax net of these new rules are obliged to appoint a representative taxpayer within 30 days of becoming liable to tax and such representative taxpayer shall be liable for the principal's tax obligations with regards to complying with the tax legislation in Zimbabwe²³.

The rules were originally intended to apply from 1 January 2019. However, there have been delays implementing the rules and some delays were even attributed to the outbreak of Covid-19 pandemic.

3.3. Significant economic presence in Nigeria

In 2019, through the Finance Act, 2019²⁴ the Government of Nigeria (Nigeria) amended the Companies Income Tax Act by expanding the scope for the taxation of non-resident companies to include, among others, non-resident companies that supply digital services or goods and where profits can be attributable to these activities or they provide technical, professional, management, or consul-

²⁰ Finance Act 2 of 2019.

²¹ Section 12 of the Income Tax Act.

²² Section 12(b) of the Income Tax Act.

²³ Section 53(1)(d) of the Income Tax Act.

²⁴ Section 4 of the Finance Act 1 of 2019.

tancy services²⁵ and where they have a significant economic presence²⁶. The corporate tax rate in Nigeria is 30%.

Following the abovementioned changes to the Companies Income Tax Act, Nigeria introduced the Companies Income Tax (Significant Economic Presence) Order 2020 (SEP Order)²⁷. The SEP Order provides more clarity, details on the application and definition of significant economic presence for the purpose of imposing corporate income tax on income derived from Nigeria by non-resident companies from digital transactions and services.

The SEP Order specifies activities impacted by the rules on significant economic presence²⁸. It provides that a non-resident company will have a significant economic presence in Nigeria if it provides any of the following activities²⁹:

- streaming or downloading services of digital contents, including movies, videos, music, applications, games and e-books to any person in Nigeria;
- transmission of data collected about Nigerian users generated from users' activities on websites or mobile applications;
- provision of goods or services directly or indirectly through a digital platform to Nigeria;
- provision of intermediation services through a digital platform, websites or other online applications that link suppliers and customers in Nigeria;
- uses Nigerian domain name(.ng) or registers a website address in Nigeria;
- has a purposeful and sustained interaction with persons in Nigeria by customising its digital page or platform to target persons in Nigeria, including reflecting the prices of its products or services in Nigerian currency or providing options for billing or payment in Nigerian currency. The term “purposeful and sustained interaction is not defined in the SEP Order.

The SEP Order sets a threshold for the application of the significant economic presence rule. It applies to the abovementioned activities if a non-resident digital service provider derives gross turnover or income in excess of N25 million (approximately 65,000 USD).

With respect to activities carried out by connected persons, the SEP Order provides that for the purpose of determining threshold, activities carried out by connected persons shall be aggregated to determine the gross sum of income earned³⁰.

²⁵ Section 13(2)e) of the Companies Income Tax Act, CAP C20 Laws of the Federation of Nigeria, 2004.

²⁶ Section 13(2)c) of the Companies Income Tax Act, CAP C20 Laws of the Federation of Nigeria, 2004.

²⁷ Published on the Federal Republic of Nigeria Official Gazette no 21 on 10 February 2020.

²⁸ Section 1 of the Companies Income Tax (Significant Economic Presence) Order, 2020.

²⁹ Section 1(1)(a) of the Companies Income Tax (Significant Economic Presence) Order, 2020.

³⁰ Section 1(5) of the Companies Income Tax (Significant Economic Presence) Order, 2020.

The SEP Order provides that if Nigeria concludes a tax treaty or enters into any multilateral agreement or consensus agreement to address tax challenges arising from the digitalization of the economy, the provisions of that agreement or arrangement which cover the non-resident company affected by the SEP Order will override the SEP Order³¹. Further, the SEP Order does not apply to a foreign company that makes any payment, to its employee under a contract of employment or for teaching in an educational institution or for teaching by an educational institution or; by a foreign fixed base of a Nigerian company³².

According to SEP Order, the significant economic presence rule applies from 3 February 2020.

3.4. African tax administration forum suggested approach to drafting Digital Service Tax

In September 2020, the African Tax Administration Forum (ATAF) published a suggested Approach to Drafting Digital Service Tax (the ATAF suggested approach)³³. The ATAF suggested approach provides a framework for its members that draws from various digital tax legislations introduced by other jurisdictions. However, it concedes that the revenue raised by some African countries from digital service tax (DST) may not be large but a DST could improve public confidence in the fairness of the tax system on the same breath it also cautions against applying DST to start-ups and small and medium enterprises and suggests an introduction of robust *de minimis* thresholds.

The ATAF suggested approach defines a digital service tax as a tax charged on digital services revenue derived in a country by a digital service company resident in another country. It also defines a digital service revenue as the total amount of revenues derived, from a country, by a non-resident company in connection with the provision of digital services.

ATAF suggested approach recommends that DST should apply to the following digital services provided by non-resident companies:

- a) online advertising services;
- b) data services;
- c) services delivered through an online marketplace, or intermediation platform, including an accommodation online marketplace, a vehicle hire online marketplace and any other transport online marketplace;
- d) digital content services, including accessing and downloading of digital content;

³¹ Section 1(3) and (4) of the Companies Income Tax (Significant Economic Presence) Order, 2020.

³² Section 2 of the Companies Income Tax (Significant Economic Presence) Order, 2020.

³³ AFRICAN TAX ADMINISTRATION FORUM. *Suggested Approach to Drafting Digital Services Tax Legislation*. Pretoria: ATAF, 2020. Available at: https://events.ataftax.org/index.php?page=documents&func=view&document_id=79. Accessed: 04 July 2022.

- e) online gaming services;
- f) cloud computing services;
- g) services delivered through a social media platform; and
- h) services delivered through an internet search engine.

A digital service is defined as a service, which is delivered over the internet or an electronic network including through online platforms.

The ATAF suggested approach proposes formulas for allocating income from the digital services to a particular country. Broadly, it proposes that DST must be levied on the portion of revenue that relates to the participation of users in a given country, and it must apply to the gross revenues.

The suggested approach also details how countries can determine the location of the users of the digital services since the number of users is the basis upon which a company or multinational enterprises (MNE's) global revenues arising from digital services will be apportioned to a given country. For example, with regards to online advertising services, data services and digital services the location of the user is determined according to the location of the user profile, which means, information regarding the ordinary location of the user, which is accumulated by the online platform over the course of the user's engagement with online platform. If there is no user profile data, the location is determined by the geolocation associated with the device at the time the user engaged the online platform. If there is no user profile data and no geolocation data the location is determined by the user's Internet Protocol (IP) address associated with the device at the time the user engaged the online e platform.

ATAF suggested approach recommends a DST rate in the range of 1-3%. This is similar to the rates charged by many countries that have already enacted a DST e.g. France and the United Kingdom. The proposed rate is low because the DST is charged on the gross digital services revenue of the MNE group not the net profit made on that revenue as would be the case with most corporate income tax regimes.

It recommends the exclusion of any revenues derived as a result of digital services provided by one member of the MNE group to another member of the same MNE Group of companies. It also recommends introduction of a "*de minimis*" or safe harbour rule that will remove smaller companies from the ambit of DST. This is mainly because DST is charged on gross annual revenues which, if not addressed, may have adverse effects on businesses with very low profit margins, or on loss-making businesses.

The ATAF suggested approach also deals with administration side of the DST and recommends that the DST returns must be filed annually by a responsible member or an appointed local representative of the company or MNE and therefore, the chargeable period must be the twelve-month accounting period of the company or the ultimate parent company of the MNE Group. A responsible member may be a member of the MNE group that is tax resident or operates in a

country through a permanent establishment; or a member of the MNE group that is registered for value added tax (VAT) in the country.

With regards to the due date, it recommends that the DST in respect of a chargeable period would be due and payable a few months after the end of the chargeable period and that countries would therefore need to determine the appropriate period to give taxpayers to pay the digital service tax for the preceding accounting period. From an income tax perspective, it suggests that commonly observed periods range from 3-4 months, but this is a decision of the country. Considering that most of the companies may not have physical presence in the country, it recommends that countries must make this period short while acknowledging that the companies would need to prepare financial statements in order to accurately determine the appropriate amount of digital service revenue for a chargeable period.

4. Benefits of Article 12B of the UN Model for African countries

Most African countries have well established withholding tax mechanism. African countries, in general, impose withholding taxes on most cross-border payments made to non-resident companies that do not have operating presence in a country. For example, most African countries impose withholding taxes on royalties, interest, technical, professional, management and consultancy services. Withholding taxes are considered by most African countries less complex and easy to administer. It is for this reason that African countries that opt not to adopt the OECD IF two-pillar solution may find Article 12B attractive.

5. The downside of the Article 12B of the UN Model

While Article 12B is intended to provide a simple solution that is easy to administer, especially for developing countries with limited administrative capacity, Article 12B is not without its challenges.

Unlike the OECD IF Pillar 1, the scope Article 12B is narrow as it is specifically intended to apply to automated digital services only and not to consumer facing businesses.

Further, for the purposes of Article 12B, payment for automated digital services would be sourced in the state where the taxpayer is resident or state of any permanent establishment or fixed base where that permanent establishment or fixed base bears the payment. In essence, it does not allocate taxing rights where value is created. This is one of the major concerns about Article 12B of the UN Model that has been raised by African countries through the African Administration Forum (ATAF)³⁴. One of the examples provided by the ATAF is that where

³⁴ AFRICAN TAX ADMINISTRATION FORUM. *Technical Review of the Draft Article 12B United Nations Model Tax Convention*. Pretoria: ATAF, 2020. Available at: https://events.ataftax.org/includes/preview.php?file_id=81&language=en_US. Accessed: 04 July 2022.

there are no payments made but the state has a substantial number of users who may be targeted by the advertising companies, Article 12B of the UN Model does not allocate taxing right to such country and only the country where the payment in respect of automated digital services is made has the taxing right, for example if an advertiser pays an advertising fee to a social media platform, it is the state from which that advertising fee is paid that has taxing rights over that payment under Article 12B of the UN Model³⁵. This is further evident in the scope of the digital service taxes introduced in Kenya and Nigeria which includes any form of monetising data collected about users located in these countries and which has been generated from these users' activities that some African countries consider user participation to be a very important concept of digital taxation.

Countries that wish to adopt Article 12B need to first introduce a domestic withholding through domestic legislation levying taxes on income derived from automated digital services because tax treaties do not create taxes but allocates taxing rights. In some countries this process may take many years to conclude. For developing countries with existing bilateral tax treaties, the process of renegotiating existing tax treaties may take long to finalise as the other treaty partner may not be willing to renegotiate the tax treaty in order to include Article 12B.

In view of the above, some African countries may consider Article 12B to be not a best fit for them and rather opt for a unilateral approach in the form of digital service tax. This decision may be based on the fact that digital service taxes, like the one applied in Kenya, generally taxes on revenue and not on income and therefore falls outside the scope of tax treaties. On the other hand this may create double taxation challenges for business without any form of relief for double taxation.

6. Conclusion

While the Article 12B provides bilateral option that is easy to administer and comply with, it might not be good enough for most African countries because of its narrow scope. The fact that Article 12B allows only the jurisdiction where the payer is located may present the biggest challenge for African countries that may have very few payments in respect of automated digital services even though these countries might experience large volumes of revenue attributed to user participation in these countries.

Further, the process of renegotiating existing tax treaties with reluctant and unwilling tax treaty partners may only serve as a disincentive for some African countries to adopt Article 12B. Even before a tax treaty is negotiated or renegotiated a withholding tax on digital services will need to be enacted because the tax treaties do not create tax but allocate taxing rights.

³⁵ Ibid., p. 2.

Report: Fiscal Residence Dilemmas: Digital Nomads, Home Office and Other Situations

Leonardo Thomaz Pignatari

Master's student of Tax Law at the University of São Paulo. Advanced LL.M. Candidate in International Tax Law at the University of Amsterdam and the International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD). Post-graduated in International Tax Law and in Brazilian Tax Law at the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT). Bachelor's in Law at the University of São Paulo. Assistant-Professor at the Brazilian Institute of Tax Law. Tax Lawyer in São Paulo, Brazil.

The second panel on the first day of the conference focused on the challenges and impacts of digital nomads, home office, and other situations on the determination of the fiscal residence, especially considering the higher degree of work mobility generated by the Covid-19 pandemic. Individuals can work at different places and even at different jurisdictions, which, clearly, affects their fiscal residence, the qualification of their income and the possible characterization of a permanent establishment ("PE") of their employers.

The panelists were *(i)* Ricardo Mariz de Oliveira; *(ii)* Pasquale Pistone; *(iii)* Marta Oliveros Castelon; and *(iv)* Valéria D'Alessandro. The panel was chaired by Romero Tavares and moderated by Leonardo Thomaz Pignatari.

The discussion was divided into four parts with the aim of navigating through different perspectives:

- i)* Brazilian tax residence rules and the challenges created by digital nomads and home office, presented by Ricardo Mariz de Oliveira;
- ii)* Argentinian tax residence rules and the particularities of its tax system vis-à-vis the higher mobility of work, presented by Valéria D'Alessandro;
- iii)* German perspective on the fiscal residence dilemmas, especially how companies and the tax administration are dealing with this situation regarding the possible characterization of a permanent establishment derived from remote workers activities, presented by Marta Oliveros Castelon; and
- iv)* Main challenges from an international tax law perspective, such as the place of activity as an objective nexus, business income, place of effective management, income from employment, income derived by entertainers and sportspersons, presented by Pasquale Pistone.

Regarding the first presentation, Ricardo Mariz de Oliveira examined the Brazilian residence rules provided both in the civil and tax legislations. On one hand, the Brazilian Civil Code establishes rules to regulate legal relationships between people, such as rules on domicile and residence. On the other hand, there are also rules established specifically for tax purposes, contained in the National Tax Code, and others for the exclusive purpose of the income tax.

The general rule is that the domicile of the natural person is the place where he/she permanently establishes his/her residence. However, if he/she has several residences, where, alternatively, he/she lives, any one of them will be considered his/her domicile. Regarding legal entities dedicated to economic activities, the domicile is the place where the respective head offices and administrations operate, or where they elect a special domicile through their statute or constitutive acts.

In this regard, Mariz de Oliveira highlighted the prevalence of the notion of residence for all legal purposes, as well as the importance attributed by law to the intention (*animus*) of the person regarding the place of residence. Such prevalence derives from Civil Law and extends to Tax Law, either through the provisions of the National Tax Code or through the specific rules of income tax.

According to the panelist, tax residence for the purposes of income tax has a dual relevance: (i) taxpayers residents in Brazil are subject to taxation on their worldwide income, and must annually file a tax return before the Brazilian Federal Revenue Service; and (ii) taxpayers residing outside Brazil are, as a rule, only subject to tax on income paid by sources located in the country, without the obligation to file a tax return.

The condition of non-resident arises from the formal cancellation of the intention to be a Brazilian resident, upon departure from the national territory, or from the continuous absence for more than twelve months, regardless the existence of any tax residence in another country. Mariz de Oliveira stresses that it is irrelevant under Brazilian law whether the non-resident is tax resident in another country, and, if so, in which country (it might be Australia, Austria, etc.). The only exception is when a person transfers its residence to a tax haven.

The panelist argues that the volitional element necessarily affects the application of the law, since it is the intention that determines residence somewhere or move to a different jurisdiction. This means that intent takes precedence over the objective criterion based on time of absence or permanence in the application of these legal rules. It does not matter if the work is exercised at home or in another professional or business establishment, nor carried out with this or that resource.

Mariz de Oliveira also comments on the relationship between the domestic rules and double tax treaties, especially the content of Article 4 of the OECD Model Tax Convention. For tax treaty purposes, tax residence is determined by the domestic legislation of the Contracting States. Nonetheless, if the individual is considered a tax resident of both Contracting States, the "tiebreaker rules" provided in Article 4(2), of the treaties will be applicable.

When commenting the possible impacts of digital nomads and home office in Covid-19 times on the rules described above, Mariz de Oliveira concludes that a true nomad may not qualify as a resident in any jurisdiction. However, for the Brazilian laws, it is irrelevant where the nomad is working from or the fact that the individual is working in home office. If he/she fulfills the subjective or objective criteria, he/she will be considered a tax resident in Brazil.

The second presentation focused on the Argentinian tax residence rules. Valeria D'Alessandro shares that Argentina is going in a process of rejecting people, instead of attracting people to its territory. Many individuals and companies have been established in other countries, such as Brazil, Italy, Uruguay, due to more attractive tax systems.

Argentina follows the general tax rules – residents are taxed for the world-wide income and non-residents are taxed for domestic-source income. However, there are some exceptions. For instance, in 2020, Argentina enacted a wealth tax legislation addressed to Argentinian nationals. Pursuant to this legislation, even Argentinian nationals living abroad are subject to a wealth tax. Many taxpayers have been challenging this legislation before National Courts.

Argentinian domestic legislation adopts the following criteria, in this order of application: *(i)* permanent home; *(ii)* center of vital interest; *(iii)* time (comparison between the days spent in Argentina and the days in the new country during the calendar year); and *(iv)* nationality.

In this regards, Valéria D'Alessandro discussed two alternatives. First, if the person lives 12 months abroad and communicates Argentinian tax authorities his/her intention of residing elsewhere, he/she becomes a non-resident. Other alternative is a migratory residence, under which it is very important the place to where the individual or company migrated. Argentinian tax authorities take a closer look at the lives of Argentinians who left the country, with electronic inquiry, to check whether they have actually changed their residence. In this regard, the panelist highlighted certain points of concern for persons leaving Argentina, such as exit taxes, multiple residence, increase in existing tax rates, gift taxes, wealth taxes.

Finally, Valéria presented the so-called "trampoline effect", according to which a person migrates first to one country (for instance, Uruguay), then migrates to another country (for example, Brazil). In this scenario, there is an obligation to inform where the person is currently located and its tax status.

Argentina faced an increase on tax audits during the Covid-19 pandemic, which are considering key elements for determining tax residence (wealth abroad; co-living family; lengths of stay in Argentina; business domicile; tax residence abroad; status of real estate; expenses in Argentina; memberships; mobile number; health plans). However, the domestic legislation is not dealing with this scenario of high mobility of persons and work, which has been raising a lot of problems.

The third presentation involved the German tax position in relation to the increase of international remote work. Marta Oliveros Castelon dealt with the possible creation of a physical presence for the companies employing these remote workers, presenting the German reality on the matter and possible alternatives that could be adopted.

German law established the obligation to work from home as a public health measure. In this sense, remote work became more commonplace. To illustrate this sit-

uation, the panelist presented an example. Ingrid, an Austrian tax resident, is employed as a consultant by an Austrian company providing consultancy services. She works 200 days from a home office located in the German Alps. The question discussed was basically whether the presence of the Ingrid in Germany creates a significant economic presence for the employer in such jurisdiction.

In this regard, Marta Oliveros examined the requirements for a permanent establishment: *(i)* fixedness in terms of space; *(ii)* activities carried out through fixed place; *(iii)* activities are more than preparatory or auxiliary; *(iv)* duration (six months according to German practice); *(v)* power of disposal. In the example abovementioned, the first, second and third requisites are fulfilled.

Concerning the fourth criterion, Germany has concluded agreements with different countries in the context of Covid-19, according to which the period of six months would not lead to the fulfillment of such criterion, since it is a matter of "force majeure". In relation to the last criterion, it depends on the type of activity exercised by the person (independent service provider, employee, or director). The panelist contended that an independent person has more chances of creating a permanent establishment than an employee.

In this context, the German industry sent a letter to the OECD and the European Commission, asking for clarity on the duration and power of disposal criteria. Pursuant to this document, it was required that *(i)* the duration requirement should refer to 120 working days/180 days; *(ii)* the power of disposal is not present in case of working place available; and *(iii)* more detailed explanations on the type of activity (group functions as auxiliary and preparatory activities).

Finally, Marta Oliveros presented some *lege ferenda* and tax policy considerations. In short, the panelist defended that *(i)* permanent establishment was never the only nexus; *(ii)* permanent establishment is a proxy for economic allegiance; *(iii)* existence of different levels of economic allegiance; and *(iv)* home office only creates a permanent establishment in case the employees' presence creates or enlarges the economic presence of the employer.

The fourth and last topic addressed the impacts of mobile work (home office, digital nomads) from an international tax law perspective, especially whether the place of activity is still a valid objective nexus. The panelist Pasquale Pistone highlighted that *(i)* remotely exercised business models have challenged the validity of the permanent establishment concept; *(ii)* meetings held remotely via platforms undermine the validity of place of effective management; and *(iii)* Covid-19 has significantly increased remote exercise of work.

In a post Covid-19 world, the argument of "force majeure" loses importance in light of the impacts on employment income, business income and income derived from entertainers and sportspersons. In this regard, the panelist pointed out the difficulties of applying Article 15(1), OECD Model Tax Convention to the cases where the employee is not physically present in the place of activity. Some alternatives were

presented: *(i)* exclusive allocation to the Residence State; *(ii)* exclusive allocation to State of origin; and *(iii)* shared allocation based on other criteria like that provided in Article 16 (directors' fees).

Regarding business income, Pasquale Pistone presented different scenarios. First, an enterprise operates remotely, but has a significant economic presence in the market State. Second, an enterprise has business presence in the market State, but staff partly works remotely. For this second scenario, three variations were discussed: *(i)* staff has no right to work at premises (exercises activity from home office; may choose where to work from; works from places organized by employer; or works from head office of enterprise); *(ii)* staff may choose where to work from; *(iii)* staff requests mobility or has part-time e-working.

The panelist has also discussed the lack of legal certainty derived from the possible complications on the place of effective management and the coherent interpretation and application of Article 15. Additionally, the treatment of entertainers and sportspersons was briefly discussed since the place of physical presence might no longer be suitable as proxy in light of remotely operated events.

As a conclusion, Pasquale Pistone presented three main considerations. First, the need to clarify interpretative controversies by mutual agreement, but also with amendments to the OECD Commentaries that are consistent for all types of income from activity. Second, the replacement of the proxy based on place of effective exercise of activity with allocation of taxing rights based on the main place of exercise of activity. Third, the potential use of multilateral coordination in order to avoid cross-border disparities that may generate inconsistent tax treatment.

A Tributação dos “Nômades Digitais”: Quem são, Onde residem, Onde trabalham?

The Taxation of “Digital Nomads”: Who are They, Where They reside, Where They work?

Leonardo Thomaz Pignatari

Mestrando em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo (USP). *Advanced LL.M.* *Student* em *International Tax Law* pela Universidade de Amsterdam (UVA) e pelo International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD). Especialista em Direito Tributário Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Especialista em Direito Tributário Brasileiro pelo IBDT. Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Professor-assistente dos cursos de especialização do IBDT. Advogado em São Paulo.
E-mail: leonardopignatari@hotmail.com.

Resumo

A mobilidade do trabalho não é algo novo, mas certamente ganhou um importante reforço com a pandemia do Covid-19, na medida em que muitas pessoas passaram a trabalhar remotamente e a refletir sobre seu estilo de vida. Nesse sentido, o presente estudo visa analisar os desafios impostos pelos chamados “nômades digitais”, sob a ótica da tributação da pessoa física. Para tanto, a primeira parte se destina à compreensão de quem são os “nômades digitais” e dos fatores que favorecem a escolha por essa modalidade de trabalho. Na sequência, pretende-se examinar os impactos causados pelo “nomadismo digital” na determinação da residência fiscal, bem como apresentar as medidas, ainda que incipientes, adotadas por alguns países em relação a esse fenômeno. Outra questão relevante se refere à tributação dos rendimentos auferidos pelos “nômades digitais”, seja através de um vínculo empregatício, seja por meio da prestação de serviços. A partir da análise de exemplos e do oferecimento de alternativas, este estudo busca demonstrar a necessidade de adequação das regras de residência fiscal no nível do direito interno e dos acordos de bitributação (regras de desempate), bem como das regras de tributação dos rendimentos de emprego e da prestação de serviços independentes, desvinculando-as da estrita necessidade de uma presença física.

Palavras-chave: “nômades digitais”, tributação internacional, residência fiscal, rendimentos de emprego, economia digital.

Abstract

Work mobility is not something new, but it certainly gained an important boost with the Covid-19 pandemic, as many people started to work remotely and reflect on their lifestyle. In this sense, the present study aims to analyze the challenges imposed by the so-called “digital nomads”, from the perspective of individual taxation. The first part aims at understanding who the “digital nomads” are and the factors that favor the choice of this type of work. Next, it is intended to examine the impacts caused by “digital nomadism” in

determining tax residence, as well as to present the measures, albeit incipient, adopted by some countries in relation to this phenomenon. Another relevant issue refers to the taxation of income earned by “digital nomads”, either through an employment relationship or through the provision of services. Based on the analysis of examples and the offering of alternatives, this study seeks to demonstrate the need to adapt the tax residence rules at both the level of domestic law and double tax treaties (tie-breaker rules), as well as the rules of taxation of income from employment and the provision of independent services, detaching them from the strict need for a physical presence.

Keywords: “digital nomads”, international taxation, tax residence, employment income, digital economy.

Introdução

Como fruto das preparações para o painel “Dilemas da residência fiscal: nômades digitais, *home office*, e outras situações”, o presente artigo busca examinar alguns desafios tributários decorrentes do crescimento dos chamados “nômades digitais”. Esse grupo tem a prerrogativa de trabalhar de qualquer parte do mundo, permanecendo, muitas vezes, por curtos períodos em cada jurisdição, o que levanta questões relativas à sua residência fiscal e à própria tributação dos rendimentos por ele obtidos.

Este estudo está dividido em quatro partes. De início, pretende-se analisar, brevemente, o contexto de mobilidade do trabalho maximizado pela pandemia do Covid-19, o que possibilitou a disseminação de diferentes modalidades de trabalho, normalmente atreladas a novos estilos de vida. Essa primeira parte busca, ainda, compreender quem são os “nômades digitais”, e como alguns países já começaram a se mexer para lidar com essa nova realidade.

Sem prejuízo de outras questões problemáticas, as duas seções seguintes visam ingressar em dois desafios tributários específicos, oriundos das atividades exercidas pelos “nômades digitais”. Primeiro, a residência fiscal, enquanto nexos para o exercício do poder de tributar, é colocada em xeque diante da frequente mobilidade desse grupo. Outro problema diz respeito à tributação dos rendimentos obtidos pelos “nômades digitais”, seja na condição de empregados, seja na qualidade de prestadores de serviço independentes.

Ao cabo, apresentam-se algumas conclusões no sentido de que a presença física enquanto critério relevante para a definição da residência fiscal e a tributação de rendimentos de emprego deve ser relativizada, a fim de adequar o sistema tributário internacional não apenas à realidade atual das pessoas jurídicas, mas também dos próprios indivíduos.

1. “Nômades digitais”: quem são?

O processo de globalização e o crescente desenvolvimento tecnológico possibilitaram o surgimento de novos modelos de negócio, os quais, muitas vezes, não

requerem uma presença física no território economicamente explorado¹. Nesse sentido, levantaram-se dúvidas quanto à forma de tributação dessas atividades, considerando que a presença física ainda é um critério relevante no campo do Direito Tributário Internacional.

A despeito das iniciativas promovidas por organismos internacionais, administrações tributárias e pela própria doutrina quanto à tributação corporativa da economia digital, pouca atenção foi direcionada à tributação das pessoas físicas². Contudo, é importante que os estudos relativos à tributação corporativa estejam acompanhados por pesquisas quanto aos impactos da economia digital na tributação dos indivíduos. Afinal, como já defendido em outro estudo³, quem paga o tributo no final do dia é o indivíduo.

A mobilidade do trabalho, deflagrada especialmente com a pandemia do Covid-19, permitiu a consolidação de diferentes modalidades de trabalho, as quais não requerem uma presença física nas instalações, e, até mesmo, na jurisdição do empregador. Normalmente, quatro modelos são apontados: (i) home office; (ii) formas atípicas de emprego; (iii) descentralização de empregos; e (iv) nomadismo digital. Para fins do presente estudo, importa analisar apenas esta última modalidade, sob a perspectiva da tributação da pessoa física, ou seja, os impactos na tributação das pessoas jurídicas fogem ao escopo ora proposto (por exemplo, a caracterização de um estabelecimento permanente do empregador, ou uma base fixa de negócios)⁴.

Em uma pesquisa informal intitulada “Digital Nomads Census”⁵, constatou-se alguns dados interessantes sobre o comportamento dos “nômades digitais”. Esse grupo está, majoritariamente, na faixa dos 25-34 anos; escolhe a Ásia (45%) como local para trabalhar remotamente, com preferência para Tailândia e Indonésia; praticamente metade dos avaliados respondeu que se deslocam para um

¹ Cf. OCDE. Addressing the tax challenges of the digital economy, Action 1 – 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report_9789264241046-en. Acesso em: 7 abr. 2022, p. 142-143.

² Cf. DE LA FERIA, Rita; MAFFINI, Giorgia. The impact of digitalisation on personal income taxes. *British Tax Review* n. 2, 2021, p. 154-168.

³ Cf. PIGNATARI, Leonardo Thomaz. Revisitando o Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas no Brasil: origens, justificativas e métodos de integração. *Revista Direito Tributário Atual* v. 46. São Paulo: IBDT, 2020, p. 285-288.

⁴ Sobre as demais modalidades de trabalho e os impactos tributários nas pessoas jurídicas, cf. BERETTA, Giorgio. “Work on the move”: rethinking taxation of labour income under tax treaties. *International Tax Studies* v. 5, n. 2, 2022, Journal Articles & Opinion Pieces IBFD, item 2; MORENO, Andrés Báez. Covid-19 and fiscal policies: unnecessary and yet harmful: some critical remarks to the OECD note on the impact of the Covid-19 crisis on tax treaties. *Intertax* v. 48, n. 8/9, 2020, p. 814-830.

⁵ Workers of the World: data on digital nomads. Disponível em: <http://digitalnomadhelp.com/info-graphic/#>. Acesso em: 7 abr. 2022.

novo local poucos meses depois. Além disso, os “nômades digitais” são, comumente, engenheiros de software, escritores e consultores, sendo que a maior parte se apresentou como profissional independente.

Nesse contexto, os “nômades digitais” podem ser entendidos como um grupo emergente de trabalhadores nômades, cuja motivação está, geralmente, associada à conciliação do trabalho remoto com um estilo de vida aventureiro e mais saudável. Esses indivíduos, nacionais de um determinado Estado (A), trabalham remotamente de um outro país (B), porém possuem vínculo empregatício com um empregador de outro país (C), ou prestam serviços de forma independente para empresas de outros Estados. Ou seja, o único vínculo com o local no qual trabalham remotamente diz respeito à curta permanência naquele país. Neste ponto, importa distinguir os “nômades digitais” do modelo clássico de expatriados, uma vez que estes últimos permanecem por um período considerável em determinada jurisdição e buscam estabelecer raízes pessoais e profissionais em seu novo país.

Como identificado pelo Fórum Econômico Mundial em 2016⁶, diversos países introduziram uma espécie de mercado de residência e cidadania. A abertura desse mercado possibilitou que indivíduos adquirissem novas residências e cidadanias por meio de processos bastante simplificados e de benefícios tributários⁷. De todo modo, os elevados custos envolvidos, que exigem um investimento mínimo entre €35.000,00 (Letônia) e €10.000.000,00 (França), levam à conclusão de que, inicialmente, apenas pessoas com alto poder aquisitivo possuem acesso a essa alternativa.

No entanto, o “nomadismo digital” está deixando de ser um nicho restrito a pessoas abastadas. Svetislav Kostic aponta alguns elementos que favorecem o crescimento desse fenômeno: (i) desenvolvimento tecnológico (não apenas de tecnologia da informação, mas também de meios de viajar e de financiamento); (ii) desenvolvimentos sociais e legais (“co-living environments”); e (iii) alternativa positiva ao estilo de vida sedentário (abandono de um “pensamento sedentarista” – noção de desenvolvimento de uma pessoa sempre ligado à família e a um local físico)⁸. Acrescenta-se, ainda, as facilidades de acomodação (Airbnb; CouchSurfing), a expansão das companhias aéreas de baixo custo (Ryanair; EasyJet), e a busca por uma vida menos atribulada, o que está intimamente ligado a problemas

⁶ MYERS, Joe. Countries where you can buy citizenship. *World Economic Forum* (28 July 2016). Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2016/07/countries-selling-citizenship/>. Acesso em: 7 abr. 2022. Na mesma linha, cf. GOLD, Judith; EL-ASHRAM, Ahmed. A passport of convenience. *Finance & Development* v. 52, n. 4, 2015. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2015/12/gold.htm>. Acesso em: 7 abr. 2022.

⁷ Cf. CHRISTIANS, Alisson. Jumping the line or out of the net? Tax and the immigration investor. *Tax Notes International* v. 88, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3099619. Acesso em: 7 abr. 2022.

⁸ KOSTIC, Svetislav V. In search of the digital nomad – rethinking the taxation of employment income under tax treaties. *World Tax Journal* v. 11, n. 2, 2019, p. 207-208.

de saúde, como o *burn-out*⁹. Foram criadas, inclusive, plataformas para auxiliar esse grupo, tais como a “Digital Nomad World”¹⁰ e a “Nomad List”¹¹.

A busca por um “escritório na praia” ganhou um importante reforço com a pandemia do Covid-19, durante a qual muitos indivíduos trabalharam diretamente de suas casas, ou de outras localidades, e se viram impedidos de viajar. Nesse período, as pessoas tiveram a oportunidade de refletir sobre seu estilo de vida, e, conseqüentemente, sobre sua rotina de trabalho. Com a flexibilização das restrições, diversas pessoas passaram a trabalhar de outras localidades, deslocando-se, até mesmo, para outros países, ingressando na categoria dos chamados “nômades corporativos”¹².

Ao escolherem um novo estilo de vida, muitos indivíduos acabaram criando desafios tributários. Negócios podem ser celebrados e atividades exercidas em uma praia paradisíaca a um “clique” de distância. Essa revolução gerada pelo “nomadismo digital” nos força a repensar a presença física como critério relevante para a determinação da residência fiscal e a tributação dos rendimentos de emprego, transbordando os campos da tributação corporativa para atingir também a tributação das pessoas físicas.

2. “Nômades digitais”: onde residem?

A residência fiscal representa importante critério para a tributação internacional, sendo vista como o lugar onde as circunstâncias pessoais do contribuinte podem, teoricamente, ser mais bem observadas (capacidade contributiva). De modo geral, residentes são tributados em bases universais (renda obtida dentro e fora do território) e não residentes são tributados apenas sobre a renda auferida dentro do território. Ademais, os acordos de bitributação podem ser aplicados tão somente aos residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes, e a Convenção-Modelo da OCDE (“CM-OCDE”) favorece, historicamente, uma tributação no Estado da Residência¹³.

Ocorre que a residência está intimamente ligada à presença física, na medida em que sua caracterização se baseia em elementos, como domicílio, tempo de

⁹ WHO. Burn-out: an “occupational phenomenon”: international classification of diseases. Disponível em: <https://www.who.int/news/item/28-05-2019-burn-out-an-occupational-phenomenon-international-classification-of-diseases>. Acesso em: 7 abr. 2022.

¹⁰ Disponível em: <https://digitalnomads.world/>. Acesso em: 7 abr. 2022.

¹¹ Disponível em: <https://nomadlist.com/>. Acesso em: 7 abr. 2022.

¹² Sobre os “nômades corporativos”, cf. FERNÁNDEZ-ARÁOZ, Claudio. The rise of the “corporate nomad”. *Harvard Business Review*, 30 de março de 2022. Disponível em: https://hbr.org/2022/03/the-rise-of-the-corporate-nomad?utm_campaign=hbr&utm_medium=social&utm_source=linkedin. Acesso em: 7 abr. 2022.

¹³ Cf. OCDE. Model tax convention on income and on capital 2017. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en. Acesso em: 7 abr. 2022.

permanência (regra dos 183 dias), lugar de direção efetiva, centro de interesses vitais (relações pessoais e econômicas), moradia permanente, entre outros. Essa conexão é colocada em xeque diante da mobilidade de empresas¹⁴ e indivíduos que executam suas atividades sem a necessidade de presença física.

Tal mobilidade foi largamente afetada pela pandemia do Covid-19, de modo que diversas pessoas passaram a trabalhar remotamente, e, muitas vezes, de um local e de uma jurisdição diferentes do habitual e tradicional “local de trabalho”. Sobre este aspecto, a OCDE manifestou, em duas oportunidades¹⁵, o entendimento de que “é improvável que a situação do Covid-19 afete a posição de residência do tratado”.

Naquela altura, a OCDE trabalhava com dois cenários. O primeiro se refere a uma pessoa que está temporariamente fora de sua casa, em razão de férias ou para trabalhar por algumas semanas, e fica presa no país anfitrião devido às restrições impostas pelos governos, acabando por obter residência fiscal naquela jurisdição à luz da legislação doméstica. Outra situação diz respeito a uma pessoa que está trabalhando em um país (atual), adquiriu status de residência nessa jurisdição, porém retorna temporariamente ao seu país natal em virtude do Covid-19. Neste último caso, o indivíduo pode nunca ter perdido seu status de residente de seu país atual de acordo com a legislação doméstica, ou pode recuperar o status de residência em seu retorno ao país natal.

Em suas duas declarações, a OCDE afastou as implicações tributárias tanto na primeira quanto na segunda situações. Concluiu que, ainda que essa pessoa seja considerada residente na forma da legislação doméstica, dificilmente ela seria considerada residente para fins do tratado, à luz da aplicação das chamadas “regras de desempate”. Consoante esse raciocínio, a impossibilidade de uma pessoa viajar de volta para sua jurisdição de origem em virtude de restrições impostas por diferentes governos como medidas de saúde pública não deve, por si só, afetar o status de residência da pessoa para fins dos acordos de bitributação. Al-

¹⁴ Cf. KOFLER, Georg; MAYR, Gunter; SCHLAGER, Christoph. Taxation of the digital economy: “quick fixes” or long-term solution? *European Taxation* v. 57, n. 12, 2017. Journal Articles & Opinion Pieces IBFD; DANON, Robert J. Can tax treaty policy save us? The case of the digital economy. In: ECKER, Thomas; RESSLER, Gernot (eds.). *History of tax treaties: the relevance of the OECD documents for the interpretation of tax treaties*. Viena: Linde, 2011, p. 75-89; HONGLER, Peter; PISTONE, Pasquale. Blueprints for a new PE nexus to tax business income in the era of the digital economy. *WU International Taxation Research Paper Series*, 2015. Disponível em: <https://epub.wu.ac.at/4509/4/SSRN-id2591829.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2021.

¹⁵ OCDE. Updated guidance on tax treaties and the impact of the Covid-19 pandemic (21 Jan. 2021), p. 11-14. Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/updated-guidance-on-tax-treaties-and-the-impact-of-the-covid-19-pandemic-df42be07/>. Acesso em: 7 abr. 2022; OCDE. OECD Secretariat analysis of tax treaties and the impact of the Covid-19 crisis (3 Apr. 2020), p. 6-7. Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/oecd-secretariat-analysis-of-tax-treaties-and-the-impact-of-the-covid-19-crisis-947dcb01/>. Acesso em: 7 abr. 2022.

guns países forneceram orientações específicas para essas situações, como Austrália¹⁶, Irlanda¹⁷ e Reino Unido¹⁸.

Observa-se que a OCDE confia na existência de um tratado entre os dois países (o que pode não ser o caso), além de minimizar os impactos duradouros da mobilidade do trabalho no mundo pós-pandêmico¹⁹. Uma certa *mea-culpa* pode ser identificada na segunda manifestação da organização, por meio da qual afirma que “uma abordagem diferente pode ser apropriada se a mudança nas circunstâncias continuar quando as restrições do Covid-19 forem levantadas”²⁰.

Essa “mudança nas circunstâncias” certamente já ocorreu. O crescimento dos “nômades digitais” reforça a necessidade de adequação do sistema tributário internacional à nova realidade, não apenas no campo das pessoas jurídicas, mas também para as pessoas físicas, uma vez que eles, normalmente, permanecem pouquíssimo tempo em uma mesma jurisdição, colocando-se à margem das regras de residência de inúmeros países, e dos próprios acordos de bitributação (caso existentes). Tal desafio pode ser ilustrado por um singelo exemplo.

Imagina-se que um indivíduo, nacional do Estado A, deixa seu país de forma definitiva (portanto, perde a condição de residente) para viver uma vida de “nômade digital”, porém sua família permanece no Estado A. Esse indivíduo, apaixonado pelo trabalho remoto e pela liberdade de conhecer lugares paradisíacos, não pretende retornar a seu país de origem. Dessa maneira, ele decide trabalhar remotamente de diferentes lugares do planeta (Estados C, D, E), tendo apenas duas regras: não passar mais de 90 (noventa) dias no mesmo país e nunca trabalhar na mesma jurisdição de seu empregador (Estado B). Nesse cenário, é improvável que esse indivíduo seja considerado residente fiscal dos Estados C, D e E,

¹⁶ O governo australiano apontou que uma pessoa não residente, que estiver na Austrália temporariamente por algumas semanas ou meses por causa do Covid-19, não se tornará residente australiana para fins fiscais, desde que ela geralmente more no exterior permanentemente; e pretenda retornar para lá assim que possível. Disponível em: <https://www.ato.gov.au/General/COVID-19/Support-for-individuals-and-employees/Residency-and-source-of-income/%23ChangeoftaxresidencyduetoCOVID19>. Acesso em: 8 abr. 2022.

¹⁷ A Irlanda menciona circunstâncias de “força maior” para afastar a residência fiscal. Disponível em: www.revenue.ie/en/corporate/communications/covid19/compliance-with-certain-reporting-and-filing-obligations.aspx. Acesso em: 8 abr. 2022.

¹⁸ O Reino Unido esclareceu que, embora uma pessoa possa se tornar residente no Reino Unido nos termos da legislação doméstica, sua residência para fins do tratado não mudará devido ao deslocamento temporário de uma pessoa. Disponível em: <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/residence-domicile-and-remittance-basis/rdrm13200> e <https://www.gov.uk/hmrc-internal-manuals/residence-domicile-and-remittance-basis/rdrm13410>. Acesso em: 8 abr. 2022.

¹⁹ Para maiores críticas acerca da manifestação da OCDE, cf. MORENO, Andrés Báez. Covid-19 and fiscal policies: unnecessary and yet harmful: some critical remarks to the OECD note on the impact of the Covid-19 crisis on tax treaties. *Intertax* v. 48, n. 8/9, 2020, p. 814-830.

²⁰ OCDE. Updated guidance on tax treaties and the impact of the Covid-19 pandemic (21 Jan. 2021), p. 14. Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/updated-guidance-on-tax-treaties-and-the-impact-of-the-covid-19-pandemic-df42be07/>. Acesso em: 7 abr. 2022.

dado o curto tempo de permanência nessas jurisdições. Podemos ter situação curiosa na qual esse indivíduo não é residente de nenhum desses Estados, para fins das respectivas legislações domésticas.

Essa situação pode receber, ainda, um tempero adicional. Imagina-se que esse mesmo indivíduo, após anos seguindo essa vida de “nômade digital”, decide se estabelecer no Estado F, tendo em vista que essa jurisdição determina a residência com base no mero registro e adota um regime de tributação em bases territoriais (paraíso fiscal sem rede de tratados). O resultado é que esse indivíduo não será tributado em nenhum lugar do mundo, já que não possui renda auferida no território do Estado F, mas apenas o salário pago por um empregador do Estado B. Há, assim, um claro deslocamento da renda para países de baixa ou nenhuma tributação, tal como vem sendo discutido no nível das pessoas jurídicas²¹.

Atentos a esse fenômeno, muito países estão implementando programas de visto de curta duração que visam aliviar os chamados “nômades digitais” do cumprimento de obrigações tributárias²², em uma tentativa de “legalizar” esse grupo. Vale mencionar o regime de “e-residência”, introduzido pela Estônia em 2014²³. A “residência eletrônica” permite que pessoas de diferentes partes do globo abram e administrem um negócio, bem como acessem serviços governamentais on-line, sem a necessidade de estarem fisicamente no território estoniano. Trata-se de um mecanismo de atração não apenas de negócios, mas também de pessoas (“nômades digitais”), o que demonstra a possibilidade de competição entre os Estados por investimentos através da concessão do status de residente. Esse regime estabelece um procedimento extremamente simplificado, de baixo custo (taxa de €100-120) e que dura entre três e oito semanas.

Apesar de o programa ser direcionado, principalmente, a empreendedores que trabalham digitalmente e desejam abrir/administrar uma empresa na União Europeia, também pode ser utilizado por “nômades digitais que buscam um estilo de vida minimalista e a verdadeira liberdade de um local fixo”. Em 2020, a Estônia implementou o “Digital Nomad Visa”, que permite que os “nômades digitais” vivam no país báltico e trabalhem legalmente para seu empregador ou sua própria empresa registrada no exterior por até um ano²⁴. Essa medida visa evitar

²¹ Por exemplo, Kostic propõe uma “residência qualificada” para que esses indivíduos acessem os benefícios do tratado, tal como existe na cláusula de “Limitação de Benefícios” (LOB, sigla em inglês) para pessoas jurídicas (KOSTIC, Svetislav V. In search of the digital nomad – rethinking the taxation of employment income under tax treaties. *World Tax Journal* v. 11, n. 2, 2019, p. 202-203).

²² Cf. BERETTA, Giorgio. “Work on the move”: rethinking taxation of labour income under tax treaties. *International Tax Studies* v. 5, n. 2, 2022, Journal Articles & Opinion Pieces IBFD, item 2.3.

²³ Republic of Estonia. Become an e-resident. Disponível em: <https://e-resident.gov.ee/become-an-e-resident/>. Acesso em: 7 abr. 2022.

²⁴ Republic of Estonia. Estonia is launching a new digital nomad visa for remote workers. Disponível em: <https://e-resident.gov.ee/nomadvisa/>. Acesso em: 7 abr. 2022.

que os “nômades digitais” trabalhem de determinado local, valendo-se apenas do visto de turista. Para facilitar o processo, a Estônia publicou um guia para os “nômades digitais”, com informações gerais sobre esse estilo de vida, vantagens, desvantagens, e dicas sobre como encarar essa “aventura”²⁵.

A aplicação para esse visto especial depende de algumas condições que estão, em verdade, alinhadas à definição de “nômades digitais” trazida no tópico anterior. O indivíduo deve comprovar a capacidade de trabalhar remotamente usando a tecnologia de telecomunicações; apresentar um contrato de trabalho ativo com uma empresa registrada fora da Estônia, ou realizar negócios por meio de sua própria empresa registrada no exterior ou trabalhar como *freelancer* para clientes fora da Estônia. Além disso, exige-se a demonstração de um limite mínimo de renda durante os seis meses anteriores à solicitação (atualmente, o limite de renda mensal é de €3.504,00 – líquido de impostos).

Na mesma linha, a Croácia introduziu, em 2020, o regime de “estadia temporária de nômades digitais”²⁶, por meio do qual é concedida uma isenção aos trabalhadores digitais que se mudam para as costas desse país por até um ano. Consoante a legislação croata, “nômades digitais” são nacionais de um terceiro Estado que estão empregados ou realizam trabalho por meio de tecnologia de comunicação para uma empresa ou sua própria empresa que não está registrada na Croácia, ou não realizam trabalho nem prestam serviços a empregadores na Croácia²⁷. A permanência temporária é concedida por um período improrrogável de até um ano. Existe, ainda, a possibilidade de familiares próximos de um nômade digital receberem também estadia temporária nesse país europeu.

Em 2021, a Grécia também permitiu que trabalhadores europeus e de terceiros Estados transfiram a sua residência fiscal para seu território, concedendo-lhes um desconto de 50% no imposto sobre a renda de origem grega por até sete anos²⁸.

No cenário brasileiro, cumpre destacar que o Conselho Nacional de Imigração – CNIG, órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública – MJSP,

²⁵ Disponível em: <https://www.e-resident.gov.ee/blog/posts/the-complete-guide-to-being-a-digital-nomad-key-things-to-know>. Acesso em: 7 abr. 2022.

²⁶ Republic of Croatia, Ministry of Interior. Temporary Stay of Digital Nomads. Disponível em: <https://mup.gov.hr/aliens-281621/stay-and-work/temporary-stay-of-digital-nomads/286833>. Acesso em: 7 abr. 2022.

²⁷ Sobre esse regime croata, cf. GADZO, Stjepan. Croatia: a new (tax free) promised land for digital nomads? (Part I). *Kluwer International Tax Blog*, 2022. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2022/02/24/croatia-a-new-tax-free-promised-land-for-digital-nomads-part-i/>. Acesso em: 7 abr. 2022; GADZO, Stjepan. Croatia: a new (tax free) promised land for digital nomads? (Part II). *Kluwer International Tax Blog*, 2022. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2022/02/28/croatia-a-new-tax-free-promised-land-for-digital-nomads-part-ii/>. Acesso em: 7 abr. 2022.

²⁸ GRÉCIA, Lei n. 4.738/2020, art. 11. Disponível em: https://www.workfromcrete.gr/wp-content/uploads/2021/09/WorkfromCrete_Greek-National-DN-Visa-Law-4825.2021-Article-11-not-official-translation.pdf. Acesso em: 7 abr. 2022.

disciplinou a “concessão de visto temporário e de autorização de residência para imigrante, sem vínculo empregatício no Brasil, cuja atividade profissional possa ser realizada de forma remota, denominado ‘nômade digital’”²⁹. O prazo máximo deste visto temporário é de um ano, renovável por igual período.

Segundo a Resolução CNIG/MJSP n. 45, de 9 de setembro de 2021, “nômade digital” é “o imigrante que, de forma remota e com a utilização de tecnologias da informação e de comunicação, seja capaz de executar no Brasil suas atividades laborais para empregador estrangeiro”. Em seu art. 1º, § 2º, a Resolução esclarece, ainda, que imigrantes que exerçam “atividade laboral, com ou sem vínculo empregatício, para empregador no Brasil” não são considerados “nômade digitais”.

Cabe ao imigrante comprovar sua condição de “nômade digital”. Essa comprovação é realizada por meio da apresentação dos seguintes documentos: (i) declaração de capacidade de executar suas atividades profissionais de forma remota; (ii) contrato de trabalho ou de prestação de serviços ou outros documentos que comprovem o vínculo com empregador estrangeiro; e (iii) comprovação de meios de subsistência, provenientes de fonte pagadora estrangeira, em montante mensal igual ou superior a US\$ 1.500,00 ou disponibilidade de fundos bancários no valor mínimo de US\$ 18.000,00. Diferentemente do sistema croata, a aludida Resolução nada fala sobre a isenção do imposto sobre a renda no Brasil.

Dessa forma, caso o “nômade digital” opte por esse regime (visto temporário) e complete 184 dias, consecutivos ou não, de permanência no Brasil, no período de até 12 meses, ele adquire a condição de residente no Brasil, salvo se tiver obtido a concessão de visto permanente ou vínculo empregatício antes de completar 184 dias³⁰. Na condição de residente, o “nômade digital” está sujeito às mesmas normas vigentes na legislação tributária aplicáveis aos demais residentes no Brasil, independentemente de ser portador de visto temporário, a teor dos arts. 6º e 20, II, da Instrução Normativa SRF n. 208/2002.

Cabe mencionar, ainda, a recente Medida Provisória n. 1.108, de 25 de março de 2022, a qual introduziu diversas alterações de natureza trabalhista, dentre elas a possibilidade de adoção do modelo híbrido de trabalho pelas empresas, com prevalência do trabalho presencial sobre o remoto ou vice-versa. Essa medida esclarece também que a presença do trabalhador no ambiente de trabalho para tarefas específicas, ainda que de forma habitual, não descaracteriza o trabalho remoto. Embora esse ato normativo não disponha expressamente sobre os

²⁹ BRASIL, Resolução CNIG/MJSP n. 45, de 9 de setembro de 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-cnig-mjsp-n-45-de-9-de-setembro-de-2021-375554693>. Acesso em: 7 abr. 2022.

³⁰ Nesse sentido, cf. BRASIL, RFB. Solução de Consulta Cosit n. 180, de 19 de outubro de 2021. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=121403>. Acesso em: 7 abr. 2022.

chamados “nômades digitais”, abre a possibilidade para que um indivíduo, contratado por uma empresa brasileira, trabalhe remotamente de outro país.

Apesar desse importante movimento de “legalização” dos “nômades digitais” por meio da concessão de vistos e regimes especiais, permanece a dúvida quanto à tributação dos rendimentos obtidos por esse grupo, seja sob a forma de emprego, seja sob a forma de prestação de serviços.

3. “Nômades digitais”: com o quê e onde trabalham?

Além dos problemas relacionados à caracterização da residência fiscal dos “nômades digitais”, surgem desafios no tocante à tributação dos rendimentos obtidos por esses indivíduos, especialmente quanto à natureza desses rendimentos (emprego ou prestação de serviços independentes), e ao local de exercício das atividades. Por essa razão, o presente artigo questiona não apenas a residência como proxy para a alocação da jurisdição de tributar, mas também o entendimento sobre como e onde a atividade (emprego ou prestação de serviços) é exercida, a qual está, atualmente, ligada à necessidade de presença física.

O art. 15 da CM-OCDE traz, basicamente, três regras para a alocação da jurisdição de tributar em relação aos rendimentos de emprego. A regra geral é a tributação exclusiva no Estado da Residência do empregado, o que, como vimos, traz inúmeras dificuldades no caso dos “nômades digitais”. Por outro lado, se o trabalho é exercido no outro Estado Contratante, esse outro Estado também tem o direito de tributar (alocação cumulativa), demonstrando, novamente, o vínculo com a presença física do empregado no “local do trabalho”.

A terceira regra, a seu turno, traz a possibilidade de tributação exclusiva no Estado da Residência do empregado, mesmo que a atividade seja exercida no outro Estado Contratante. Para tanto, impõe-se o cumprimento de três condições negativas e cumulativas: (i) o empregado estiver presente no outro Estado (“local de trabalho”) por um período ou períodos que não excedam no total 183 dias em um período de 12 meses com início ou término no ano fiscal em questão; (ii) a remuneração seja paga por, ou em nome de, empregador que não seja residente do outro Estado; e (iii) a remuneração não seja suportada por estabelecimento permanente que o empregador tenha no outro Estado.

Verifica-se, assim, que a segunda e a terceira regras constantes no art. 15 da CM-OCDE estão diretamente vinculadas a uma presença física do empregado no Estado onde as atividades estão sendo exercidas, de modo que pouco importa a residência do empregador (importa, sim, quem é o empregador³¹). De toda sorte, não é qualquer presença física que possibilita a tributação pelo Estado da Fonte,

³¹ Cf. PIGNATARI, Leonardo Thomaz. Article 15(2) of the OECD Model and the international hiring-out of labour: new criteria required? *Bulletin for International Taxation* v. 74, n. 8, 2020, Journal Articles & Opinion Pieces IBFD, itens 2.2 e 2.3.3.

na medida em que atividades de curta duração devem ser tributadas exclusivamente no Estado da Residência (regra dos 183 dias – art. 15(2), *a*), justamente o caso dos “nômades digitais”. Esse vínculo com uma presença física resta evidente nos Comentários da OCDE ao art. 15, os quais afirmam que o lugar onde o trabalho é exercido significa o Estado onde o empregado está “fisicamente presente ao realizar as atividades para as quais o rendimento do trabalho é pago”³².

Logo no início da pandemia do Covid-19, a OCDE se posicionou no sentido de que, quando um governo intervém para subsidiar a manutenção de um funcionário na folha de pagamento de uma empresa, a renda que o funcionário recebe do empregador deve ser atribuída, com base no art. 15, ao local onde o emprego costumava ser exercido. No caso de funcionários que trabalham em um Estado, mas se deslocam de outro Estado onde residem (trabalhador transfronteiriço), a conclusão é a mesma. Exige-se, todavia, um “nível excepcional de coordenação entre países para mitigar os custos administrativos e de conformidade para empregados e empregadores associados à mudança involuntária e temporária do local de trabalho”³³. Por essa razão, algumas jurisdições emitiram diferentes orientações e medidas administrativas para mitigar eventual carga adicional³⁴.

Em uma segunda oportunidade³⁵, a OCDE buscou analisar três situações distintas. O primeiro caso envolve a concessão de subsídio salarial e rendimentos similares recebidos por trabalhadores transfronteiriços que não podem realizar seu trabalho devido a restrições (tributação deve ocorrer no lugar onde o empregado costumava exercer seu trabalho). A segunda situação se refere a um trabalhador preso em uma jurisdição onde não é residente, mas exerceu anteriormente um emprego. Neste caso, a OCDE afirma que seria razoável que os dias adicionais gastos nessa jurisdição sob circunstâncias excepcionais fossem desconsiderados para fins do teste de 183 dias. Nota-se que a organização mantém sua posição de neutralidade, tal como observado em relação à residência fiscal, vale dizer, nada mudou com a pandemia.

³² OCDE. Model tax convention on income and on capital 2017. Paris: OECD Publishing, 2017, p. 305. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en. Acesso em: 7 abr. 2022.

³³ OCDE. OECD secretariat analysis of tax treaties and the impact of the Covid-19 crisis (3 Apr. 2020), p. 5. Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/oecd-secretariat-analysis-of-tax-treaties-and-the-impact-of-the-covid-19-crisis-947dcb01/>. Acesso em: 7 abr. 2022.

³⁴ O Reino Unido entende que não há alteração no art. 15 e como ele se aplica dependerá das circunstâncias do empregado. De todo modo, o governo britânico aceitou que um não residente não seja responsável pelos rendimentos do trabalho relativos ao emprego exercido no Reino Unido durante um período de permanência forçada inesperada devido ao Covid-19. Disponível em: <https://www.gov.uk/tax-uk-income-live-abroad>. Acesso em: 8 abr. 2022.

³⁵ OCDE. Updated guidance on tax treaties and the impact of the Covid-19 pandemic (21 Jan. 2021), p. 15-21. Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/updated-guidance-on-tax-treaties-and-the-impact-of-the-covid-19-pandemic-df42be07/>. Acesso em: 7 abr. 2022.

Por fim, o último cenário diz respeito a um indivíduo que trabalha remotamente de uma jurisdição para um empregador que é residente em outra jurisdição. Sobre este caso, concluiu-se que mudanças na jurisdição onde um funcionário exerce seu emprego podem afetar onde sua renda de trabalho é tributada. Dessa forma, é possível o surgimento de novos direitos tributários sobre a renda do funcionário em outras jurisdições, o que pode trazer custos de conformidade para o empregador e o empregado, uma vez que os impostos sobre a folha de pagamento geralmente são retidos na fonte.

Um caso interessante está relacionado aos trabalhadores transfronteiriços. Os rendimentos de emprego obtidos por esses indivíduos recebem um tratamento especial, diferente daquele previsto no art. 15 da CM-OCDE. Diversos países, principalmente europeus, incluíram cláusulas especiais em seus acordos de bitributação com jurisdições vizinhas para disciplinar a situação em que residentes se deslocam frequentemente para trabalhar em outro país. A título exemplificativo, esse tratamento diferenciado pode prever que esses indivíduos são tributados sobre seus rendimentos de trabalho apenas na jurisdição de origem, desde que qualquer atividade de trabalho realizada em outro lugar seja limitada a um período máximo (geralmente, varia de 4 a 6 semanas de trabalho).

Por essa razão, alguns países firmaram acordos bilaterais a fim de tratar a pandemia do Covid-19 como força maior ou uma circunstância excepcional. Esse acordos foram estendidos até o final do primeiro semestre de 2022³⁶. Nesse sentido, o tempo gasto pelo funcionário em teletrabalho em sua jurisdição de origem não será incluído no cálculo do máximo de dias de trabalho fora da jurisdição de trabalho para efeitos do tratado.

Ocorre que essas situações acabaram se consolidando no mundo pós-pandêmico e compõem o “novo normal”, especialmente com o crescimento dos “nômades digitais”, tema que passou ao largo das manifestações da OCDE. O estilo de vida desse grupo impõe novos desafios e dificulta a identificação do “local do trabalho”, já que eles não estão fisicamente presentes no Estado de Residência de seu empregador nem realizam trabalhos relacionados a negócios no país em que estão trabalhando remotamente.

Dessa forma, cumpre retomar o exemplo trazido anteriormente, com a inclusão de novos elementos. Imagina-se que nosso “nômade digital”, nacional do Estado A, deixa seu país para viver uma nova vida, mas mantém sua residência fiscal (domicílio registrado no Estado A). No entanto, apaixonado por esse estilo de vida livre e aventureiro, ele não pretende retornar a seu país de origem. Essa mudança de vida apenas foi possível em virtude de seu vínculo empregatício com

³⁶ Por exemplo, os acordos firmados por Luxemburgo com Alemanha, Bélgica e França (cf. DE-LOITTE. Luxembourg tax alert: Germany, France and Belgium Covid-19 cross-border personal tax measures: further 2022 extensions confirmed. Disponível em: https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/lu/Documents/tax/taxalerts/lu_tax-alert_germany-france-belgium_covid19-cross-border-personal-tax-measures.pdf. Acesso em: 8 abr. 2022.

uma empresa residente no Estado B, cujas atividades permitem o trabalho remoto, bastando um computador com acesso à Internet (em verdade, ele nunca esteve no Estado B e nunca conheceu seus chefes pessoalmente). Destaca-se que todo trabalho executado por esse indivíduo envolve negócios de seu empregador no Estado B. Diante dessa liberdade, nosso “nômade digital” decide trabalhar remotamente de diferentes lugares do planeta (Estados C, D, E), mantendo apenas duas regras: não passar mais de 90 (noventa) dias no mesmo país e nunca trabalhar na mesma jurisdição de seu empregador (Estado B).

Diante da estrutura do art. 15 apresentada acima, os Estados em que o trabalho foi realizado (C, D e E) não podem tributar (curta presença física do empregado), mesma situação do Estado de Residência do empregador (B). Nesse cenário, o Estado A teria o direito exclusivo de tributar os salários recebidos (lugar do registro), o que abre a possibilidade de colocar a residência em países com regimes favorecidos ou tributação em bases territoriais. Trata-se da mesma problemática vista para as pessoas jurídicas, mas negligenciada para as pessoas físicas.

Ademais, não é simples compreender a natureza das atividades exercidas pelos “nômade digitais” (vínculo empregatício ou prestação de serviços). Como sustentado em outro estudo³⁷, os conceitos de “empregado” e “prestador de serviços independente” estão se tornando cada vez mais misturados, de modo que essa dicotomia perdeu seu sentido diante do surgimento de novos modelos de negócios e de novas modalidades de trabalho no âmbito da economia digital. A própria noção de trabalho está se afastando da necessidade de uma presença física seja nas instalações do empregador, seja na própria jurisdição do empregador. Nesse sentido, passa-se a se questionar se cabe conferir tratamentos tributários distintos a essas duas categorias que, dia após dia, aproximam-se mais e se confundem³⁸.

Caso o nosso “nômade digital” fosse um prestador de serviços independente (por exemplo, um *freelancer*), a problemática permanece a mesma quando analisada à luz de outros dispositivos. O art. da CM-OCDE prevê a tributação exclusiva no Estado da Residência (Estado A), salvo se existir um estabelecimento permanente no outro Estado (C, D, E), o que é bastante duvidoso dada a temporariedade do “nomadismo digital” e a própria natureza dos serviços prestados. Normalmente, os serviços são prestados a empresas ou indivíduos residentes em um terceiro Estado, diferente daquele em que o “nômade digital” está trabalhando remotamente.

³⁷ PIGNATARI, Leonardo Thomaz. Article 15(2) of the OECD Model and the international hiring-out of labour: new criteria required? *Bulletin for International Taxation* v. 74, n. 8, 2020, Journal Articles & Opinion Pieces IBFD, item 2.4.2.

³⁸ Nesse sentido, cf. BERETTA, Giorgio. Work on the move: rethinking taxation of labour income under tax treaties. *International Tax Studies* v. 5, n. 2, 2022, Journal Articles & Opinion Pieces IBFD, itens 4.2 e 6.2.

Na mesma linha do art. 15 da CM-OCDE, o art. 14 da Convenção-Modelo da ONU (“CM-ONU”)³⁹ exige a caracterização de uma base fixa de negócios, ou a presença do empregado por período superior a 183 dias para que o Estado da Fonte possa tributar os rendimentos derivados da prestação de serviços. Essa estrutura esbarra no mesmo problema – os “nômades digitais” não permanecem períodos longos na mesma jurisdição. Além disso, existe dúvida sobre quem é a fonte neste caso (Estado onde o “nômade digital” trabalha remotamente, ou o Estado no qual estão localizados os tomadores do serviço).

Essas dificuldades demandam uma repaginação do sistema atual, a fim de desvinculá-lo da necessidade de uma presença física tanto para a determinação da residência fiscal, quanto para a atribuição do direito de tributar ao Estado da Fonte. Uma alternativa inicial consiste na reavaliação das regras domésticas de residência e das regras de desempate previstas nos acordos de bitributação, afastando-as da clássica vinculação territorial (o modelo estoniano de residência eletrônica representa um interessante ponto de partida). Isso é particularmente relevante quando as regras de residência (por exemplo, local do registro) são utilizadas para fins de deslocamento da carga tributária a jurisdições de baixa ou nenhuma tributação.

Nessa toada, Giorgio Beretta chega a propor um único artigo (“Labour Income”) sobre rendimentos obtidos por empregados e prestadores de serviço independentes, segundo o qual o Estado de Residência do empregado teria os direitos tributários primários⁴⁰. O Estado da Fonte (“local de trabalho”), por sua vez, também poderia tributar esses rendimentos se o indivíduo estiver fisicamente presente no seu território por um período de pelo menos 90 dias em qualquer período de 12 meses com início ou término no ano fiscal em questão. Embora seja relevante a redução da regra dos 183 dias, essa proposta, por si só, não elimina as dificuldades relacionadas tanto à determinação da residência dos “nômades digitais”, quanto à identificação do “local de trabalho” em um contexto de economia digital. Ela apenas reduz o nível de presença física exigido para a tributação na fonte, e, como vimos, os “nômades digitais” ficam, normalmente, menos de três meses na mesma jurisdição.

Por essa razão, a eliminação completa da presença física enquanto critério para a alocação do direito de tributar ao Estado da Fonte, ou, ao menos, a redu-

³⁹ ONU. United Nations model double taxation convention between developed and developing countries 2017 update. New York: United Nations, 2017. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf. Acesso em: 8 abr. 2021. Esse dispositivo foi deletado da Convenção-Modelo da OCDE por conta de uma potencial sobreposição com o artigo 7º (cf. DE MAN, Fernando. A tributação de serviços na fonte e as convenções modelo: renascimento dos ideais do artigo 14 OECD. *Revista Direito Tributário Atual* v. 27. São Paulo: Dialética e IBDT, 2012, p. 39).

⁴⁰ BERETTA, Giorgio. “Work on the move”: rethinking taxation of labour income under tax treaties. *International Tax Studies* v. 5, n. 2, 2022, Journal Articles & Opinion Pieces IBFD, item 6.3.

ção da regra de 183 dias, prevista nos arts. 14 da CM-ONU e 15 da CM-OCDE, para um patamar mais apropriado à nova realidade, deve estar acompanhada de outras medidas. É importante o término da dicotomia emprego-prestação de serviços independente, conferindo-lhes o mesmo tratamento tributário à luz dos acordos de bitributação, bem como a remoção dos itens *b* (empregador no “local de trabalho”) e *c* (estabelecimento permanente do empregador no “local de trabalho”) do art. 15(2) da CM-OCDE.

Eventuais dificuldades administrativas (por exemplo, retenção do imposto) podem ser superadas por um instrumento de redistribuição, por meio do qual o Estado da Residência transferiria a parcela correspondente aos Estados de Fonte (algo similar ao sistema “One-Stop Shop – OSS” empregado na União Europeia para fins de VAT)⁴¹. Tal mecanismo seria implementado por meio da coordenação, da troca de informações e da assistência administrativa entre os países.

O presente estudo reconhece a dificuldade na implementação das medidas acima, e a possibilidade de que elas não sejam suficientes para enfrentar o “novo normal” como um todo. Além disso, as modificações nos arts. 14 e 15 seriam aplicadas, a princípio, a todos os prestadores/trabalhadores, inclusive àqueles do “velho normal”. Dessa maneira, entende-se que, com a expansão das novas modalidades de trabalho, dentre elas o “nomadismo digital”, e o potencial impacto na arrecadação de diferentes países, não pode ser afastada a introdução de um dispositivo específico para esse grupo nos acordos de bitributação, tal como aquele historicamente aplicado para os trabalhadores transfronteiriços e aquele constante no art. 15(3) da CM-OCDE para trabalhadores em aviões e embarcações.

4. Conclusão

A mobilidade de trabalho traz importantes desafios para empresas e indivíduos, relacionados à determinação da residência fiscal, e à tributação dos rendimentos obtidos por eles, seja sob a forma de emprego, seja sob a prestação de serviços. Isso porque, a residência fiscal e a alocação do poder de tributar aos Estados de Fonte estão, historicamente, atreladas à necessidade de uma presença física, um vínculo territorial. Embora tenha recebido pouca atenção das administrações tributárias, dos organismos internacionais e da doutrina tributária, essa máxima está sendo colocada em xeque também no campo das pessoas físicas.

O desenvolvimento tecnológico, acelerado pela pandemia do Covid-19, e a busca por novos estilos de vida (pessoal e profissional) transbordam os limites territoriais de jurisdições vizinhas, de modo que Brasil e Indonésia podem, dentro dessa nova realidade, ser considerados “vizinhos”. Assim, os “nômades digitais” podem ser vistos como os trabalhadores transfronteiriços do “novo normal”.

⁴¹ No mesmo sentido, cf. KOSTIC, Svetislav V. In search of the digital nomad – rethinking the taxation of employment income under tax treaties. *World Tax Journal* v. 11, n. 2, 2019, p. 212.

Nesse contexto, o presente estudo buscou analisar, especificamente, os “nômades digitais” e as dificuldades tributárias decorrentes de seu estilo de vida, sob a perspectiva exclusiva da tributação da pessoa física. Propõe-se a modificação das regras de residência, tanto no nível do direito interno quanto no nível dos acordos de bitributação (regras de desempate), a fim de relativizar a exigência de presença física ou de uma conexão territorial para a aquisição do status de residente.

Em relação à tributação dos rendimentos auferidos por esses indivíduos, sugere-se, basicamente, três mudanças. Primeiro, a eliminação completa da presença física enquanto proxy para que o Estado da Fonte exerça seu direito de tributar, ou, ao menos, a redução da regra de 183 dias, prevista nos arts. 14 da CM-ONU e 15 da CM-OCDE, para um patamar alinhado à realidade da economia digital. O segundo elemento se refere à eliminação da dicotomia vínculo empregatício-prestação de serviços independentes, de modo que ambos recebam o mesmo tratamento tributário, bem como a remoção dos itens *b* e *c* do art. 15(2) da CM-OCDE. Por fim, destaca-se que a proposta depende de um instrumento de redistribuição, por meio do qual o Estado da Residência transfira a parcela correspondente aos Estados de Fonte (locais onde o indivíduo está trabalhando remotamente). De todo modo, não pode ser descartada a inclusão de um dispositivo especial para os “nômades digitais” e outras modalidades de trabalho.

Apesar de cada cenário trazer desafios particulares e de não existir solução “universal”, o presente estudo buscou colocar um pouco de luz nesses problemas e demonstrar a necessidade de mudanças no sistema tributário internacional diante de uma nova realidade na qual a presença física é cada vez mais rara. Os indivíduos já perceberam isso; agora, cabe aos Estados adequarem seus regimes tributários ao “novo normal”.

5. Bibliografia

- BERETTA, Giorgio. “Work on the move”: rethinking taxation of labour income under tax treaties. *International Tax Studies* v. 5, n. 2, 2022, Journal Articles & Opinion Pieces IBFD.
- CHRISTIANS, Alisson. Jumping the line or out of the net? Tax and the immigration investor. *Tax Notes International* v. 88, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3099619. Acesso em: 7 abr. 2022.
- DANON, Robert J. Can tax treaty policy save us? The case of the digital economy. In: ECKER, Thomas; RESSLER, Gernot (ed.). *History of tax treaties: the relevance of the OECD documents for the interpretation of tax treaties*. Viena: Linde, 2011.
- DE LA FERIA, Rita; MAFFINI, Giorgia. The impact of digitalisation on personal income taxes. *British Tax Review* n. 2, 2021.
- DE MAN, Fernando. A tributação de serviços na fonte e as convenções modelo: renascimento dos ideais do artigo 14 OECD. *Revista Direito Tributário Atual* v. 27. São Paulo: Dialética e IBDT, 2012.

- GADZO, Stjepan. Croatia: a new (tax free) promised land for digital nomads? (Part I). *Kluwer International Tax Blog*, 2022. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2022/02/24/croatia-a-new-tax-free-promised-land-for-digital-nomads-part-i/>. Acesso em: 7 abr. 2022.
- GADZO, Stjepan. Croatia: a new (tax free) promised land for digital nomads? (Part II). *Kluwer International Tax Blog*, 2022. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2022/02/28/croatia-a-new-tax-free-promised-land-for-digital-nomads-part-ii/>. Acesso em: 7 abr. 2022.
- GOLD, Judith; EL-ASHRAM, Ahmed. A passport of convenience. *Finance & Development* v. 52, n. 4, 2015. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2015/12/gold.htm>. Acesso em: 7 abr. 2022.
- HONGLER, Peter; PISTONE, Pasquale. Blueprints for a new PE nexus to tax business income in the era of the digital economy. *WU International Taxation Research Paper Series*, 2015. Disponível em: <https://epub.wu.ac.at/4509/4/SSRN-id2591829.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2021.
- KOFLER, Georg; MAYR, Gunter; SCHLAGER, Christoph. Taxation of the digital economy: “quick fixes” or long-term solution? *European Taxation* v. 57, n. 12, 2017. Journal Articles & Opinion Pieces IBFD.
- KOSTIC, Svetislav V. In search of the digital nomad – rethinking the taxation of employment income under tax treaties. *World Tax Journal* v. 11, n. 2, 2019.
- MORENO, Andrés Báez. Covid-19 and fiscal policies: unnecessary and yet harmful: some critical remarks to the OECD note on the impact of the Covid-19 crisis on tax treaties. *Intertax* v. 48, n. 8/9, 2020.
- OCDE. Addressing the tax challenges of the digital economy, Action 1 – 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report_9789264241046-en. Acesso em: 7 abr. 2022.
- OCDE. Model tax convention on income and on capital 2017. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en. Acesso em: 7 abr. 2022.
- OCDE. OECD secretariat analysis of tax treaties and the impact of the Covid-19 crisis (3 Apr. 2020). Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/oecd-secretariat-analysis-of-tax-treaties-and-the-impact-of-the-covid-19-crisis-947dcb01/>. Acesso em: 7 abr. 2022.
- OCDE. Updated guidance on tax treaties and the impact of the Covid-19 pandemic (21 Jan. 2021). Disponível em: <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/updated-guidance-on-tax-treaties-and-the-impact-of-the-covid-19-pandemic-df42be07/>. Acesso em: 7 abr. 2022.
- PIGNATARI, Leonardo Thomaz. Article 15(2) of the OECD Model and the international hiring-out of labour: new criteria required? *Bulletin for International Taxation* v. 74, n. 8, 2020. Journal Articles & Opinion Pieces IBFD.

PIGNATARI, Leonardo Thomaz. Revisitando o Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas no Brasil: origens, justificativas e métodos de integração. *Revista Direito Tributário Atual* v. 46. São Paulo: IBDT, 2020.

Quando um Nômade Digital pode criar Uma Presença Tributária para seu Empregador?

Marta Oliveros Castelon

Advogada. Consultora tributária alemã (“Steuerberaterin”). Professora na Universidade Ludwig-Maximilians de Munique. Doutorada pela Universidade de São Paulo e pela Universidade Ludwig-Maximilians de Munique.

I. Introdução

Nas últimas décadas, o trabalho remoto internacional cresceu de maneira visível. Empresas de vários ramos transferiram seu setor de teleatendimento para países com menores custos salariais. Na Alemanha, grande parte das multinacionais têm seus serviços de suporte interno – *e.g.*, informática, contabilidade e agendamento de viagens – na Índia ou em países do leste europeu.

Muitos dos profissionais que trabalham de maneira remota são verdadeiros nômades digitais. Por precisarem apenas de um computador e de uma conexão com a internet para trabalhar, essas pessoas viajam com frequência e trabalham das mais diversas partes do mundo.

Há décadas profissionais do setor de informática agem como nômades digitais. Em outros setores, como por exemplo o direito, consultoria empresarial e ensino, o trabalho remoto ainda era a exceção até há pouco tempo.

Com o advento da Covid-19, várias atividades antes exercidas presencialmente passaram a ser executadas de forma remota. Na Alemanha, a lei de proteção contra infecções instituiu para os empregadores o dever de possibilitar o trabalho remoto sempre que possível enquanto a pandemia perdurasse¹. Esse dever deixou de vigorar a partir de 19 de março de 2022².

O dever de trabalhar de casa criou imediatamente situações de trabalho remoto internacional no caso dos chamados trabalhadores de fronteira, *i.e.*, empregados que antes da pandemia já moravam em países vizinhos, tais como Áustria, Suíça, Bélgica, França e Holanda, e viajavam diariamente para seus locais de trabalho na Alemanha ou vice-versa.

Ademais, várias pessoas que normalmente residiam e trabalhavam da Alemanha utilizaram o ensejo para trabalharem do exterior, seja para estarem mais perto de membros da família, seja para estarem em um país com mais horas de

¹ Cf. §§ 28a (4), (7) da lei alemã de proteção contra infecções, alterada pela última vez pelo art. 4º da lei de 18 de março de 2022 (BGBl. I S. 473) (Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 18. März 2022 (BGBl. I S. 473) geändert worden ist).

² Cf. §§ 28a (10) da lei alemã de proteção contra infecções, alterada pela última vez pelo art. 4º da lei de 18 de março de 2022 (BGBl. I S. 473) (Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 18. März 2022 (BGBl. I S. 473) geändert worden ist).

sol e/ou com um menor custo de vida, seja por outros motivos. Também pessoas que residiam e trabalhavam no exterior passaram a trabalhar de forma remota a partir da Alemanha durante o período da pandemia.

Do ponto de vista do direito tributário internacional, ao menos duas questões relevantes se colocam em caso de empregados que trabalham de forma remota: Primeiro, se a presença do empregado no exterior cria uma presença tributária para o empregador na forma de um estabelecimento permanente (a seguir: EP) nos termos do art. 5º da Convenção Modelo OCDE (a seguir: CM OCDE) ou chega mesmo a acarretar um deslocamento da sede de direção efetiva e consequentemente da residência fiscal da empresa nos termos do art. 4º, § 3º, da CM OCDE. Segundo, se o deslocamento do local de trabalho cria um direito de tributação do salário para o Estado no qual o empregado exerce suas atividades nos termos do art. 15 da Convenção CM OCDE ou mesmo a alteração da residência fiscal do empregado consoante o art. 4º, § 1º, da CM OCDE.

O presente texto se concentrará na primeira questão, isto é, no risco de criação de uma presença tributária para o empregador na forma de um EP. Primeiramente, analisar-se-á a questão à luz de um exemplo prático tendo em vista da prática alemã refletida nos acordos de bitributação, na jurisprudência e na prática das autoridades fiscais. Essa prática compreende o período anterior à pandemia e se estende até o final da vigência das medidas excepcionais adotadas no contexto da Covid-19. Em segundo lugar, analisar-se-ão propostas de como o tema deva ser tratado daqui para a frente, quando se espera que muitos empregadores que exigiam o trabalho presencial passem a permitir o trabalho remoto ou híbrido. Em seguida, tratar-se-á da questão sob o prisma da política fiscal (*tax policy*) tendo em conta os princípios de direito tributário internacional. Seguir-se-á à conclusão.

II. Prática alemã

II.1. Jurisprudência acerca da criação de EP em virtude de trabalho remoto prestado por consultor

EP em virtude de *home office*

Imaginemos Ingrid, uma residente austríaca que trabalhe como consultora em uma empresa austríaca de consultoria financeira. Em determinado ano, ela trabalha durante 200 dias de uma casa nos Alpes alemães.

Os rendimentos recebidos pelo empregador de Ingrid deveriam ser classificados como lucros de empresa nos termos do art. 7º, § 1º, do acordo de bitributação Alemanha-Áustria de 2002 (doravante: Acordo DE-AT). De acordo com referido dispositivo, a totalidade dos lucros de empresa deveria ser tributada na Áustria, a menos que houvesse um EP na Alemanha.

O conceito de EP está regulado no art. 5º do acordo DE-AT, o qual tem redação idêntica ao dispositivo equivalente da CM OCDE na versão de 2014.

Tendo em vista que tanto a Alemanha quanto a Áustria são membros da OCDE, os Comentários à Convenção Modelo OCDE (doravante: Comentários OCDE) são normalmente utilizados pela administração tributária e pelo Poder Judiciário desses países como guia de interpretação.

A jurisprudência³ e a doutrina⁴ majoritária alemãs entendem que a interpretação dos acordos de bitributação deva ser feita de forma estática, ou seja, consoante a versão dos Comentários OCDE em vigor por ocasião da conclusão do acordo. Isto porque somente esta versão poderia ser considerada como fazendo parte do contexto do acordo nos termos do art. 31, § 1º, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Alterações nos Comentários OCDE somente deveriam ser levadas em consideração quando trouxessem meros esclarecimentos. À vista de um caso concreto, porém, a linha divisória entre inovação e mero esclarecimento é frequentemente tênue, podendo gerar controvérsias.

Para resolvermos o nosso exemplo, nos pautaremos na jurisprudência alemã e na versão de 2017 dos Comentários OCDE na medida em que ela seja idêntica à versão de 2000. Salientaremos alterações nos Comentários OCDE, tentando definir se devem ser entendidas como inovações ou meros esclarecimentos.

De acordo com os Comentários OCDE, Ingrid criaria um EP para o seu empregador em caso de preenchimento dos seguintes pré-requisitos: (i) sua casa fosse considerada um lugar fixo em termos espaciais⁵, (ii) as atividades da empresa fossem exercidas através de sua casa⁶, (iii) referidas atividades não tivessem caráter meramente preparatório ou auxiliar⁷, (iv) esse exercício ocorresse de forma duradoura/permanente⁸ e (v) o empregador tivesse poder de disposição sobre a sua casa⁹.

Os três primeiros pré-requisitos seriam provavelmente preenchidos. Afinal, a casa de Ingrid pode ser considerada um lugar fixo em termos espaciais, o trabalho para a empresa é realizado nesse espaço e as atividades realizadas por Ingrid coincidem com a atividade principal da empresa. Com relação ao quarto pré-requisito, os Comentários OCDE preveem que a noção de durabilidade/per-

³ M. Lehner, *Grundlagen des Abkommensrechts*. In: Vogel/Lehner, *Doppelbesteuerungsabkommen*, 7. Aufl. 2021, Rn. 127. Exemplos de julgados do Tribunal Fiscal Federal (*Bundesfinanzhof*) em que se defende a interpretação estática: BFH v. 25.11.2015, I R 50/14, BStBl. II 2017, 247; BFH v. 21.8.2015, I R 63/13, BFH/NV 2016, 36 Rz. 13; BFH v. 10.6.2015, I R 79/13, BStBl. II 2016, 326 Rz. 24.

⁴ M. Lehner, *Grundlagen des Abkommensrechts*. In: Vogel/Lehner, *Doppelbesteuerungsabkommen*, 7. Aufl. 2021, Rn. 127; K. Vogel, BIFD 2000, 612 (615); M. Lang, FS Lehner, p. 209 (214); Bosman, *Intertax* 2016, 392 (393); Dürrschmidt, IStR 2015, 617 (626); Gosch, ISR 2013, 87 (92); Gosch., IStR 2014, 698 (699).

⁵ § 21 dos Comentários OCDE de 2017 ao art. 5º.

⁶ §§ 35 e seguintes dos Comentários OCDE de 2017 ao art. 5º.

⁷ Cf. art. 5º (4) da Convenção Modelo OCDE de 2017.

⁸ § 28 dos Comentários OCDE de 2017 ao art. 5º.

⁹ §§ 12 e seguintes dos Comentários OCDE de 2017 ao art. 5º.

manência deva ser interpretada em virtude do caso concreto. Em geral, atividades com duração inferior a seis meses não são tidas como duradouras¹⁰. Esse parâmetro, em geral, tem sido seguido pela jurisprudência alemã.

No exemplo, portanto, fora do contexto da pandemia o pré-requisito da duração teria sido preenchido. Em vista do dever de trabalhar de casa durante a pandemia, instituído por lei¹¹, a Alemanha concluiu acordos com diversos países vizinhos acerca da (não) criação de EP em virtude de *home office*. Um desses acordos foi concluído com a Áustria em outubro de 2020, abrangendo períodos a partir de 11 de março de 2020¹². Sua última versão foi publicada em dezembro de 2021, tendo permanecido em vigor até 31 de março de 2022¹³. Doravante denominaremos esse acordo de *Acordo Covid DE-AT*.

Referido acordo previa que um empregado que realizasse atividades em *home office* apenas em resultado das medidas de combate à pandemia da Covid-19, via de regra não criaria um EP para o empregador na acepção do art. 5º do Acordo DE-AT, ainda que as atividades exercidas fossem mais do que meramente preparatórias ou auxiliares¹⁴. Isso porque se trataria de uma situação de força maior, na qual não se poderia supor uma intenção do empregado de exercer as atividades de maneira duradoura no outro país¹⁵.

Esse acordo segue a linha da orientação (*guidance*) publicada pela OCDE em abril de 2020, consolidando a prática da maioria dos Estados-membros da OCDE relativamente à criação de EPs devido à presença de empregados no exterior em virtude da pandemia¹⁶. Essa orientação foi posteriormente atualizada pela *Upda-*

¹⁰ § 28 dos Comentários OCDE de 2017 ao art. 5º.

¹¹ §§ 28a (4), (7) da lei alemã de proteção contra infecções, alterada pela última vez pelo art. 4º da lei de 18 de março de 2022 (BGBl. I S. 473) (Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 18. März 2022 (BGBl. I S. 473) geändert worden ist).

¹² Konsultationsvereinbarung zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich vom 27. Oktober 2020; Steuerliche Behandlung des Arbeitslohns von Arbeitnehmern sowie von im öffentlichen Dienst Beschäftigten im Homeoffice sowie Kurzarbeitergeld und Kurzarbeiterunterstützung, IV B 3 – S 1301-AUT/20/10002:001.

¹³ Konsultationsvereinbarung zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich vom 14. Dezember 2021; Steuerliche Behandlung des Arbeitslohns von Arbeitnehmern sowie von im öffentlichen Dienst Beschäftigten im Homeoffice, Kurzarbeitergeld und Kurzarbeiterunterstützung sowie Homeoffice-Betriebsstätten, V B 3 – S 1301-AUT/20/10001:002.

¹⁴ Konsultationsvereinbarung zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich vom 14. Dezember 2021; Steuerliche Behandlung des Arbeitslohns von Arbeitnehmern sowie von im öffentlichen Dienst Beschäftigten im Homeoffice, Kurzarbeitergeld und Kurzarbeiterunterstützung sowie Homeoffice-Betriebsstätten, V B 3 – S 1301-AUT/20/10001:002, p. 5.

¹⁵ Konsultationsvereinbarung zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich vom 14. Dezember 2021; Steuerliche Behandlung des Arbeitslohns von Arbeitnehmern sowie von im öffentlichen Dienst Beschäftigten im Homeoffice, Kurzarbeitergeld und Kurzarbeiterunterstützung sowie Homeoffice-Betriebsstätten, V B 3 – S 1301-AUT/20/10001:002, p. 5.

¹⁶ OECD, OECD secretariat analysis of tax treaties and the impact of the Covid-19 crisis, 3. April 2020.

*ted guidance on tax treaties and the impact of the Covid-19 pandemic*¹⁷. Referir-nos-emos à última como *Orientação OCDE*.

De acordo com a Orientação OCDE, não haveria criação de EP sempre que não tivesse havido EP antes do advento da pandemia e as atividades que poderiam dar origem ao EP cessassem o mais tardar ao final das restrições de viagem ligadas à pandemia¹⁸. Isso porque nesse caso a estada no exterior teria caráter transitório e excepcional, ainda que excedendo o marco de seis meses.

No caso em análise, caso a estada tivesse ocorrido somente durante a pandemia, o pré-requisito da duração provavelmente não teria sido considerado preenchido.

Passemos ao quinto elemento necessário à caracterização de EP, qual seja, o poder de disposição. Até a versão de 2017, os Comentários OCDE não continham menção expressa aos casos de *home office*. A partir dessa versão, os Comentários passaram a prever que a casa de um empregado seria considerada como estando à disposição do empregador quando ela fosse usada de maneira habitual para a realização do trabalho e referido uso fosse requerido pelo empregador, ainda que de forma tácita, *e.g.*, ao não disponibilizar um local de trabalho na empresa¹⁹.

É difícil determinar se as passagens dos Comentários OCDE que cuidam de EP em caso de *home office* são meros esclarecimentos ou inovações. Por um lado, parece-nos defensável entender que uma casa/*home office*, enquanto lugar fixo em termos de espaço através do qual atividades empresariais possam ser exercidas, sempre tivesse estado dentro do potencial escopo objetivo de EP. Nesse sentido, na medida em que os Comentários OCDE determinam que os pré-requisitos da durabilidade e do poder de disposição são aplicáveis aos casos de *home office*, tratar-se-ia de mero esclarecimento. Por outro lado, é questionável até que ponto possa ser entendido como mero esclarecimento a pressuposição do poder de disposição do empregador nos casos em que ele não coloque outro local de trabalho à disposição do empregado.

A aplicação ao nosso exemplo das passagens dos Comentários OCDE que cuidam de EP em caso de *home office* seria, portanto, questionável.

Voltemos nosso olhar para a jurisprudência alemã. Até o momento, tem-se interpretado de maneira restritiva o pré-requisito do poder de disposição em caso de *home office*. Ao interpretar o conceito doméstico de EP, o Tribunal Fiscal Federal (*Bundesfinanzhof*) entendeu que não se poderia falar em poder de disposição do empregador devido ao direito fundamental do empregado à inviolabilidade

¹⁷ OECD, Updated guidance on tax treaties and the impact of the Covid-19 pandemic, 21. January 2021.

¹⁸ OECD, Updated guidance on tax treaties and the impact of the Covid-19 pandemic, 21. January 2021, §§ 10, 16 e 19.

¹⁹ § 18 dos Comentários OCDE de 2017 ao art. 5º.

do lar, do qual decorre a ausência de um poder irrestrito do empregador sobre a casa do empregado²⁰. Nesse sentido, entendeu o Tribunal Fiscal Federal em outro julgado que as residências particulares de viajantes/representantes comerciais não deveriam ser consideradas EPs ainda que seus empregadores tivessem o direito de entrar em ditas residências no exercício de seus poderes de inspeção²¹.

Embora esses casos se refiram ao conceito doméstico de EP e os acordos de bitributação requeiram interpretação autônoma, não há indícios de que o conceito de EP do Acordo DE-AT seria interpretado de maneira diversa. Na doutrina, todavia, já se aventa a hipótese de que no futuro o poder de disposição em caso de *home office* possa ser interpretado de maneira menos estrita, nos termos dos Comentários OCDE de 2017²².

Vale notar, porém, que o poder de disposição do empregador é considerado mais facilmente caracterizado no caso de diretor de empresa. Nesse sentido, o Tribunal Fiscal Federal considerou haver EP para fins do acordo de bitributação Alemanha-Estados Unidos quando um dos diretores de uma pessoa jurídica estadunidense cuja principal atividade era distribuir produtos norte-americanos em território alemão alugara um local na Alemanha a partir do qual ele trabalhou para a empresa por mais de seis meses²³. Do relatório do acórdão não ficou claro se o local de trabalho alugado ficava dentro de uma casa/apartamento utilizado para fins residenciais. O acórdão, porém, fixou que o fato de o contrato de aluguel ter sido concluído pelo empregado/diretor não impedia caracterização de poder de disposição por parte da empresa empregadora.

Em um caso mais recente, ao interpretar o acordo de bitributação Alemanha-Uruguai, a primeira instância (*FG München*) considerou que a casa alugada na Alemanha por um consultor de informática autônomo residente no Uruguai configuraria um EP de sede de direção em caso de prestação de serviços por mais de seis meses, independentemente de haver um telefone ou uma mesa de trabalho à sua disposição²⁴. Referido julgamento encontra-se pendente de revisão²⁵.

No julgado em tela, os serviços de informática eram prestados na empresa do cliente. Ao entender que a casa do consultor deveria ser considerada um EP de sede de direção, a primeira instância não se pronunciou sobre se as dependências de um cliente poderiam ser consideradas um EP. Esta questão tem sido objeto de

²⁰ BFH v.10.11.1998, I B 80/97.

²¹ BFH, Beschluss vom 21.02.1963 – I B 98/61.

²² Schuster/Verleger, Wenn das Home zum Office wird – Bedingt jede Tätigkeit im Homeoffice eine Betriebsstätte im abkommensrechtlichen Sinn?, NWB, 22.01.2021: <https://www.nwb.de/internationales-steuerrecht/homeoffice-abkommensrechtliche-betriebsstaette-22012021> (último acesso: 2 abr. 2022); Schrade/Denninger: Homeoffice im Ausland – Relevanz des Steuerrechts für Arbeitgeber, NZA 2021, 102 (105-106).

²³ BFH, Urteil vom 30.01.1974 – I R 87/72, BStBl. 1974 II S. 327.

²⁴ FG München, Urteil v. 31.5.2017 – 9 K 3041/15.

²⁵ Nichtzulassungsbeschwerde, Az. BFH: I B 62/17.

grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial, principalmente após a introdução do famoso exemplo do pintor nos Comentários OCDE de 2003²⁶, o qual foi considerado por alguns uma tentativa de introdução disfarçada do EP de serviços na CM OCDE através de mera interpretação²⁷.

O objeto do julgado difere do exemplo da consultora austríaca Ingrid, ora analisado, por tratar de um prestador de serviços autônomo. Por um lado, é fácil concordar que um trabalhador autônomo tenha poder de disposição sobre a casa que aluga. Por outro lado, a aplicabilidade do conceito de sede de direção a um trabalhador autônomo é ao menos controversa.

Seguindo a linha de raciocínio do julgado *in casu*, todo trabalhador autônomo que prestasse serviços por mais de seis meses na Alemanha poderia dar origem a um EP de sede de direção. Essa consequência não é de todo satisfatória pelos seguintes motivos: primeiro, por ser controversa a aplicabilidade do conceito de sede de direção a trabalhadores autônomos. Afinal, um trabalhador autônomo apenas dirige a si mesmo e não tem como deixar de fazê-lo. Segundo, ao não se exigir equipamentos e mobília de escritório para caracterização de sede de direção, toda moradia utilizada para fins meramente privados seria suscetível de caracterização como EP. Terceiro, criar-se-ia uma diferenciação questionável entre prestadores de serviços autônomos e empresas que prestem serviços através de seus empregados. Isso porque no caso de empresas prestadoras de serviços a moradia de um empregado dificilmente seria considerada pela jurisprudência alemã como um EP devido à ausência de poder de disposição por parte do empregador.

Na prática, o resultado do julgado foi equivalente à criação de um EP de serviços individuais, à semelhança do previsto no item 144 lit. a dos Comentários OCDE ou no art. 14 (1) (b) da Convenção Modelo da ONU de 2021. O intuito do julgador foi provavelmente equiparar o patamar para a tributação de rendimentos de serviços autônomos ao patamar para a tributação de salários²⁸.

É questionável, porém, a introdução de um EP de serviços apenas através de interpretação, sem previsão expressa em acordo. Ademais, ao se aproximar a tributação de rendimentos do trabalho autônomo à tributação de rendimentos do emprego, cria-se um desequilíbrio entre a tributação de rendimentos do trabalho autônomo e de rendimentos da prestação de serviços por pessoas jurídicas através de seus empregados (lucros de empresas). A questão da necessidade de coerência

²⁶ Cf. § 4.5 dos Comentários OCDE de 2017 ao art. 5º.

²⁷ Para mais detalhes acerca da discussão doutrinária sobre a possibilidade de criação de um EP em virtude da prestação de serviços nas dependências do cliente, cf. M. Castelon, *International taxation of income from services under double taxation conventions: development, practice and policy*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2018, p. 171 ss.

²⁸ Acerca da razão de ser do EP de serviços individuais, cf. M. Castelon, *International taxation of income from services under double taxation conventions: development, practice and policy*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2018, p. 315 ss.

entre a tributação dos vários tipos de rendimentos de serviços e salários já foi discutida detalhadamente pela autora em outra ocasião²⁹.

Em conclusão, no exemplo sob análise, de acordo com a jurisprudência alemã Ingrid não teria criado um EP para seu empregador na Alemanha em razão da falta de poder de disposição do empregador sobre a casa da empregada, independentemente de sua estada ter ocorrido antes ou durante a pandemia. Há um risco, porém, de que no futuro o pré-requisito do poder de disposição com relação ao *home office* passe a ser interpretado de maneira menos estrita, na linha do que preveem os Comentários OCDE após 2017.

EP em virtude de quarto de hotel

Sigamos com o exemplo acima, imaginado, porém, que Ingrid trabalhe a partir de um hotel na Alemanha.

Assim como no exemplo do *home office*, os elementos cruciais para se determinar a configuração de um EP nesse caso são a duração da presença e o poder de disposição sobre o quarto de hotel.

Também aqui uma duração superior a seis meses seria considerada pela jurisprudência como presença duradoura. Uma exceção seria feita no contexto da Covid-19, como visto acima.

Com relação ao poder de disposição, a jurisprudência alemã até o momento tem negado o poder de disposição do hóspede e conseqüentemente de seu empregador sobre um quarto de hotel ou de pensão, ainda quando um empregado permaneça vários meses em um mesmo quarto de hotel³⁰. Entende-se que nesses casos o locatário não tem direito de dispor sobre um quarto específico e conseqüentemente não tem poder fático nem jurídico de dispor sobre um determinado espaço de trabalho. Ademais, do ponto de vista do locador, tanto um quarto de hotel quanto um quarto de pensão seriam colocados à disposição do locatário apenas de forma transitória e para uso privado³¹.

Em conclusão, caso Ingrid exercesse suas atividades a partir de um quarto de hotel na Alemanha não restaria caracterizado um EP para seu empregador, tanto antes quanto durante a pandemia.

II.2. Como será a tributação do *new normal*?

Questiona-se como será tratada a questão da criação de EP por empregados após o término da pandemia. Esta questão foi abordada em carta assinada por

²⁹ Para uma discussão detalhada acerca da necessidade de coerência entre a tributação de rendimentos empresariais e de rendimentos de atividades profissionais, cf. M. Castelon, *International taxation of income from services under double taxation conventions: development, practice and policy*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2018, p. 338 ss.

³⁰ BFH Urteil v. 10.05.1961 – IV 155/60 U BStBl 1961 III S. 317; FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 24.04.1998 – 4 K 2608/95; Wassermeyer/Wassermeyer/Kaeser OECD-MA 2017 Art. 5 Rn. 32.

³¹ FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 24.04.1998 – 4 K 2608/9 – nicht rechtskräftig.

representantes de diversas associações empresariais alemãs endereçada à OCDE e à Comissão Europeia, datada de 13 de dezembro de 2021³².

Referida carta pleiteia harmonização multilateral do entendimento acerca da possibilidade de criação de EP em virtude de *home office*. Defende-se que o trabalho remoto em regime de *home office* ou em hotel não deva criar automaticamente um EP³³.

Em primeiro lugar, propõe-se que um EP não deva ser considerado caracterizado caso (i) o empregado disponha de um lugar para trabalhar no país em que seja empregado, (ii) o trabalho seja realizado de forma remota a pedido do empregado e (iii) a estada no exterior se dê por um período curto (por exemplo até 120 dias de trabalho ou até 183 dias dentro de um período de 12 meses)³⁴. Consoante a carta, esse raciocínio também deveria ser aplicado caso o trabalho no exterior fosse realizado através de um escritório/espço no estabelecimento de uma empresa subsidiária da empregadora³⁵.

Em segundo lugar, propõe-se que, ainda quando o trabalho remoto exceda o período determinado como de curta duração, não se considere automaticamente que um EP tenha sido criado. Requer-se que os critérios temporal (duração), legal (poder de disposição) e qualitativo (tipo de atividade) sejam definidos de forma precisa, permitindo uma aplicação uniforme por diversos Estados.

Relativamente ao critério da duração, requer-se que um período de até 120 dias de trabalho ou uma estada de 183 dias em um período de 12 meses não caracterizem presença duradoura³⁶.

Com relação ao critério legal, pleiteia-se que o poder de disposição do empregador sobre a casa do empregado somente possa ser presumido em casos excepcionais. Os seguintes fatores deveriam ser considerados como indícios de ausência de poder de disposição do empregador: (i) casa não é disponibilizada pelo empregador, não havendo reembolso dos custos a ela associados, (ii) empregador tem direito limitado de acesso e (iii) empregador não requer a realização do trabalho a partir do exterior, o que poderia ser evidenciado pelo fato de o emprega-

³² Carta disponível on-line: <https://www.gdv.de/resource/blob/74120/fd086f19b77928aba662dbb-b3e3c2c15/8er-stellungnahme-homeoffice-ausland-stellungnahme-data.pdf> (último acesso: 18 abr. 2022).

³³ Carta disponível on-line: <https://www.gdv.de/resource/blob/74120/fd086f19b77928aba662dbb-b3e3c2c15/8er-stellungnahme-homeoffice-ausland-stellungnahme-data.pdf> (último acesso: 18 abr. 2022), p. 4.

³⁴ Carta disponível on-line: <https://www.gdv.de/resource/blob/74120/fd086f19b77928aba662dbb-b3e3c2c15/8er-stellungnahme-homeoffice-ausland-stellungnahme-data.pdf> (último acesso: 18 abr. 2022), p. 4.

³⁵ Carta disponível on-line: <https://www.gdv.de/resource/blob/74120/fd086f19b77928aba662dbb-b3e3c2c15/8er-stellungnahme-homeoffice-ausland-stellungnahme-data.pdf> (último acesso: 18 abr. 2022), p. 4.

³⁶ Carta disponível on-line: <https://www.gdv.de/resource/blob/74120/fd086f19b77928aba662dbb-b3e3c2c15/8er-stellungnahme-homeoffice-ausland-stellungnahme-data.pdf> (último acesso: 18 abr. 2022), p. 5.

dor colocar um local de trabalho à disposição do empregado no Estado de contratação³⁷. Ainda nos casos em que se tenha estabelecido contratualmente que a prestação de serviços deva ocorrer de forma híbrida, não haveria que se falar em poder de disposição do empregador sobre a casa do empregado quando o empregador não possa requerer a prestação de serviços em regime de *home office* nos dias fixados para a prestação de serviços na empresa³⁸.

Relativamente ao critério qualitativo, a carta pleiteia interpretação no sentido de se considerar preparatória ou auxiliar qualquer atividade não ligada à atividade principal da empresa ou que não possa ser utilizada diretamente para a atividade principal da empresa³⁹. Nesse sentido, sustenta-se que funções de grupo (*group functions*) sejam consideradas preparatórias ou auxiliares⁴⁰. Assim, por exemplo, advogados e contadores de uma empresa que produza máquinas realizariam atividade auxiliar que não poderia dar origem a um EP.

A carta é um passo importante para as empresas alemãs na busca por segurança jurídica. Em linhas gerais, os critérios sugeridos pela carta não diferem daqueles elencados nos Comentários OCDE.

Do ponto de vista prático, é louvável que se requeira a fixação de um número exato de dias para determinação da duração. Também andou bem a carta ao pleitear interpretação ampla do conceito de atividades preparatórias ou auxiliares. Deve-se evitar que EPs sejam considerados existentes quando praticamente não haja lucro alocável a referidos EPs.

Com relação ao critério do poder de disposição do empregador, não é claro para a autora por que a carta e também os Comentários OCDE consideram a existência de um local de trabalho à disposição do empregador no local de contratação como critério relevante para a determinação da ausência de poder de disposição do empregador sobre a casa do empregado. Do ponto de vista da autora, da ausência de local de trabalho à disposição do empregado no Estado da contratação, não se pode inferir poder de disposição do empregador sobre o domicílio do empregado⁴¹. Exigir que se disponibilize um local de trabalho para

³⁷ Carta disponível on-line: <https://www.gdv.de/resource/blob/74120/fd086f19b77928aba662dbb-b3e3c2c15/8er-stellungnahme-homeoffice-ausland-stellungnahme-data.pdf> (último acesso: 18 abr. 2022), p. 6-7.

³⁸ Carta disponível on-line: <https://www.gdv.de/resource/blob/74120/fd086f19b77928aba662dbb-b3e3c2c15/8er-stellungnahme-homeoffice-ausland-stellungnahme-data.pdf> (último acesso: 18 abr. 2022), p. 7.

³⁹ Carta disponível on-line: <https://www.gdv.de/resource/blob/74120/fd086f19b77928aba662dbb-b3e3c2c15/8er-stellungnahme-homeoffice-ausland-stellungnahme-data.pdf> (último acesso: 18 abr. 2022), p. 7-8.

⁴⁰ Carta disponível on-line: <https://www.gdv.de/resource/blob/74120/fd086f19b77928aba662dbb-b3e3c2c15/8er-stellungnahme-homeoffice-ausland-stellungnahme-data.pdf> (último acesso: 18 abr. 2022), p. 8.

⁴¹ Cf. M. Castelon, *International taxation of income from services under double taxation conventions: development, practice and policy*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2018, p. 268-269.

que se afaste a presunção de EP poderia acarretar custos desnecessários para empresas, que seriam compelidas a manter um local de trabalho à disposição do empregado ainda que sabendo que ele não seria utilizado durante determinado período.

Uma solução para a interpretação do conceito de EP em caso de *home office* consistiria em se interpretar o pré-requisito de que a atividade seja exercida através de um local (casa do empregador) como somente tendo sido preenchido nos casos em que este local se localize no mesmo Estado em que o mercado para o qual referida atividade se dirige – ou a atividade final da qual a atividade realizada seja parte, desde que não se trate de atividade preparatória ou auxiliar.

Sugerida interpretação restritiva do critério “através de” é consentânea com a origem do conceito de EP como indício de ligação entre uma empresa e o mercado de um país⁴². Ademais, referida interpretação teria a vantagem prática de evitar o reconhecimento de EPs nas situações em que fosse improvável a existência de lucros alocáveis ao Estado a partir do qual o empregado trabalhe em regime de *home office*.

III. De lege ferenda: considerações de política fiscal

Contextualizando a questão: evolução da tributação internacional de serviços empresariais desde o primeiro acordo de bitributação da história

É impossível, ou ao menos insensato, dizer como deve ser o amanhã sem entender o porquê do hoje. Nesse sentido, vale a pena uma breve análise da evolução da tributação internacional de serviços empresariais antes que se façam sugestões *de lege ferenda*.

A presente CM OCDE tem suas origens no acordo de bitributação Prússia-Saxônia de 1869, perpassando pelas leis alemãs do século XIX e do início do século XX que cuidavam da divisão interestatal de competências tributárias⁴³. Também exerceram forte influência os acordos internacionais concluídos pela Alemanha e por outros Estados europeus no início do século XX. Os Estados Unidos, que concluíram seu primeiro acordo de bitributação somente em 1932⁴⁴, começam a assumir papel preponderante na política fiscal internacional somente no pós-Segunda Guerra.

⁴² Para uma discussão acerca da origem e conceito de EP desde o primeiro acordo de bitributação da história, cf. M. Castelon, *International taxation of income from services under double taxation conventions: development, practice and policy*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2018, p. 29 ss.

⁴³ Para uma análise completa de referida evolução, cf. M. Castelon, *International taxation of income from services under double taxation conventions: development, practice and policy*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2018, p. 29-166.

⁴⁴ Acordo de bitributação França-Estados Unidos, em: *Internal Revenue Bulletin – Cumulative Bulletin*, Treasury Department, Bureau of Internal Revenue v. 14, 1935, ruling n. 7631, 535.

Da evolução da tributação internacional de serviços é possível traçar as seguintes conclusões:

– *EP enquanto instalação fixa de negócios não era considerado o único nexa legítimo/adequado*

De fato, já os primeiros acordos de bitributação da história excepcionavam atividades itinerantes da necessidade de EP. Este padrão foi mantido nos *Drafts* do México de 1943⁴⁵ e de Londres de 1946⁴⁶. O *Draft* OCDE de 1963 seguiu a mesma linha, mas restringiu a exceção às atividades de artistas e esportistas (art. 17 da CM OCDE) e de navegação (art. 8º da CM OCDE). O motivo da restrição não é claro. Pode-se supor, porém, que tenha ocorrido para atender aos interesses dos países mormente exportadores de serviços⁴⁷.

A adoção do local da atividade ao invés do EP como nexa para a tributação de atividades itinerantes justifica-se por referidas atividades geralmente não se realizarem por meio de presença física duradoura em determinado território. Exigir um EP nesses casos acabaria por significar a negação do direito de tributar do Estado em que se encontram o mercado e a fonte de pagamento.

No caso dos rendimentos de navegação marítima e aérea, a não aplicação do EP como nexa justifica-se pelo caráter móvel da atividade, enquanto a atribuição do direito de tributar exclusivamente ao Estado da sede de direção efetiva tem sua origem em leis inglesas do século XIX⁴⁸.

Outra exceção à exigência de EP aplica-se à tributação de remunerações de direção (art. 16 da CM OCDE), cujo nexa aplicável costuma ser o Estado de residência da sociedade. Essa exceção explica-se pelo intuito de se aproximar a tributação da parte variável da remuneração de diretores da tributação de dividendos⁴⁹. Com o tempo, porém, a exceção estendeu-se à totalidade da remuneração de diretores.

Excepcionam-se da aplicação do conceito de EP, ademais, as remunerações governamentais (art. 19 da CM OCDE). Nesse caso, a competência tributária é conferida integralmente ao Estado empregador. A razão de

⁴⁵ Fiscal Committee of the League of Nations, *London and Mexico Model Tax Conventions: commentary and text*. Official N.: C.88.M.88.1946.II.A (Geneva: League of Nations, 1946).

⁴⁶ Fiscal Committee of the League of Nations, *London and Mexico Model Tax Conventions: commentary and text*. Official N.: C.88.M.88.1946.II.A (Geneva: League of Nations, 1946).

⁴⁷ Para uma discussão aprofundada, cf. M. Castelon, *International taxation of income from services under double taxation conventions: development, practice and policy*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2018, p. 144-147.

⁴⁸ M. Castelon, *International taxation of income from services under double taxation conventions: development, practice and policy*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2018, p. 163.

⁴⁹ M. Castelon, *International taxation of income from services under double taxation conventions: development, practice and policy*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2018, p. 164.

ser de referida regra consiste na ideia de respeito mútuo à soberania estatal, evitando que um Estado tribute rendimentos advindos de outro⁵⁰.

– *O conceito de EP é um indício de pertença econômica*

O conceito de EP enquanto nexa para tributação internacional sempre foi entendido como indício de pertença econômica no sentido de ligação econômica duradoura com um mercado, apta a colocar um não residente em posição econômica equiparável à de um residente.

Referido conceito foi sendo ajustado ao longo do tempo de forma a se adaptar à realidade econômica da época. Destarte, já no final do século XIX dispensou-se a necessidade de instalação fixa de negócios em caso de agente dependente que negociasse habitualmente em um Estado por conta de empresa residente em outro Estado⁵¹. Afinal, nesse caso a penetração econômica significativa em um mercado independia de presença física duradoura em determinada instalação específica.

No pós-Primeira Guerra, com a multiplicação de projetos de (re)construção, entendeu-se por bem dispensar o pré-requisito de instalação fixa no caso de projetos de construção, já que também nesse contexto uma penetração econômica significativa independia de instalação fixa⁵².

Já nos casos em que uma instalação fixa, embora existente, não fosse suficiente para criar uma presença econômica significativa em determinado mercado, considerava-se não haver EP. Destarte, já em 1927 considerou-se que tubos (*pipelines*) utilizados para o transporte de gás, água ou eletricidade entre dois Estados não criavam EPs em Estados que apenas estivessem entre o início e o destino final⁵³.

Referidos exemplos de adaptação do conceito de EP demonstram que a exigência de instalação fixa em um território não é condição nem absoluta nem suficiente para a criação de um EP e, portanto, atribuição do direito de tributar ao Estado de não residência. Um EP só deve ser considerado existente nos casos em que haja real penetração econômica no Estado de não residência.

⁵⁰ M. Castelon, *International taxation of income from services under double taxation conventions: development, practice and policy*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2018, p. 159-160.

⁵¹ M. Castelon, *International taxation of income from services under double taxation conventions: development, practice and policy*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2018, p. 80.

⁵² § 10 Deutsches Landessteuergesetz vom 30. März 1920. *FinanzArchiv* v. 37, N. 2, 1920, p. 290. Acerca dos princípios internacionais que regem a divisão de competências tributárias, cf. M. Castelon, *International taxation of income from services under double taxation conventions: development, practice and policy*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2018, p. 377 ss.

⁵³ § 2 Gesetz zur Übergangsregelung des Finanzausgleichs zwischen Reich, Ländern und Gemeinden vom 9. April 1927. *Reichsgesetzblatt* N. 16, 1927, p. 92.

– *A ideia de pertença econômica comporta graduações*

A ideia de pertença econômica, cunhada primeiramente por *von Schanz*, é um dos principais fundamentos da divisão de competências tributárias entre Estados⁵⁴. Segundo *von Schanz*, o grau máximo de pertença econômica haveria nos casos em que o local em que se produz a renda (Estado da origem) coincide com o Estado em que se gasta a renda (Estado da residência)⁵⁵. Não havendo coincidência, dever-se-ia considerar como ligação econômica preponderante aquela estabelecida com o Estado no qual a renda seja produzida (Estado do mercado, da origem)⁵⁶.

Nesse sentido, nos casos de presença de EP, considerar-se-ia a situação do não residente equiparável à de um residente que aufer e gasta a renda no Estado de residência. Isso justificaria que a tributação de rendimentos atribuíveis a um EP fosse equivalente à tributação de rendimentos de um residente.

Nas ocasiões em que o vínculo econômico do não residente não fosse equiparável ao de um residente, justificar-se-ia a atribuição de competência tributária limitada ao Estado da origem/do mercado.

Propostas de *lege ferenda*

A aplicação literal do conceito de EP aos casos de nômades digitais traria o risco de se considerar um EP existente em casos nos quais a presença do empregado não crie nenhum vínculo econômico para seu empregador, ainda quando a presença exceda seis meses dentro de um período de 12 meses.

A conclusão de acordos de bitributação com artigos específicos sobre tributação de serviços técnicos e/ou de serviços digitais automatizados, aos moldes dos arts. 12-A e 12-B da Convenção Modelo da ONU de 2021 não afastariam por si só esse risco. Isso porque esses artigos, embora não exijam a existência de EP para que o Estado de não residência possa tributar, determinam a prevalência do nexo do EP nos casos em que o prestador de serviços tenha um EP no Estado de não residência (arts. 12-A, § 4º, e art. 12-B, § 8º).

De lege ferenda, deve-se assegurar que a mera presença física de um empregado em um Estado, ainda que duradoura, não crie um EP para o empregador nos casos em que não haja criação ou incremento de presença econômica para o empregador. Esse objetivo poderia ser alcançado de diversas maneiras, como por exemplo através fixação nos Comentários OCDE, nos Comentários à Convenção Modelo ONU e/ou por meio de acordos bi ou multilaterais que a presença física

⁵⁴ G. Schanz, Zur Frage der Steuerpflicht, FinanzArchiv/Public Finance Analysis 9 (1892), p. 1-74.

⁵⁵ G. Schanz, Zur Frage der Steuerpflicht, FinanzArchiv/Public Finance Analysis 9 (1892), p. 4.

⁵⁶ G. Schanz, Zur Frage der Steuerpflicht, FinanzArchiv/Public Finance Analysis 9 (1892), p. 11-12; 39-40; 43; 52.

de um empregado somente possa criar um EP quando referida presença signifique um incremento da presença econômica do empregador no Estado em que o empregado se encontra. Poder-se-iam citar evidências de incremento de presença econômica do empregador, tais como prestação de serviços e/ou realização de vendas pelo empregado para clientes residentes no Estado de presença do empregado.

IV. Conclusão

Cada vez mais a presença econômica em um país independe da presença física, e vice-versa. O aumento da mobilidade dos empregados requer a interpretação do conceito de EP de forma consentânea com o seu *telos*, qual seja, atribuição de competência tributária em caso de presença econômica significativa.

Até o momento, na Alemanha, o exercício de emprego por não residente em regime de *home office* tende a não ser considerado EP devido à ausência de poder de disposição do empregador. Em casos de empregados em posição de direção, porém, esse risco não pode ser excluído.

Não somente a Alemanha, mas todos os países do globo precisam definir linhas claras acerca de quando a presença física de um empregado possa criar uma presença tributária para o empregador. O presente texto apresenta propostas para a definição de ditos contornos de forma consentânea com o *telos* do conceito de EP e o princípio da pertença econômica.

Dilemas da Residência Fiscal: Nômades Digitais, *Home Office* e Outras Situações

Fiscal Residence's Dilemmas: Digital Nomads, Home Office and Other Situations

Ricardo Mariz de Oliveira

Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT.

Resumo

A residência de contribuintes é um elemento relevante a ser determinado para se poder estabelecer a lei aplicável às obrigações tributárias, inclusive em torno do imposto de renda, e em especial nas situações que extravasam o território de residência de alguma pessoa. A pandemia da Covid-19 produziu algumas situações geralmente não previstas nas leis tributárias, justificando uma breve análise sobre a legislação brasileira e a internacional.

Palavras-chave: residência, ânimo, lei civil, lei tributária, tratado internacional.

Abstract

The taxpayer's residence is an important element that must be established in order to allow the applicable law to tax obligations, including income tax ones, and especially when there are cross-border situations. Due to the Covid-19 pandemic, a number of new situations not foreseen by tax laws has arisen, which justifies this brief analysis of the Brazilian and international laws.

Keywords: residence, intention, civil law, tax law, international treaty.

I. Introdução – lei brasileira sobre a residência

No *VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional* realizado em 2020 pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário e pelo Departamento de Direito Financeiro, Econômico e Tributário da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, tratamos dos “Novos Paradigmas da Tributação Internacional e a Covid-19”, e minha contribuição foi em torno, entre outros temas, dos efeitos, perante a lei tributária brasileira, da impossibilidade de alguém ultrapassar as restrições de barreiras dos países, seja para ingressar no Brasil, seja para dele sair.

Portanto, em boa parte esta introdução vai repetir os conceitos que então foram expostos¹.

No Brasil, temos normas estabelecidas pelo Código Civil para regular as relações jurídicas entre pessoas, nas quais existem regras sobre domicílio e residên-

¹ OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Tributação em tempos de Covid-19: fixação de residência fiscal – dedutibilidade de doações. *Anais do VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: 2020, www.ibdt.org.br.

cia, e temos normas estabelecidas especificamente para fins tributários, algumas de caráter geral, contidas no Código Tributário Nacional, e ainda outras para efeitos exclusivamente do imposto de renda.

A seguir, será feita uma apresentação resumida dessa legislação, através da qual se poderá constatar que são bem uniformes os critérios adotados pelos legisladores de todas essas leis, a despeito de terem estado tão distantes entre si nos tempos em que as promulgaram.

De fato, na lei civil² o domicílio da pessoa natural ou jurídica é relevante para diversos efeitos legais, como, por exemplo, para estabelecer o foro em que ela deve ser acionada quando não houver eleição contratual. E em regra o domicílio coincide com a residência³.

Assim, com exceção de regras especiais destinadas a incapazes, militares, diplomatas, servidores públicos e outros, a norma geral é de que o domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo, mas, se ela tiver diversas residências, onde, alternadamente viva, considerar-se-á seu domicílio qualquer uma delas. Ademais, quanto às relações concernentes à sua profissão, também é domicílio da pessoa natural o lugar onde é exercida, sendo que, caso exercite a profissão em lugares diversos, cada um deles constituirá domicílio para as relações que corresponderem a cada um.

Outra disposição legal relativa às pessoas naturais, com função de tornar factível a aplicação das leis, é pertinente à hipótese em que não tenham residência habitual, caso em que o domicílio é o lugar onde forem encontradas.

A lei civil também trata da alteração do domicílio, determinando que este é mudado através da transferência da residência, desde que haja a intenção manifesta de mudar. Para este fim, a norma acrescenta que a prova da intenção resultará do que declarar a pessoa às municipalidades dos respectivos lugares (do lugar que deixa e do lugar para onde vai), ou, se não fizer tais declarações (e geralmente é o que ocorre), resultará da própria mudança, com as circunstâncias que a acompanharem.

Outrossim, quanto às pessoas jurídicas dedicadas a atividades econômicas (empresas), o domicílio é o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial através do seu estatuto ou atos constitutivos. Perante a existência de diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles é considerado domicílio para os atos nele praticados, sendo que, se a administração ou diretoria tiver a sede no estrangeiro, haver-se-á por domicílio da pessoa jurídica, no tocante às obrigações contraídas por cada

² Isto é, a lei que regula as relações privadas entre pessoas não governamentais, inclusive as relações jurídicas com conteúdo econômico, portanto, aquelas que contribuem para a formação dos fatos geradores de obrigações tributárias.

³ Código Civil, Lei n. 10.406, de 2002, arts. 70 a 78.

uma das suas agências, o lugar do estabelecimento, sito no Brasil, a que elas corresponderem⁴.

No Código Tributário Nacional⁵, a norma principal é no sentido de que o domicílio tributário é eleito pelo sujeito passivo com observância da legislação aplicável, ou seja, da lei civil. Porém, se não houver eleição, quanto às pessoas naturais é a sua residência habitual, ou, sendo esta incerta ou desconhecida, é o centro habitual da sua atividade, e, quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, é o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento. Esse código também prescreve que, quando não couber a aplicação dessas diretrizes da regra geral, considera-se como domicílio tributário o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que derem origem à obrigação tributária, e acrescenta a disposição, protetiva do interesse público, segundo a qual a autoridade administrativa pode recusar o domicílio tributário eleito quando impossibilite ou dificulte a arrecadação ou a fiscalização do tributo, caso em que o domicílio tributário também deve ser o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que derem origem à obrigação.

Vale acrescentar que o foro judicial competente para as ações envolvendo as pessoas é fixado pelo Código de Processo Civil, que se refere ao domicílio da pessoa sem alteração das regras legais expostas⁶.

Nota-se, portanto, a prevalência da noção da residência para todos os efeitos legais, bem como a importância atribuída pela lei à intenção (ânimo) da pessoa quanto ao local da sua residência ou à sua mudança. Tal prevalência começa no direito civil e se estende ao direito tributário, seja pelas disposições do Código Tributário Nacional, seja pelas regras peculiares ao imposto de renda que veremos a seguir.

Realmente, resta mencionar as diretrizes legais especificamente aplicáveis ao imposto de renda das pessoas naturais, sendo importante desde já explicar que a residência fiscal para fins desse imposto é duplamente relevante porque:

- os contribuintes residentes no Brasil, brasileiros ou não, são sujeitos à tributação sobre sua renda mundial, devendo declará-la anualmente à Secretaria da Receita Federal do Brasil e submetê-la a alíquotas progressivas de até 27,5% sobre a renda líquida após as deduções permitidas;
- os contribuintes residentes fora do Brasil, igualmente brasileiros ou não, em regra somente são sujeitos ao imposto de renda sobre as rendas pagas por fontes situadas no País, não sendo sujeitos à declaração porque a sujei-

⁴ O tema ora em estudo, que mira nômades e trabalho em residência, necessariamente gira em torno de pessoas naturais. Portanto, este parágrafo (além de outros) relativo às pessoas jurídicas visa apenas dar uma informação completa da lei.

⁵ Lei n. 5.172, de 1966, art. 127.

⁶ Lei n. 13.105, de 2015, artigos esparsos.

ção passiva é atribuída às fontes pagadoras, e a alíquota geral de incidência é de 15% sobre a renda bruta, havendo exceções, das quais as mais relevantes são no caso de remuneração de serviço ou quando o beneficiário for residente em país com tributação favorecida ou nenhuma tributação, ou ainda for sujeito a regime especial de tributação em sua residência, em cujas exceções a alíquota aplicável é 25% sobre a renda bruta.

Para estes efeitos, a residência fiscal é estabelecida por dois critérios atinentes às pessoas naturais, cujas linhas gerais são as seguintes⁷:

- há um critério subjetivo, baseado na intenção da pessoa, segundo o qual, quando ela sair do país com o intuito de fixar residência no exterior, deve declarar este fato à Secretaria da Receita Federal do Brasil, e no respectivo cadastro fiscal (CPF⁸) deve baixar sua condição de contribuinte aqui residente para efeitos do imposto de renda, passando a partir de então a ser tributada exclusivamente na fonte sobre os rendimentos que aqui auferir, pagos por fontes locais; por outro lado, ainda segundo o critério subjetivo, a pessoa residente no exterior que venha com a intenção de fixar residência no Brasil, desde o momento da entrada é considerada residente no país, sendo que neste caso a intenção é caracterizada pelo tipo do seu visto de entrada (visto definitivo), cabendo acrescentar que há intenção presumida se a pessoa vier para trabalhar com vínculo empregatício⁹;
- e há um critério objetivo, que se baseia no tempo de permanência no exterior ou no Brasil, respectivamente para as pessoas que saem do país e para as que nele entram; segundo este critério, caso não tenha havido declaração da intenção de mudança para o exterior, quando da saída do Brasil, a pessoa até então residente passa a ser considerada não residente a partir de 12 meses-calendário de ausência do território nacional, contados desde a saída, mesmo que o decurso de 12 meses se inicie num ano do calendário e termine em outro; outrossim, no segundo caso, se a pessoa não residente ingressar com visto temporário, e não tendo vindo para trabalhar com vínculo empregatício, passará a ser considerada residente se aqui permanecer por 183 dias, consecutivos ou não, contados num período de 12 meses a partir da primeira entrada, independentemente de ano-calendário. Pode ocorrer que esse prazo não se complete a partir da pri-

⁷ Leis diversas, consolidadas no Regulamento do Imposto de Renda aprovado pelo Decreto n. 9.580, de 2018, arts. 14 a 20, 26 e 27.

⁸ Nas declarações anuais de rendimentos, o contribuinte deve indicar o endereço do seu domicílio fiscal (residência) constante do CPF, com risco de, caso indique outro, haver alteração correspondente no cadastro.

⁹ Esta última situação de trabalho assalariado aparenta ter um viés objetivo, mas pode-se considerá-lo como critério subjetivo porque também depende da intenção da pessoa e do seu empregador.

meira entrada, mas ocorra a partir de entradas subsequentes, mesmo que não estejam no mesmo ano do calendário.

Ainda segundo a lei do imposto de renda, estes critérios aplicam-se também quando o residente no Brasil adquirir a condição de não residente, caso retorne ao país.

Outrossim, é irrelevante para a lei do Brasil se o não residente tenha ou não residência fiscal em outro país, e, se tiver, em qual país. Em qualquer caso, ele será não residente segundo as normas acima expostas, e serão tratados por igual os que não tenham residência fiscal em qualquer país e os que tenham fixado residência em algum determinado país.

Em outras palavras, para a lei brasileira relativa ao imposto de renda não interessa a residência da pessoa no exterior, pois a distinção se resume a ser residente no Brasil ou ser residente no exterior, qualquer que seja o local fora do país. Em exceção, o art. 27 da Lei n. 12.249 trata da transferência de domicílio fiscal da pessoa física residente e domiciliada no Brasil para país ou dependência com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado, e somente reconhece a transferência a partir da data em que o contribuinte comprove ser residente de fato naquele país ou dependência, ou sujeitar-se a imposto sobre a totalidade dos rendimentos do trabalho e do capital, bem como haver o efetivo pagamento desse imposto, sendo que, para este efeito, são consideradas residentes de fato as pessoas naturais que tenham efetivamente permanecido no país ou dependência por mais de 183 dias, consecutivos ou não, no período de até 12 meses, ou que comprovem ali se localizarem a residência habitual de sua família e a maior parte de seu patrimônio.

Somente escapam dessas regras os servidores públicos ausentes do país, quanto aos respectivos rendimentos de trabalho assalariado percebidos em moeda estrangeira das respectivas repartições no exterior, e os servidores diplomáticos de governos estrangeiros ou de organismos internacionais, que têm disposições especiais variáveis¹⁰.

Um último registro é de que as intimações fiscais relativas ao imposto de renda devem ser feitas no endereço do domicílio tributário do contribuinte, correspondente à sua residência constante do cadastro CPF. Daí a importância de que o mesmo endereço seja consignado nas declarações anuais de rendimentos, conforme indicado na nota 8 *retro*.

II. Normas brasileiras perante normas internacionais

As disposições legais do direito positivo do Brasil, expostas no capítulo anterior, algumas vezes precisam ser confrontadas com normas internacionais, ou com normas nacionais de outras jurisdições.

¹⁰ Para mais detalhes, veja-se OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda* – 2020. São Paulo: IBDT, 2020, Capítulo VIII, Seção VIII.7, p. 628 e seg.

Há regras de caráter geral, que constam da denominada “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”¹¹, algumas das quais visam regular conflitos com outras legislações e reger quando os tribunais do Brasil devem aplicar uma lei estrangeira. São regras consideradas de direito internacional privado, relativas a pessoas, sucessão, casamentos e outras hipóteses, mas, para os fins deste trabalho, impende mencionar que¹²:

- aplica-se a lei do país em que estiverem situados os bens, para qualificá-los e regular as relações jurídicas concernentes a eles;
- aplica-se a lei do país em que for domiciliado o proprietário de bens móveis, quanto aos que ele trouxer ou se destinarem a transporte para outros lugares;
- aplica-se a lei do país em que se constituírem as obrigações, para qualificá-las e regê-las, sendo que, se a obrigação resultar de contrato a distância, reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente; todavia, mesmo que seja regida por lei estrangeira, se a obrigação tiver que ser executada no Brasil e aqui for exigida forma especial, esta deve ser observada além das peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

Em princípio, essas disposições não alteram o tratamento tributário referido no Capítulo I, pois visam as relações privadas. Deste modo, apenas indiretamente afetam a tributação.

Todavia, especificamente no âmbito tributário, pode haver a ingerência de regras das convenções bilaterais firmadas pelo Brasil para evitar a dupla incidência do imposto de renda, as quais se sobrepõem à legislação interna, não no sentido de revogá-las, mas para afastá-las nas situações alcançadas por essas convenções¹³.

Neste sentido, Luís Eduardo Schoueri lembra a imagem de Klaus Vogel, segundo a qual o tratado é como uma máscara colocada sobre o direito interno, para encobrir determinadas partes deste, de tal sorte que as normas internas não cobertas, isto é, aquelas que podem ser vistas através dos buracos da máscara, permanecem livres para atuar sobre as situações concretas por elas regidas, ao passo que as cobertas ficam impossibilitadas de ser aplicadas¹⁴.

Igualmente, Fernando Aurelio Zilveti apresenta a sugestiva imagem de que o tratado internacional lança uma sombra sobre a lei interna, dado que a “som-

¹¹ Decreto-lei n. 4.657, de 1942; vários dispositivos, especialmente os arts. 8º e 9º.

¹² Note-se que são hipóteses nas quais a própria lei brasileira abdica da disciplina a ser dada e a transfere a leis de outro país, independentemente de qualquer norma dessa ou de outra jurisdição.

¹³ Código Tributário Nacional, Lei n. 5.172, de 1966, art. 98.

¹⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. Entre outros: Tratados e convenções internacionais sobre tributação. *Revista Direito Tributário Atual* v. 17. São Paulo: IBDT/Dialética, 2003, p. 35.

breia” para retirar-lhe temporariamente a sua eficácia nas hipóteses abarcadas pela norma convencional. As sombras de Zilveti correspondem às normas cobertas pela máscara de Vogel e Schoueri, enquanto as partes não sombreadas equivalem aos buracos dessa máscara¹⁵.

No Capítulo IV abordaremos a eventual ingerência desses tratados, mas antes analisaremos as situações propostas pela organização científica do congresso.

III. Nômades digitais e *home office*

No mencionado *VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional* foi tratado o problema em que se encontre uma pessoa que esteja fora do seu país de residência, e se veja impedida de retornar a ele por qualquer motivo alheio à sua vontade. Isto tanto pode acontecer com o residente que esteja em vias de completar 12 meses de ausência do Brasil, ou com o não residente que esteja próximo de completar os 183 dias de permanência neste país. Os impedimentos analisados no *VIII Congresso* foram e são os ditados, em virtude de razões sanitárias, pelas autoridades de uma das duas jurisdições, ou das duas, podendo-se acrescentar situações em que companhias aéreas não ofereçam voos em virtude de contaminação de tripulações, ou ainda outras situações em que, por qualquer outra razão, haja o impedimento para o deslocamento físico de uma pessoa de um país para outro.

Nesses casos, se aplicável o critério objetivo explicado no Capítulo I, há substancial mudança do *status* tributário da pessoa que involuntariamente tenha que permanecer no Brasil ou fora dele.

Desde aquele congresso, ainda não tivemos qualquer manifestação oficial das autoridades, e a questão não foi julgada pelos tribunais, o que se agrava porque não existe uma disposição legal excepcional para tais situações.

Não obstante, minha conclusão naquele evento, e que ainda conservo, foi no sentido de que “o elemento volitivo afeta necessariamente a aplicação da lei, a começar por que é a intenção de fixar residência ou de mudá-la que se aplica por primeiro, dispensando o critério objetivo do tempo. Isto significa que a intenção tem preponderância na aplicação dessas regras legais”.

A razão para este entendimento sedia-se em que, para o nascimento da obrigação tributária, a despeito de que, por sua própria natureza distinta das obrigações convencionais, seja obrigação *ex lege* e não *ex voluntate*, é indispensável a vontade do contribuinte de realizar os fatos caracterizadores de fatos geradores tributários (os fatos da sua vida patrimonial e econômica), porque não existe a obrigação legal de se incorrer na situação necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária, e ele tem liberdade constitucional para gerir seu patri-

¹⁵ ZILVETI, Fernando Aurelio. JCP – tratamento contábil e tributário. *Revista de Estudos Tributários* v. 143. Porto Alegre: Síntese/IET, 2022, p. 9.

mônio¹⁶. Isto sem prejuízo da prevalência da vontade para a fixação e eleição do domicílio, estabelecida pela lei civil brasileira e adotada como regra principal pelo Código Tributário brasileiro para o domicílio tributário, assim como pela lei relativa ao imposto de renda das pessoas físicas para a residência fiscal.

Minha conclusão, portanto, foi de que esse dado recomenda afastar o rigor derivado da frieza e da insuficiência da literalidade das disposições legais relativas ao imposto de renda, baseadas no tempo de permanência dentro ou fora do Brasil (critério objetivo), para o que, digo agora, bem cabe a aplicação do método de exegese por redução teleológica, tão bem explicado por Karl Larenz¹⁷.

E a esse dado acrescentei o papel que a intenção das pessoas desempenha nessas normas fiscais, de se movimentarem livremente de um país para outro e de se fixarem ou não em um deles, o que dá ao critério subjetivo nítida prevalência sobre o objetivo baseado no tempo de ausência ou de permanência, mesmo porque, segundo a lei, este somente se aplica se o critério subjetivo não for exercido pelo contribuinte com observância das obrigações formais previstas para ele.

Em outras palavras, ninguém pode ser prejudicado se não puder exercer livremente a sua vontade e as suas faculdades, seja por impedimento governamental (ato do príncipe) ou por inexistência de voos disponíveis (força maior), em suma, por quaisquer motivos fora do seu controle.

Pois bem, como fica a situação de um “nômade digital”, ou a de uma pessoa que esteja trabalhando em regime de *home office*¹⁸ fora do seu país de residência?

Já convivemos há bastante tempo com situações de indivíduos que, por razões de suas atividades laborais ou econômicas, ou por razões de família, lazer ou turismo, tenham mais de uma casa em mais de um país, ou simplesmente se transfiram de país para país sem ter residência em qualquer um deles. Esses indivíduos são comumente chamados “nômade fiscais”, principalmente quando, para efeitos legais ou tributários, não fixem residência em qualquer país, inclusive naqueles pelos quais transitam, e mesmo que tenham casas em um ou alguns deles.

Para estes, as normas da lei brasileira, retroexpostas, resolvem satisfatoriamente o tratamento tributário que devem receber, lembrando-se que nessa lei a

¹⁶ A respeito disto, naquela oportunidade escrevi que, com poucas exceções admitidas pelo sistema tributário nacional, “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 consciente”.

¹⁷ LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Trad. BRITO, José de Sousa; VELOSO, José Antônio. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969, p. 427 e seg.

¹⁸ Esclareça-se que, por ter mais de um sentido, a expressão *home office* está sendo empregada aqui no seu significado de trabalho em casa, e não no local da empresa ou do conglomerado empresarial. Algumas vezes, nos conglomerados internacionais usa-se *home office* para designar a sede principal no país de origem (*headquarter*).

condição de não residente no Brasil independe de a pessoa ter residência fiscal em outro local.

Agora o *IX Congresso* nos pede para considerarmos os nômades não apenas pelas mencionadas razões laborais, econômicas, patrimoniais, de família, lazer ou turismo, mas também pelo fato de que alguém se desloca de um país para outros, mas conserva vínculos com seu país de origem através dos recursos tecnológicos atualmente disponíveis.

Assim, por exemplo, alguém pode perceber aluguel de imóvel situado em um país, mas administra seu patrimônio e suas rendas a partir de outro(s) país(es), para tanto empregando plataformas digitais e outros recursos tecnológicos, inclusive quanto ao recebimento dessas rendas. Ou seja, pode haver uma pessoa que residiu no Brasil e que tenha passado a viver no exterior, mas que tenha um imóvel alugado no Brasil.

Mais um exemplo é da pessoa que presta trabalho para outra pessoa ou para uma empresa sediada (residente) em outro país diferente do país em que esteja o prestador, inclusive podendo ser no seu próprio país de origem, cujo prestador se valha de plataformas digitais para reuniões virtuais e de outros elementos técnicos de comunicação e de produção e entrega do resultado do seu trabalho ao cliente localizado no outro país.

Não tenho dúvida de que as mesmas normas acima referidas continuam a ser aplicadas, pois a legislação nacional do Brasil, civil e tributária, para este efeito fixa-se na residência física derivada do ânimo do indivíduo e no deslocamento efetivo da pessoa de um país para outro, sem adotar outros requisitos nas respectivas hipóteses de incidência. Em outras palavras, os antecedentes das nossas normas pertinentes à residência não se ocupam de o trabalho ser em casa ou em um outro estabelecimento profissional ou empresarial, nem de ser realizado com este ou com aquele recurso ou meio.

Destarte, com exceção de eventuais disposições legais excepcionais¹⁹, é geral a abrangência do conceito de residência, estabelecido pelos dois referidos critérios, os quais independem de outras circunstâncias não cogitadas nas respectivas normas. Vale dizer, por exemplo, o residente no Brasil que passa a ser considerado não residente, seja pelo critério subjetivo seja pelo critério objetivo, o é sobre todas as rendas que gerar com seu patrimônio e suas atividades, tenha ou não utilizado recursos tecnológicos antes inexistentes (inclusive quando as normas legais foram promulgadas), esteja ou não a outra ponta das suas relações econômicas (a sua contraparte) situada no mesmo país ou em qualquer outro, inclusive no Brasil.

De fato, um nômade será residente no Brasil se, a despeito da sua constante passagem por vários outros países, não deixar o Brasil com ânimo de fixar resi-

¹⁹ Como é o caso de ganhos de capital obtidos por não residentes quando da alienação de bens localizados no Brasil, para o qual se aplica o art. 26 da Lei n. 10.833, de 2002.

dência em outro local (critério subjetivo, caracterizado pelas obrigações acessórias relativas à saída em caráter definitivo), e se não permanecer fora do território nacional por mais de 12 meses contados de uma saída (critério objetivo). Assim, ele pode passar no exterior, por exemplo, um total de dias correspondentes a 11 meses do calendário, mas voltar ao país para aqui estar durante dias correspondentes a um mês, nunca completando 12 meses de ausência, a partir de qualquer saída.

E neste caso, será tratado pela lei brasileira como residente no Brasil para efeitos fiscais, ainda que trabalhe no exterior ou receba rendas de outras origens fora do território brasileiro, como por exemplo, se tiver aluguel de um bem localizado num dos dois países ou em outro qualquer.

Também não se altera o tratamento de residente no Brasil se, ainda nas mesmas circunstâncias, o indivíduo em constante deslocamento trabalhar para uma empresa brasileira ou uma pessoa residente no Brasil, fazendo seu trabalho em qualquer (ou em várias) casas que mantenha fora do país.

O mesmo se diz nas situações que chamarei de “híbridas”, quais sejam, as de pessoas com múltiplas casas em mais de um país, e que mantenham algum daqueles vínculos com seu país de origem, seja quando seu deslocamento se dê por motivo de trabalho ou atividade econômica, seja quando o seja por razões de família, lazer ou turismo.

Outras situações aqui não mencionadas submetem-se às mesmas normas anteriormente expostas, podendo ser aplicados a elas, com as necessárias peculiaridades, os comentários precedentes. Por exemplo, haver o emprego de recursos do metaverso não altera a incidência das normas no modo como foi exposto.

IV. A possível interferência de tratados internacionais

Em um trabalho de caráter teórico, temos que adotar como referência a Convenção Modelo da OCDE para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Imposto sobre Renda e Capital.

Como dito, a convenção não visa regular as obrigações tributárias, mas estabelecer competências dos Estados contratantes e os mecanismos para alcançar os respectivos objetivos.

Evidentemente, o estabelecimento da residência torna-se elemento central para os fins da convenção, e, a respeito, o art. 4 remete a definição inicialmente para as leis de cada Estado.

Com efeito, o § 1º desse artigo prescreve que a expressão “residente de um Estado contratante” significa qualquer pessoa que, por virtude da legislação desse Estado, esteja aí sujeita a imposto devido ao seu domicílio, à sua residência, ao local de direção ou a qualquer outro critério de natureza similar; aplica-se esta disposição igualmente a esse Estado e às suas subdivisões políticas, sendo, contudo, excluída a pessoa que se sujeite a imposto nesse Estado apenas relativamente ao rendimento de fontes nele localizadas ou ao patrimônio aí situado.

Em consequência dessa primeira diretriz, residente no Brasil será aquele definido pela lei brasileira segundo as regras expostas no Capítulo I. Porém, a lei brasileira não se sobrepõe às leis de outras jurisdições, de modo que, no caso de as leis nacionais de dois Estados convencionados considerarem determinado indivíduo como residente em ambos, o segundo parágrafo do art. 4º fixa as diretrizes para solução da situação nos seguintes termos:

- deve ser considerado residente do Estado em que o indivíduo tenha uma habitação permanente à sua disposição (*permanent home*), sendo que, se tiver uma habitação permanente à sua disposição em ambos os Estados, será considerado residente apenas do Estado com o qual sejam mais estreitas as suas relações pessoais e econômicas, isto é, que seja o centro dos seus interesses vitais (*center of vital interests*); a primeira parte provavelmente não se aplique a nômades, podendo aplicar-se para o *home office*, mas a segunda parte pode atingir nômades e trabalho em casa;
- se o Estado em que tem o centro de interesses vitais não puder ser determinado, ou se não tiver habitação permanente à sua disposição em nenhum dos Estados, tal indivíduo será considerado residente apenas do Estado em que permanecer habitualmente (*permanent abode*); o requisito da segunda parte provavelmente não atinja nômades, e não independe do *home office*;
- se permanecer habitualmente em ambos os Estados ou se não permanecer habitualmente em nenhum deles, será considerado residente apenas do Estado de que for nacional; a parte final pode definir a residência de um nômade, e ela independe do local de trabalho;
- se esse indivíduo for nacional de ambos os Estados, ou não for nacional de nenhum deles, as autoridades competentes dos Estados contratantes devem resolver o caso de comum acordo.

Essas diretrizes aplicam-se sucessivamente, e não se chocam frontalmente com as normas brasileiras de que a residência depende primeiramente da intenção da pessoa, dado que o § 1º do art. 4º estabelece como primeiro critério aquele relativo ao Estado em que a pessoa for sujeita ao imposto de renda, e, no nosso ordenamento, é onde estiver a residência ou o domicílio da pessoa, o que depende do seu ânimo. Destarte, o que o § 2º estabelece são outros critérios para solução de conflitos legislativos quando não puder ser aplicado o primeiro critério por haver duas pretensões de competência.

Paralelamente ao art. 4º, o art. 15 trata da competência para tributar os rendimentos do emprego (*income from employment*), e, segundo sua regra geral (não se tratar de situações sujeitas aos arts. 16, 18 ou 19), os salários, ordenados e remunerações similares obtidos de um emprego por um residente de um Estado contratante só podem ser tributados nesse Estado, a não ser que o emprego seja exercido no outro Estado contratante, caso em que as remunerações correspondentes também podem ser tributadas nesse outro Estado.

Todavia, mesmo neste último caso as remunerações obtidas por um residente de um Estado contratante, de um emprego exercido no outro Estado contratante, só podem ser tributadas no Estado da residência se:

- o beneficiário permanecer no outro Estado durante um período ou períodos que não excedam, no total, 183 dias em qualquer período de 12 meses com início ou termo no ano fiscal em causa;
- as remunerações forem pagas por uma entidade patronal ou em nome de uma entidade patronal que não seja residente do outro Estado;
- as remunerações não forem suportadas por um estabelecimento permanente ou por uma instalação fixa que a entidade patronal tenha no outro Estado.

Há proximidade entre essa disposição e a legislação brasileira, embora não igualdade, inclusive porque o modo de contagem dos 183 dias é diferente, já que na lei interna independe do ano-calendário (que é o ano fiscal das pessoas físicas), e sim de uma entrada qualquer, em qualquer dia de qualquer ano²⁰.

De todo modo, a norma da convenção, quando aplicável, pode afastar a competência tributária do Brasil, que esteja prevista na sua própria lei interna.

Além das disposições especiais dos arts. 16, 18 e 19, outra exceção à regra geral do art. 15 está no seu terceiro parágrafo, que se refere às remunerações de um emprego exercido a bordo de um navio ou de uma aeronave explorado no tráfego internacional, ou a bordo de um barco utilizado na navegação interior, cujas remunerações podem ser tributadas no Estado contratante em que estiver situada a direção efetiva da empresa.

O art. 18 trata de pensões, e o art. 19, tal como ocorre na lei tributária do Brasil, veicula disposições especiais para servidores governamentais (*government service*), mas duas outras disposições especiais existem na convenção modelo, diretamente ligadas a serviços, uma destinada aos membros dos conselhos de administração e fiscal das sociedades, e outra para os artistas e esportistas.

Assim, o art. 16 trata dos rendimentos de conselheiros de administração e conselheiros fiscais de diretorias de sociedades (*directors' fees*), os quais sejam residentes de um Estado contratante. Caso a sociedade seja residente no outro Esta-

²⁰ Assim, na seguinte situação hipotética: a partir de abril de 2020 alguém vem três vezes do exterior para o Brasil, sempre sem visto definitivo, sendo a segunda entrada em novembro de 2020 e a última em janeiro de 2021, ficando 100 dias na primeira vez, 60 dias na segunda entrada e 30 na terceira. Destarte, essa pessoa totalizou os 183 dias de permanência no Brasil, contados a partir de abril de 2020, tendo-os completado no decurso de 12 meses a partir daquele mês, ou seja, embora tenha finalizado o prazo de permanência no ano de 2021, até o centésimo octogésimo terceiro dia foi considerada não residente pela lei brasileira, a qual, a partir do dia seguinte, já passou a tratá-la como residente com todas as consequências relativas às obrigações principais e acessórias. Todavia, face à convenção modelo ela ainda não foi considerada residente no Brasil, pois no ano-calendário de 2020 esteve aqui apenas 160 dias e no ano de 2021 30 dias.

do, tais remunerações podem ser tributadas nesse outro Estado em que reside a sociedade.

E o art. 17 visa os rendimentos obtidos por residentes de um Estado contratante, que sejam derivados de trabalho na qualidade de profissionais de espetáculos, tais como artistas de teatro, cinema, rádio ou televisão, músicos ou desportistas (*entertainers or sportspersons*), dentre os quais é possível haver nômades praticantes de certas modalidades esportivas. Neste caso, seus ganhos podem ser tributados no outro Estado se forem provenientes das suas atividades pessoais exercidas, nessa qualidade, no outro Estado contratante. Esta disposição aplica-se mesmo quando os rendimentos sejam atribuídos a outra pessoa, e não ao prestador.

Para finalizar, formulemos uma situação hipotética de conflito com alguma lei de outra jurisdição com a qual o Brasil mantenha acordo nos termos da convenção modelo da OCDE.

Neste exemplo, um indivíduo residente no Brasil segundo a lei brasileira, cidadão brasileiro ou estrangeiro, vende o imóvel em que morava e passa a se deslocar constantemente entre vários países, e, ao deixar o Brasil, não manifesta perante as autoridades fiscais brasileiras seu desejo de fixar residência no exterior. Por isso, até ele completar 12 meses de ausência do território brasileiro continua a ser tratado como residente no Brasil, segundo o critério objetivo da lei interna.

Num determinado momento, esse indivíduo está em um outro país com o qual o Brasil mantém tratado igual às disposições da convenção modelo, e trabalha em sua casa existente nesse país, a qual se enquadra como *permanent home* em virtude das circunstâncias envolvidas, e ele presta serviço a uma empresa situada no Brasil com a qual não mantém um vínculo empregatício.

Neste quadro, se, conforme a lei do país em que esteja, o indivíduo tiver adquirido a condição de residente nesse país de onde presta o serviço, por exemplo, porque tem casa nesse país considerada *permanent home*, a competência tributária se deslocará para este. Outra poderia ser a solução convencional se a casa do indivíduo não fosse considerada permanente (*permanent home*), ou se ele tivesse *permanent homes* nesse país e no Brasil, caso em que a definição da competência dependeria de onde estaria seu centro vital de interesses, segundo suas mais próximas relações pessoais e econômicas.

É de se notar, contudo, que um verdadeiro nômade pode acabar não se enquadrando na condição de residente em qualquer jurisdição, segundo as leis dos países pelos quais transita, hipótese em que não se dá a aplicação da convenção. No caso do Brasil, como visto, a condição de não residente decorre da baixa formal da intenção de ser residente, quando da retirada do território nacional, ou da ausência contínua por mais de 12 meses, e independe da existência de alguma residência fiscal em outro país.

V. Conclusão

Em conclusão:

- no Brasil, as pessoas naturais aqui residentes são sujeitas ao imposto de renda sobre sua renda mundial (alíquota progressiva de até 27,5% sobre a renda líquida), ao passo que as não residentes são tributadas apenas pelo rendimentos percebidos de fontes pagadoras situadas no território brasileiro (alíquota geral de 15%, com exceções, inclusive nos casos de serviços e de residência em “paraísos fiscais”, em que a alíquota é de 25%, em qualquer caso sobre a renda bruta);
- segundo a legislação interna do Brasil, residente no país como regra é aquela pessoa natural que aqui tem domicílio tributário, assim determinado por sua residência habitual;
- havendo deslocamento dessa pessoa para qualquer outro país, ela pode manifestar perante as autoridades brasileiras a sua intenção de transferir sua residência fiscal para o exterior (independentemente de fixar residência em algum outro país), caso em que, a partir do dia imediatamente seguinte, adentra no regime tributário de não residente (critério subjetivo);
- caso essa pessoa não manifeste sua intenção de transferência de residência, poderá passar a ser considerada não residente se não retornar ao Brasil após 12 meses contados de qualquer saída, independentemente do ano fiscal, isto é, do ano-calendário, significando que os 12 meses podem transcorrer parte num ano do calendário e parte no ano seguinte (critério objetivo);
- caso uma pessoa natural não seja residente no Brasil, pode passar a ser considerada residente neste país, desde o dia da sua chegada, se entrar no território nacional com visto permanente ou se vier trabalhar para uma pessoa residente no país em regime de emprego (critério subjetivo);
- se essa pessoa não residente não se enquadrar nas circunstâncias do item anterior, manterá sua condição de não residente no Brasil até que ocorra permanecer no país por mais de 183 dias, consecutivos ou não, contados num período de 12 meses a partir da primeira entrada, independentemente de ano-calendário (critério objetivo);
- todavia, a competência tributária brasileira, estabelecida por um dos critérios anteriores, que são previstos na lei interna, poderá ser afastada se qualquer não residente, em qualquer das hipóteses anteriores, perceber rendimentos no Brasil que, segundo uma convenção firmada com o Estado onde esteja residindo a pessoa, convenção esta exatamente nos termos da convenção modelo da OCDE, determinar a competência exclusiva desse outro Estado;
- as mesmas regras aplicam-se aos nômades fiscais e ao trabalho em regime de *home office*.

Bibliografia

- LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 2. ed. Trad. BRITO, José de Sousa; VELOSO, José António. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Tributação em tempos de Covid-19: fixação de residência fiscal – dedutibilidade de doações. *Anais do VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: 2020, www.ibdt.org.br.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. *Fundamentos do Imposto de Renda – 2020*. São Paulo: IBDT, 2020, Capítulo VIII, Seção VIII.7.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Entre outros: Tratados e convenções internacionais sobre tributação. *Revista Direito Tributário Atual* v. 17, São Paulo: IBDT/Dialética, 2003.
- ZILVETI, Fernando Aurelio. JCP – tratamento contábil e tributário. *Revista de Estudos Tributários* n. 143. Porto Alegre: Síntese/IET, 2022.

Report: Challenges, Advantages, and Disadvantages of the OECD Standard of Transfer Pricing in Brazil: APA, Safe Harbours and Other Topics

Gabriel Bez-Batti

Master (*LL.M.*) in International Tax Law at Wirtschaftsuniversität Wien (*passed with honours*). Candidate for a Scientific Master degree in Tax Law at the University of São Paulo.

Panel 03 of April 26th, 2022

The main purpose of the panel was to address the role of the emerging countries to introduce the OECD Transfer Pricing Guidelines, especially for Brazil, that is undergoing a process to join the Organization.

The panel was chaired by Rafael Korff Wagner and moderated by Gabriel Bez-Batti. The panelists were professors Agata Uceda and Aitor Navarro, from Spain, Paulo Ayres Barreto, and Bruna Camargo Ferrari, from Brazil.

Agata Uceda began her presentation by pointing the advantages to Brazil, from a practical point of view, of introducing the OECD TP Guidelines.

According to Uceda, the model's first advantage is the flexibility it offers, enabling its application in any situation. The OECD TP Guidelines consist of 10 (ten) chapters, covering various types of industries (*commodities*, pharmaceuticals, etc.) and transactions, such as services, intangibles, and financial services.

TNMM is the widest method used by American and European companies, but, of course, this is not the only method applicable for transfer pricing. It is also possible to use other methods, such as CUP (Comparable Uncontrolled Price) and RPM (Resale Price Minus), which are more similar to what we have in Brazil. TNMM is a very complicated method and there are questions about whether this method is actually arm's length.

In their internal rules, countries usually adopt a stricter language than that used in the OECD TP Guidelines.

On the other hand, Uceda expressed concerns about the adoption of the OECD TP Guidelines, because these rules increase disputes and administrative burden. This is especially important for Brazil since Brazilian companies will need to go through long explanation, documentation and benchmarking processes, in addition to those that they are currently required to report.

The use of OECD TP Guidelines will not reduce double taxation, and in some cases, it can increase this. In fact, the OECD TP Guidelines are very complex, extensive, and subjective. Therefore, some countries have difficulty in applying it or they interpret it in different ways.

The panelist suggested that, in order to reduce complexity, countries should introduce the OECD guidelines gradually.

Finally, Uceda concludes that: (a) Brazil is a very large economy, all MNCs know the legislation is different here and this does not seem an impediment to doing business in the country; (b) political stability is more important than TP; (c) many countries that apply the OECD Guidelines have some non-ALP features in their legislation, even the Guidelines themselves.

Aitor Navarro, in turn, chose a more political and less technical view for his presentation. For the professor, the discussion involves, on the one hand, the simplicity of the Brazilian system, and on the other, the OECD TP Guidelines, which are highly complex but more neutral.

The introduction of the OECD TP Guidelines will imply neutrality for related and unrelated parties. On the other hand, the complexity of these guidances will result in high burdens, conflicts, disputes, etc. As Navarro stated, Brazil is the last relevant economy that did not adhere to the model.

There is another advantage to Brazil adopt the OECD Guidelines: the potential elimination of double taxation since the country will use the same model already applied by other countries. Also, dispute resolutions with other countries (that also apply the Guidelines) may be reduced.

Just like Uceda, Navarro considers that the main disadvantage for Brazil to apply the OECD TP Guidelines is the complexity of adopting it, which may result in (i) prone to profit shifting; (ii) high compliance costs (comparatives requires much documentation); and (iii) increase in disputes (Brazil already has a tax administration that leads to disputes and adopting this standard might increase it).

The panelist argued that "once Brazil is in it, it is very difficult to move out (from the OECD Transfer Pricing Guidelines)". The adoption of a global model is practically irreversible and, by doing so, Brazil will be influenced by interpretations dictated by the OECD.

Navarro also states there are some other topics inherent to the Brazilian law that is not being discussed when applying or not the OECD TP Guidelines, such as the restriction on the deduction of outbound royalties, the taxation of technical services, the attribution of profits to permanent establishments (it would be distortive if TP regulations are adopted, but the allocation of profits to PE is treated in another manner), and the application of penalties.

Finally, the panelist suggest that it would be possible to apply the Brazilian margins together with the OECD Guidelines, at least at the beginning of the process (this suggestion was given by Professor Schoueri and Galendi, in an article published).

Bruna Ferrari's presentation was focused on Advance Agreements of Transfer Price (APA) and Safe Harbour regimes.

According to the panelist, the Brazilian internal rules are simple and easy, but these rules do not comply with the following OECD standards: ensuring the allocation of an appropriate tax base and avoiding double taxation.

She has mentioned that the RFB and OECD are working together to implement the OECD TP standards in Brazil, but it is still not clear the role of APAs in this new visioned system.

Professor Ferrari stated that Brazilian current safe harbours were analyzed in the document "Transfer Pricing in Brazil: Towards Convergence with the OECD Standard", and the authors (OECD and RFB) concluded that our rules still may result in BEPS. According to her, the safe harbours to be implemented in Brazil have to be broader and cover much more taxpayers.

Also, she mentioned that safe harbours have to be eligible by the taxpayers, but it is not clear yet how will be the interconnection between safe harbours and the implementation of the "best method rule", which is not in force in Brazil today. Ferrari mentioned that safe harbours might result in multiple benefits such as simplification and lower compliance costs.

For the taxation of MNEs, Ferrari pointed out that APAs are a useful tool. Notwithstanding this, she mentioned that it is still not clear how these APAs will be concluded by the Brazilian tax authorities and how they will be suitable to different sectors (in this new system envisioned by RFB and OECD).

The panelist warned that other Latin American countries like Chile, Argentina, Uruguay, Peru, Costa Rica do not have a strong experience with APA, even if this tool is provided in their legislation. Mexico has a good experience with APA (but only with maquiladoras). The panelist worries about how these agreements will be concluded between the Brazilian tax administration and taxpayers, considering that other Latin American countries provide for APA in their legislation, but still, they do not have a broad experience with this instrument

In conclusion, professor Ferrari concludes that although APAs promote greater legal certainty and improve the relationship with the tax administration, it is still not possible to predict how APAs will be accepted and applied in Brazil.

Paulo Ayres Barreto understands that Brazil lost more than 20 (twenty) years of experience with TP rules (provided by the OECD TP Guidelines).

The Professor mentioned that the current Brazilian system (with margins) results in double taxation or non-taxation. According to him, there are no ideal margins in international transactions, so the only attribute of the Brazilian rules is that they provide less complexity.

According to the panelist, Brazil needs to handle the question of transfer pricing in the following way: Brazil shall understand that the margins are a suggestive method (like a safe harbour), with the possibility of the taxpayer to evidence that the transactions were carried out according to the market value. However, Brazil has to be aware

that, while maintaining this system, there are incomes that could be taxable by the tax authorities, but they will not, resulting in non-taxation.

Professor Paulo mentioned that there is not a perfect system. All the methods have challenges. The principle of arm's length has a conceptual flaw.

He thinks that the dialogue between RFB and OECD is productive. Notwithstanding this, it is currently not possible to identify and to understand the objectives of the RFB (as far as TP rules are concerned) and how the tax administration will work to modify the current system.

According to the Professor, although the Brazilian legislation provides that the taxpayer can request to change the fixed margins established by the law, it never happened and it will not happen, because the tax authorities are aware that if they change a relevant margin, many other taxpayers and sectors will also ask to change their margins.

Paulo Ayres argued that the arm's length principle was never the principle that backgrounded the Brazilian TP rules.

The Professor wondered what are the objectives of the RFB to migrate from a system already known by the taxpayer, in exchange of a complex and extensive set of rules (OECD TP Guidelines).

Even with the aforementioned considerations, Paulo Ayres Barreto argued that the application of OECD TP Guidelines can result in benefits for the country, but to adopt these rules is necessary to change the current relationship between the tax authorities and taxpayers.

As Regras Brasileiras de Preços de Transferência e o Princípio da não Discriminação

Gabriel Bez-Batti

Mestre (*LL.M.*) em Direito Tributário Internacional pela *Wirtschaftsuniversität Wien* (*passed with honours*). Mestrando na Universidade de São Paulo.

1. Introdução

Neste artigo, será analisada a compatibilidade das regras brasileiras de preços de transferência com a cláusula de não discriminação do art. 24 dos tratados contra a bitributação. Conforme será verificado no decorrer do texto, tais regras podem conflitar com o disposto no art. 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE/ONU, que impede a discriminação com base no controle ou detenção da sociedade por capital estrangeiro.

Todos os tratados contra a bitributação firmados pelo Brasil até então preveem a cláusula de não discriminação do art. 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE/ONU. A redação desse dispositivo, na maioria dos tratados, está em consonância com a recomendada pela OCDE e ONU nas suas Convenções Modelo, e dispõem o seguinte: “as empresas de um Estado Contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por uma ou várias pessoas residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado, a nenhuma tributação ou obrigação correspondente diversa ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro Estado”.

Os fundamentos para concluir que as regras brasileiras de preços de transferência conflitam com o art. 24 (5) dos tratados firmados pelo Brasil (que preveem a redação recomendada nas Convenções Modelo da OCDE e ONU) são os seguintes: (a) a legislação brasileira de preços de transferência somente se aplica a transações com partes localizadas no exterior; (b) as regras referentes a alguns métodos não seguem o padrão *arm's length*; (c) as regras podem resultar em tratamento distinto ou mais gravoso às sociedades detidas ou controladas por não residentes.

Não obstante, também há argumento para concluir que tais regras não violam o princípio da não discriminação, pois o seu critério de distinção não é o controle ou detenção do capital da empresa no Brasil pelo não residente.

O objetivo deste estudo é aprofundar os fundamentos referidos acima e verificar se as regras de preços de transferência conflitam com o § 5º do art. 24 da Convenção Modelo da OCDE/ONU. Ao final, parece-nos importante que seja analisado, também, se as regras brasileiras de preços de transferência violam o art. 24 (4) da Convenção Modelo da OCDE/ONU.

2. A regra prevista no art. 24 (5) das Convenções Modelo da ONU e da OCDE

De acordo com o art. 24 (5) das Convenções Modelo da OCDE e ONU, “as empresas de um Estado Contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por uma ou várias pessoas residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado, a nenhuma tributação ou obrigação correspondente diversa ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro Estado”.

A redação do art. 24 (5) é a mesma nas Convenções Modelo da ONU e da OCDE¹ e não há diferenças significativas na interpretação de um ou de outro dispositivo. Tanto é assim que, nos Comentários à Convenção Modelo da ONU, o Comitê considerou que os comentários feitos ao art. 24 (5) da Convenção da OCDE também devem ser utilizados para interpretar o dispositivo homônimo da ONU, “uma vez que este parágrafo reproduz o parágrafo 5 do Artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE”².

Todos os tratados contra a bitributação firmados pelo Brasil até então preveem a cláusula de não discriminação do art. 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE. Tal situação demonstra que o Brasil o tem como fundamental na negociação dos seus acordos. Note que o art. 24 (4) – que impede a discriminação de tratamento fiscal sobre as despesas pagas por uma empresa de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante – está presente em apenas alguns tratados³.

Apesar de a redação do art. 24 (5) ser a mesma nas Convenções Modelo da ONU e da OCDE, os países, ao assinarem seus tratados contra a bitributação, podem prever redações diversas, que em nada se assemelham à prevista nos modelos daquelas organizações.

Nos tratados firmados pelo Brasil com Emirados Árabes Unidos (2021), Argentina (1981), Canadá (1985), Chile (2001), Coreia do Sul (1989), Filipinas (1983), Hungria (1986), Índia (1988), Israel (2002), Itália (1978), Noruega (1980), Peru (2005), Singapura (2018), Trinidad e Tobago (2008) e Ucrânia (2002), a redação do art. 24 (5) diverge daquela disposta nos outros tratados tributários firmados

¹ Enterprises of a Contracting State, the capital of which is wholly or partly owned or controlled, directly or indirectly, by one or more residents of the other Contracting State, shall not be subjected in the first-mentioned State to any taxation or any requirement connected therewith which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which other similar enterprises of the first-mentioned State are or may be subjected.

² Since this paragraph reproduces paragraph 5 of Article 24 of the OECD Model Convention, the Committee considers that the following extracts from the Commentary on that paragraph of the OECD Model Convention are applicable.

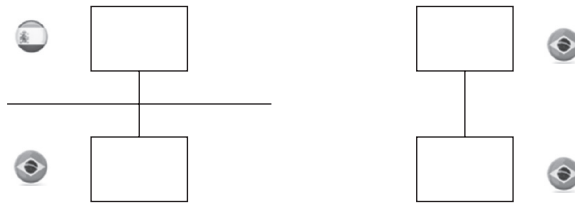
³ São eles: África do Sul (2003), Alemanha (1975), Áustria (1975), Bélgica (1972), China (1991), Dinamarca (1974), Equador (1983), Eslováquia e República Tcheca (1986), Espanha (1974), Finlândia (1996), França (1971), Japão (1967), Luxemburgo (1978), México (2003), Países Baixos (1990), Portugal (2000), Rússia (2004), Suécia (1975), Suíça (2018), Turquia (2010) e Venezuela (2005).

pelo Brasil. Confira-se o texto: “as empresas de um Estado Contratante cujo capital seja, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, detido ou controlado por um ou mais residentes do outro Estado Contratante, não estarão sujeitas, no primeiro Estado mencionado, a qualquer tributação ou exigência com ela conexa, diversa ou mais onerosa do que a tributação e as exigências com ela conexas, a que estiverem ou puderem estar sujeitas outras empresas similares do primeiro Estado mencionado cujo capital seja, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, detido ou controlado por um ou mais residentes de um *terceiro Estado*”⁴.

Enquanto a redação da maioria dos tratados firmados pelo Brasil – exceto a dos mencionados acima – dispõe que uma empresa no Brasil detida por não residente não será discriminada em relação a uma empresa no Brasil detida por residente no país, a redação dos tratados firmados pelo Brasil com os países acima estabelece que a sociedade no Brasil, detida por não residente, não será discriminada em relação a uma empresa no Brasil, detida por residente em *terceiro Estado*.

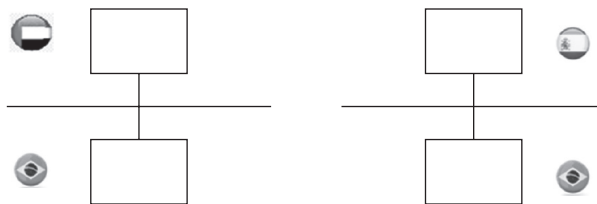
As ilustrações abaixo podem auxiliar a compreensão:

Discriminação proibida pela maioria dos tratados



Elaborado pelo autor

Discriminação proibida pelos tratados assinados com Emirados Árabes Unidos, Argentina, Canadá, Chile, Coreia do Sul, Filipinas, Hungria, Índia, Israel, Itália, Noruega, Peru, Singapura, Trinidad e Tobago e Ucrânia



Elaborado pelo autor

⁴ Enterprises of a Contracting State, the capital of which is wholly or partly owned or controlled, directly or indirectly, by one or more residents of the other Contracting State, shall not be subjected in the first-mentioned State to any taxation or any requirement connected therewith which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which are subjected other similar enterprises the capital of which is wholly or partly owned or controlled, directly or indirectly, by residents of third countries.

A diferença na redação do § 5º do art. 24 das Convenções Modelo da ONU e da OCDE não é particularidade dos tratados firmados pelo Brasil com aqueles países.

Quando a Convenção Modelo das Nações Unidas foi revisada, no ano de 1999, alguns membros de países em desenvolvimento apontaram que medidas especiais, previstas na legislação interna dos seus países e aplicáveis a todas as empresas estrangeiras, não deveriam ser tratadas como discriminatórias. Por conta disso, esses países propuseram, na Convenção, a redação mencionada acima.

Dessa forma, mesmo que tais regras internas resultassem em discriminação de tratamento entre residentes e não residentes, propôs-se que elas não deveriam ser tidas como violadoras do princípio da não discriminação, pois, na visão desses países, o propósito de tal princípio seria conceder tratamento não discriminatório às empresas estrangeiras (e não às empresas controladas ou detidas por estrangeiros)⁵.

Conforme visto anteriormente, tal redação não é a padrão nas convenções da ONU e da OCDE. Não obstante, por conta da liberdade que os Estados têm de alterar a redação dos dispositivos da Convenção da forma que melhor lhes atendem, a proposta dos países em desenvolvimento para modificar a redação do art. 24 (5) – no sentido de que a sociedade em um Estado contratante, detida ou controlada por não residente, não será discriminada em relação a uma empresa localizada nesse mesmo Estado contratante, detida por residente em um *terceiro Estado* – foi suficiente para que alguns tratados assinados até então estabeleçam redação distinta.

3. O art. 24 (5) das Convenções Modelo da OCDE e da ONU

O § 3º dos Comentários à Convenção Modelo dispõe que o art. 24 da Convenção da OCDE impede diferenças de tratamento fiscal que se baseiem unicamente em determinadas razões específicas⁶, como nacionalidade e residência. Em outras palavras, a violação ao art. 24 ocorre quando a distinção de tratamento for baseada, unicamente (*solely based*), em algum critério específico. Tal critério, no que se refere ao § 5º da Convenção, é a detenção ou controle do capital da sociedade residente por sócio estrangeiro.

Os Comentários ao § 5º do art. 24 – desde a atualização ocorrida no ano de 2008 – estabelecem que o dispositivo “impede a discriminação de uma empresa residente que tenha por fundamento, unicamente, o fato de o capital dessa empresa ser detido ou controlado por outra empresa”.

⁵ Item 5 dos Comentários à Convenção Modelo da ONU ao art. 24 (5).

⁶ The various provisions of Article 24 prevent differences in tax treatment that are solely based on certain specific grounds (e.g. nationality, in the case of paragraph 1).

Para Bammens⁷, porém, tal interpretação é excessivamente restritiva. O termo “unicamente”, na sua visão, apenas esclarece que a discriminação diz respeito ao fato de o capital da empresa ser detido ou controlado por não residente. Portanto, quando outro critério de discriminação for estabelecido, não haverá violação ao § 5º do art. 24 da Convenção Modelo da OCDE.

Do mesmo modo, não haverá discriminação se o critério de proibição estiver presente – isto é, quando o capital da sociedade for detido ou controlado por sócio não residente –, mas não o for a razão da distinção. Veja-se o seguinte exemplo: a legislação de determinado Estado estabelece que os rendimentos dos não residentes são tributados na fonte, por questões de praticabilidade, mas tal retenção não se aplica sobre os rendimentos pagos a sociedades residentes no mesmo Estado da entidade pagadora.

Nessas situações, a tributação na fonte (sobre os rendimentos auferidos pelo não residente) ocorre independentemente de o beneficiário dos rendimentos ser, ou não, sócio da sociedade que realiza os pagamentos. Portanto, o controle ou detenção do capital pelo sócio estrangeiro não é a causa do tratamento discriminatório.

Nesse exemplo, o critério proibitivo está presente (controle ou detenção do capital da sociedade residente por sócio estrangeiro), mas tal critério não é a causa da distinção. Referida distinção ocorre por razões de praticabilidade, tendo em vista que os Estados não têm meios para tributar a renda líquida dos não residentes (por isso, a tributação na fonte).

Esse posicionamento é compartilhado por Avery Jones *et al.*⁸ Para os autores, se o motivo da diferença de tratamento for a não residência e não o fato de o capital ser detido ou controlado por não residente, tal critério não será suficiente para que a discriminação proibida pelo art. 24 (5) esteja presente. Não basta que esses critérios estejam presentes, se a sua combinação não for a causa do tratamento discriminatório.

Em contrapartida, haverá discriminação se o critério proibitivo estiver presente e for o motivo do tratamento distinto, ainda que, junto a ele, referida regra preveja outro critério de discriminação. Suponha, por exemplo, que a regra de determinado Estado conceda benefício aos seguintes contribuintes: os seus residentes que sejam detidos ou controlados por residentes e seus residentes que sejam detidos ou controlados por não residentes (mas somente se, nesse último

⁷ BAMMENS, Niels. *The principle of non-discrimination in international and European tax law*. Amsterdam, IBFD, 2012.

⁸ JONES, Avery J. F.; BAKER, P.; DE BROE, L.; ELLIS, M. J.; RAAD, K. van; LE GALL, J. P.; GOLDBERG, S. H.; BLESSING, P.; J. (JÜRGEN) Lüdicke; MAISTO, G.; MIYATAKE, T.; INOUE, K.; TORRIONE, H.; VANN, R. J.; WARD, D. A.; NIKOLAKAKIS, A.; WIMAN, B. Art. 24(5) of the OECD Model in relation to intra-group transfers of assets and profits and losses, p. 224.

caso, o controle ou detenção forem exercidos por um estabelecido permanente localizado nesse Estado).

Nesse caso, a distinção não se baseia apenas no fato de o controle e/ou detenção serem exercidos por não residentes, mas, também, pelo fato de o não residente não executar as suas atividades, no outro Estado, por meio de estabelecimento permanente. Sucede que, nesse caso, o critério proibitivo está presente (controle ou detenção do capital da sociedade residente por sócio estrangeiro), e tal critério é a causa da distinção.

Parece-nos correta a interpretação de que o termo “unicamente” não pode ser analisado restritivamente, nem amplamente. Há um meio termo na sua interpretação. Assim, não há violação ao art. 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE/ONU se o critério de distinção não for o controle ou detenção do capital da empresa por não residente ou se tal critério não for a causa do tratamento discriminatório. Em contrapartida, haverá discriminação se o critério proibitivo estiver presente e tal critério for o motivo do tratamento distinto, ainda que, junto a ele, referida regra preveja outro critério de discriminação.

4. Os comentários ao art. 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE

A estrita obediência aos documentos da OCDE não é mandatória, mas é importante que a interpretação dos tratados contra a bitributação seja apoiada nesses documentos, pois tal procedimento garante segurança jurídica para os contribuintes e para a administração tributária. Por isso, entendemos que as regras dispostas nos tratados firmados pelo Brasil devem ser interpretadas de acordo com os Comentários à Convenção Modelo, ainda que o país não seja membro da Organização⁹.

A OCDE, nos Comentários ao art. 24 da Convenção, explica que tal dispositivo não se destina a conceder aos estrangeiros, aos não residentes e às empresas detidas ou controladas por não residentes tratamento fiscal mais benéfico àquele concedido aos nacionais, residentes ou empresas detidas ou controladas por sociedades residentes.

Portanto, a discriminação que o art. 24 (5) busca impedir é aquela em que um Estado contratante concede tratamento menos favorável a uma empresa cujo capital seja detido ou controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes do outro Estado Contratante.

Além disso, os Comentários estabelecem que o art. 24 (5) tem como objetivo assegurar a igualdade de tratamento dos contribuintes residentes no mesmo Estado, ou seja, das empresas localizadas no mesmo Estado Contratante, que se di-

⁹ BEZ-BATTI, Gabriel; ESTRADA, R. D. A relevância dos documentos da OCDE na interpretação dos tratados tributários assinados pelo Brasil. *30 anos da Constituição Federal de 1988: uma nova era na tributação?* Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. v. 1, p. 831-844.

ferenciam apenas pelo fato de o capital de uma delas ser detido ou controlado por acionista não residente. Desse modo, o art. 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE proíbe a discriminação das empresas residentes no mesmo Estado contratante, e não das sociedades que as detêm ou controlam.

Nesse ponto, Ramon Tomazela¹⁰ explica que não há violação ao art. 24 (4) da Convenção se os sócios ou acionistas no exterior forem submetidos ao seguinte tratamento tributário distinto: a lei de determinado Estado dispõe que os dividendos distribuídos para não residentes estão sujeitos a uma alíquota fixa de IRRF sobre o rendimento bruto, enquanto os dividendos distribuídos para residentes são computados na renda global do contribuinte, para tributação em conjunto com os demais rendimentos.

Nos Comentários à Convenção Modelo da OCDE, a Organização faz, ainda, um outro comentário ao dispositivo: de acordo com o documento, o art. 24 (5) não impede que determinado Estado edite regras de subcapitalização, desde que tal tratamento diferenciado não tenha como fundamento o fato de os não residentes deterem ou controlarem, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, o capital da sociedade localizada no outro Estado¹¹.

Assim, se uma empresa residente em um Estado contratante esteja impedida – ou limitada – de deduzir os juros pagos a uma empresa associada não residente, por conta das regras internas de subcapitalização, tal regra não violará o art. 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, desde que a lei interna do Estado contratante preveja o mesmo tratamento aos juros pagos a uma empresa associada não residente, que, por sua vez, não detenha ou controle o capital dessa empresa¹².

5. As regras de preços de transferência no Brasil

No Brasil, as regras de preços de transferência são regidas pela Lei n. 9.430/1996. Em regra, a legislação determina que a empresa deve adicionar ou excluir da apuração do lucro real a diferença entre o preço parâmetro indicado pela legislação e o efetivamente praticado pelas partes dependentes.

¹⁰ SANTOS, Ramon Tomazela. A cláusula de não discriminação nos acordos de bitributação. Disponível em: [¹¹ The paragraph is not concerned with rules based on a debtor-creditor relationship as long as the different treatment resulting from rules is not based on whether or not non-residents own or control, wholly or partly, directly or indirectly, the capital of the enterprise.](https://www.ibdt.org.br/RDTIA/2/a-clausula-de-nao-discriminacao-nos-acordos-de-bitributacao/#:~:text=Os%20Estados%20n%C3%A3o%20est%C3%A3o%20obrigados,por%20isso%20que%20o%20art. Acesso em: 15 maio 2022.</p></div><div data-bbox=)

¹² For example, if under a State's domestic thin capitalisation rules, a residente enterprise is not allowed to deduct interest paid to a non-resident associated enterprise, that rule would not be in violation of paragraph 5 even where it would be applied to payments of interest made to a creditor that would own or control the capital of the enterprise, provided that the treatment would be the same if the interest had been paid to a non-resident associated enterprise that did not itself own or control any of the capital of the payer.

O objetivo de tais regras é determinar “limites” para os preços cobrados em transações entre partes vinculadas. Seu racional é evitar que os preços das transações realizadas entre referidas sociedades sejam fixados com o objetivo de transferir artificialmente os lucros de uma jurisdição (geralmente, de alto imposto) à outra. Em outras palavras, as transações de/para entidades vinculadas no exterior devem ser realizadas de acordo com os mesmos termos e condições aplicáveis às transações realizadas com terceiros não vinculados (princípio *arm's length*)¹³.

No Brasil, os métodos para a determinação do “preço do parâmetro” estão estabelecidos nos arts. 18 a 24-B da Lei n. 9.430/1996 (conforme alterado). Além disso, a Instrução Normativa n. 1.312/2012 compila pontos relevantes sobre o assunto.

O Brasil tem posição distinta dos países da OCDE no que toca essa matéria, pois, em alguns métodos, a lei autoriza que as autoridades calculem o preço parâmetro de acordo com margens presumidas pela legislação. Na importação, são estes os métodos que preveem margens fixas: PRL e CPL.

O método PRL é similar ao método do Preço de Revenda da OCDE. Nesse método, calcula-se a média aritmética ponderada dos preços de revenda de bens, serviços ou direitos no Brasil, calculados em conformidade com uma fórmula que tem como objetivo comparar a participação do custo atribuído ao produto importado no custo do produto ou serviço final revendido, para aplicação do percentual obtido sobre o preço de venda. A diferença será a margem de lucro obtida, que deverá ser comparada com as margens mínimas previstas em Lei.

Tais margens, na legislação brasileira, correspondem a: (a) 40% para produtos farmoquímicos e farmacêuticos, produtos do fumo, equipamentos e instrumentos ópticos, fotográficos ou cinematográficos, máquinas, aparelhos e equipamentos para o uso odontomédico-hospitalar, extração de petróleo e gás natural, produtos derivados do petróleo; (b) 30% para produtos químicos, vidro e produtos relacionados, celulose, papel e produtos de papel, metalurgia; (c) 20%, aplicada para todos os outros setores.

¹³ A definição de “pessoas relacionadas” (Lei n. 9.430/1996, art. 23) abrange não apenas uma relação de controle direto ou indireto entre uma empresa brasileira e estrangeira (controladora, controlada ou sob controle comum), mas também as seguintes situações: (a) uma relação filial-sede; (b) um juro direto de capital social de pelo menos 10%; (c) participação acionária de pelo menos 10% tanto nas empresas brasileiras quanto nas estrangeiras detidas pela mesma pessoa jurídica ou pessoa física; (d) a participação acionária detida por uma empresa brasileira e uma empresa estrangeira em uma terceira empresa totalizando pelo menos 10%; (e) associação em *joint venture* não incorporada entre uma empresa brasileira e estrangeira; (f) um contrato exclusivo de agência ou distribuição (ou relação contínua do tipo, embora não derivada de um contrato formal) entre uma empresa brasileira e uma empresa estrangeira (ainda que apenas para parte do território de um determinado país, incluindo o Brasil); (g) a mesma pessoa atua como Presidente ou Diretor Executivo das empresas brasileiras e estrangeiras ou como oficial de ambos com poder de decisão.

Na importação, outro método que pode ser utilizado é o “Método do Custo de Produção mais Lucro – CPL”, definido como o custo médio ponderado de produção de bens, serviços ou direitos, idênticos ou similares, acrescido dos impostos e taxas cobrados na exportação no país onde tiverem sido originariamente produzidos, e de margem de lucro de 20% (vinte por cento), calculada sobre o custo apurado.

No que diz respeito às exportações, a lei prevê margens fixas para os seguintes métodos: (a) método “Cost-Plus” (Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro – CAP), pelo qual a operação está sujeita a ajuste por referência à média aritmética dos custos de aquisição ou produção dos bens, serviços ou direitos, acrescidos dos impostos e contribuições incidentes no Brasil, além da margem de lucro de 15% sobre a soma dos custos, impostos e contribuições; (b) método do “Preço de Venda por Atacado no País de Destino, Diminuído do Lucro – PVA”, definido como a média aritmética dos preços de venda de bens, idênticos ou similares, praticados no mercado atacadista do país de destino, em condições de pagamento semelhantes, diminuídos dos tributos incluídos no preço, cobrados no referido país, e de margem de lucro de 15% sobre o preço de venda no atacado; (c) método do “Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro – PVV”, definido como a média aritmética dos preços de venda de bens, idênticos ou similares, praticados no mercado varejista do país de destino, em condições de pagamento semelhantes, diminuídos dos tributos incluídos no preço, cobrados no referido país, e de margem de lucro de 30% sobre o preço de venda no varejo.

A principal característica da legislação brasileira é que ela adota margens de lucro predeterminadas nos métodos equivalentes ao RPM (*Resale Price Method*) e *Cost-Plus*, desviando-se, nesse particular, dos padrões da OCDE¹⁴.

Referidas margens predeterminadas são supostamente baseadas nas práticas ordinárias da indústria, mas percentuais que supõem tal prática somente são previstos no método PRL. Nos métodos PVV e PVA, a distinção diz respeito ao perfil funcional do contribuinte (atacado ou varejo), enquanto as margens referentes aos outros métodos aplicam-se amplamente a todas as atividades¹⁵.

Note que referidas margens podem ser contestadas pelos contribuintes. O art. 20 da Lei n. 9.430/1996 estabelece que o Ministro de Finanças pode, sob “circunstâncias justificáveis”, alterar as margens de ofício (ou se o contribuinte assim requerer), mediante comprovação de que a margem fixa prevista na lei não corresponde à realidade de determinada atividade (com base em publicações, pesquisas ou relatórios).

¹⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Brazil – challenges to Brazilian transfer pricing rules upon accession to the OECD.

¹⁵ Transfer pricing in Brazil: towards convergence with the OECD standard: a joint assessment of the similarities and differences between the Brazilian and OECD frameworks.

Porém, tal questionamento não é comum na prática. No passado, dizia-se que o motivo de o art. 20 da Lei n. 9.430/1995 (que permitia a alteração das margens caso o contribuinte comprovasse que elas não se adequavam à sua atividade) não ser utilizado referia-se à burocrática documentação exigida pela Receita Federal do Brasil (“RFB”).

Ocorre que, conforme apontou Schoueri¹⁶, essa legislação não está mais em vigor. Para o autor, o fato de os contribuintes não contestarem as margens preestabelecidas pode ser considerada a maior fragilidade da legislação brasileira de preços de transferência.

Por outro lado, as margens previstas pelo legislador garantem praticidade e segurança jurídica para os contribuintes. Enquanto a aferição dos preços de transferência nos países-membros da OCDE demanda análise econômica e contábil, com a avaliação de riscos, funções e ativos para alocar o lucro tributável, no Brasil os contribuintes sabem exatamente quanto irão pagar (sem a necessidade de incorrer em custos altos com a análise de comparáveis).

Há quem defenda que a permissão prevista em lei para que o contribuinte demonstre que as margens predeterminadas não se adequam ao seu negócio assegura sua conformidade com o padrão *arm's length*. Conforme apontaram Schoueri, Tôrres, Tavares e Rocha¹⁷, “o fato de a legislação brasileira se basear em margens fixas não permite, por si só, concluir que o padrão *arm's length* é desrespeitado”.

Para os autores, as margens fixas são compatíveis com o padrão *arm's length*, desde que sejam adequadas, calibradas para o respectivo setor e possam ser refutáveis.

Note, porém, que a possibilidade de questionamento das margens se restringe àquelas previstas para bens, serviços e direitos. A lei não permite que o contribuinte demonstre ao fisco que os juros pactuados o foram de acordo com o padrão *arm's length*. Para o cálculo do preço parâmetro de juros, a Lei n. 9.430/1996 estabelece que a empresa mutuante, no Brasil, terá que reconhecer como receita financeira derivada da operação (art. 22, § 1º) o valor resultante da aplicação da (a) taxa Libor pelo prazo de 6 (seis) meses¹⁸, utilizada geralmente para operações

¹⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Arm's length: beyond the guidelines of the OECD. Bulletin for International Taxation*. December 2015.

¹⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo; TÔRRES, Heleno Taveira; TAVARES, Romero J. S.; ROCHA, Sergio André. Brazilian TP: missed opportunities ahead. *Kluwer International Tax Blog*. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2019/07/30/brazilian-tp-missed-opportunities-ahead/>. Acesso em: 4 nov. 2019.

¹⁸ Note que a Libor de 06 (seis) meses deixou de ser publicada. Tal situação tem causado dúvidas nas empresas acerca do cálculo do preço parâmetro para transações que não são realizadas em dólar. Ver: *Valor Econômico*. Os impactos do fim da Libor: a transição da Libor impacta não só cálculo do custo financeiro das operações externas, mas também os respectivos contratos de crédito e de

em euro, ou (b) a cotação de mercado dos títulos soberanos da República Federativa do Brasil emitidos no mercado externo em dólares (art. 22, § 6º, I) ou reais (art. 22, § 6º, II), dependendo da moeda adotada na operação (reais ou dólares), cuja alíquota é acrescida de *spread* de 2,5% (art. 2º da Portaria MF n. 427/2013).

Na hipótese em que a mutuária está no Brasil, o cálculo do preço parâmetro se mantém o mesmo, mas a margem do *spread* é de 3,5% (art. 1º da Portaria MF n. 427/2013).

6. As regras de preços de transferência no Brasil e a não discriminação prevista no § 5º do art. 24

Podem parecer que as regras brasileiras de preços de transferência conflitam com o art. 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE/ONU, disposta nos tratados firmados que preveem o § 5º com a redação recomendada pela OCDE e ONU, pelas seguintes razões: (a) a legislação brasileira de preços de transferência somente se aplica a transações com partes localizadas no exterior; (b) as regras referentes a alguns métodos não seguem o padrão *arm's length*; (c) as regras podem resultar em tratamento distinto ou mais gravoso às sociedades detidas ou controladas por não residentes.

No que se refere ao *primeiro ponto*, de fato a legislação brasileira de preços de transferência somente se aplica a transações com partes localizadas no exterior, ao contrário do que ocorre com outros países, como a Espanha¹⁹, que aplica a sua legislação em operações internas e internacionais. Enquanto a sua aplicação nas operações internacionais tem o objetivo de impedir a transferência de lucros para outras jurisdições, nas operações internas seu objetivo é que as operações entre partes relacionadas sejam realizadas a valor de mercado.

No Brasil, as regras de preços de transferência não se aplicam às operações internas. Nesse caso, podem incidir as regras de distribuição disfarçada de lucros (“DDL”)²⁰, mas o seu escopo é limitado, pois referidas regras não regulam, por exemplo, os contratos de mútuo celebrados entre partes associadas que estão localizadas no país, que podem ser pactuados sem a previsão de juros.

No que diz respeito ao *segundo ponto*, alguns métodos previstos na lei brasileira de preços de transferência, como postas hoje, não seguem o padrão *arm's length*, pois as margens estão desatualizadas e o modelo de questionamento, previsto no art. 20 da Lei n. 9.430/1995 (que permite a alteração das margens caso o contribuinte comprove que elas não se adequam à sua atividade), é pouco eficaz.

garantias, e seus registros regulatórios. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2022/05/04/os-impactos-do-fim-da-libor.ghtml>. Acesso em: 15 maio 2022.

¹⁹ Artículo 18 de la Ley 27_2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades e artículos 13 a 36 de la Real Decreto 634/2015, de 10 de julio de 2015.

²⁰ Arts. 61 e 62 do DL n. 1.598/1977.

De fato, mesmo autores que defendem que as regras se adequam a esse padrão admitem que o sistema precisa ser aprimorado²¹. Schoueri e Galendi²² destacam que as margens fixas só podem ser conciliadas com o padrão *arm's length* se forem contestáveis, o que, embora teoricamente possível, não tem sido uma prática no Brasil. Note que as regras de preços de transferência para juros nem sequer permitem que os contribuintes demonstrem que a taxa utilizada no contrato corresponde àquela adotada no mercado.

Em relação ao *terceiro ponto*, as regras de preços de transferência podem resultar em tratamento distinto ou mais gravoso às sociedades detidas ou controladas por não residentes, quando comparado tal tratamento ao concedido às sociedades detidas ou controladas por residentes, pois tais regras apenas são aplicadas em transações internacionais. Repita-se que os mútuos celebrados internamente podem ser pactuados sem a previsão de juros. Tal não ocorre nos mútuos celebrados com partes vinculadas no exterior. Se o mutuante estiver no Brasil, ele deverá adicionar, à sua apuração do imposto de renda, a diferença entre o preço parâmetro e o preço praticado (que, nesse caso, é zero).

Não obstante, entendemos que as regras de preços de transferência no Brasil não violam o art. 24 (5) da Convenção, pois não concedem tratamento diferenciado com base, *unicamente* (*solely based*), no fato de o estrangeiro deter ou controlar o capital da sociedade no país.

Conforme pontuado anteriormente, parece-nos correta a interpretação de que o termo “unicamente” não pode ser analisado restritivamente, nem amplamente. Há um meio termo na sua interpretação. Assim, não há violação ao art. 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE/ONU se o critério de distinção não for o controle ou a detenção do capital da empresa por não residente ou se tal critério não for a causa do tratamento discriminatório. Em contrapartida, haverá discriminação se o critério proibitivo estiver presente na regra e tal critério for o motivo do tratamento distinto, ainda que, junto a ele, referida regra preveja outro critério de discriminação.

Ocorre que tal critério não é a causa do tratamento discriminatório previsto nas regras brasileiras de preços de transferência, pois ditas regras são aplicáveis em variadas hipóteses e não somente nas situações em que o controlador ou detentor, localizado no exterior, participa no capital da empresa brasileira.

De fato, as regras brasileiras de preços de transferência aplicam-se em transações realizadas por pessoas vinculadas a pessoa jurídica, entendidas como tais

²¹ SCHOUERI, Luís Eduardo; TÔRRES, Heleno Taveira; TAVARES, Romero J. S.; ROCHA, Sergio André. Brazilian TP: missed opportunities ahead. *Kluwer International Tax Blog*. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2019/07/30/brazilian-tp-missed-opportunities-ahead/>. Acesso em: 4 nov. 2019.

²² SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Brazil – challenges to Brazilian transfer pricing rules upon accession to the OECD.

(art. 23 da Lei n. 9.430/1996): (i) a matriz desta, quando domiciliada no exterior; (ii) a sua filial ou sucursal, domiciliada no exterior; (iii) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, cuja participação societária no seu capital social a caracterize como sua controladora ou coligada; (iv) a pessoa jurídica domiciliada no exterior que seja caracterizada como sua controlada ou coligada; (v) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que, em conjunto com a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, tiver participação societária no capital social de uma terceira pessoa jurídica, cuja soma as caracterizem como controladoras ou coligadas desta; (vi) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que seja sua associada, na forma de consórcio ou condomínio, conforme definido na legislação brasileira, em qualquer empreendimento; (vii) a pessoa física residente no exterior que for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro de qualquer de seus diretores ou de seu sócio ou acionista controlador em participação direta ou indireta; (viii) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que goze de exclusividade, como seu agente, distribuidor ou concessionário, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos; (ix) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, em relação à qual a pessoa jurídica domiciliada no Brasil goze de exclusividade, como agente, distribuidora ou concessionária, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos.

Além disso, tais disposições aplicam-se às operações efetuadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada em país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento).

Em resumo, o critério de distinção não é o controle ou detenção do capital da empresa no Brasil pelo não residente. As regras se aplicam, também, nas seguintes relações: (a) de exclusividade; (b) quando há relação de parentesco; (c) ou nos casos de consórcio ou condomínio. Além disso, referidas regras se aplicam na situação inversa, quando a empresa brasileira controla ou detém o capital de outras empresas no exterior; ou quando a operação é realizada com pessoas localizadas em regimes fiscais privilegiados ou países com tributação favorecida.

Por isso, tais regras não violam o art. 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE/ONU.

7. As regras de preços de transferência no Brasil e a não discriminação prevista no § 4º do art. 24

Não obstante o que foi dito acima, parece-nos que as regras brasileiras de preços de transferência violam o art. 24 (4) da Convenção Modelo da OCDE/ONU, no que diz respeito aos *juros* pagos ao exterior, pelas seguintes razões: (a) tais regras não permitem que o contribuinte demonstre que os juros pactuados seguem o padrão *arm's length*; (b) a legislação brasileira de preços de transferência somente se aplica a transações com partes localizadas no exterior; (c) tais despesas

não são dedutíveis nas mesmas condições do que aquelas contratadas com residentes no Brasil.

De acordo com o art. 24 (4), salvo nos casos de aplicação dos arts. 9 (1)²³, 11 (6)²⁴ e 12 (4)²⁵, que limitam a dedução dos juros, dos royalties, e de outros desembolsos pagos em contratações realizadas entre partes relacionadas com condições mais vantajosas, os pagamentos dos juros, dos royalties e de outros rendimentos, quando feitos por uma empresa de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante, serão dedutíveis nas mesmas condições do que aquelas contratadas com residentes do primeiro Estado.

A OCDE, nos Comentários ao referido dispositivo²⁶, dispôs que esse parágrafo pretende impedir a seguinte forma específica de discriminação: o fato de não haver, em certos países, restrições à dedução de juros, royalties e outros desembolsos quando o beneficiário é residente, enquanto referidas restrições se aplicam quando o beneficiário é não residente.

De acordo com os Comentários à Convenção Modelo da OCDE, o dispositivo não impede que os países prevejam regras de subcapitalização em suas legislações internas, desde que tais regras sejam compatíveis com o padrão *arm's length*.

Nesse ponto, Ramon Tomazela²⁷ explica que as regras brasileiras de subcapitalização, previstas na Lei n. 12.249/2010, não são compatíveis com os arts. 9º e 24 (4) da Convenção Modelo da OCDE, pois não permitem que o contribuinte demonstre que os juros firmados no contrato de mútuo foram pactuados de acordo com o padrão *arm's length*.

Entendemos que a mesma justificativa se aplica às regras brasileiras de preços de transferência: no Brasil, o contribuinte não pode demonstrar que os juros

²³ Ajuste *arm's length*. Art. 9 (1). Where a) an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or b) the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State, and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly.

²⁴ Qualificação como dividendos na legislação interna, por exemplo, do excesso dos juros pagos pelo mutuário residente em um Estado contratante para o mutuante residente no outro Estado contratante, caso o contrato, realizado entre partes relacionadas, não siga o padrão *arm's length*.

²⁵ Qualificação como dividendos na legislação interna, por exemplo, do excesso dos royalties pagos pelo mutuário residente em um Estado contratante para o mutuante residente no outro Estado contratante, caso o contrato, realizado entre partes relacionadas, não siga o padrão *arm's length*.

²⁶ OECD. *Model tax convention on income and on capital*: condensed version. OECD, 2017, p. 424-425.

²⁷ SANTOS, Ramon Tomazela. As regras brasileiras de subcapitalização e os acordos internacionais de bitributação – a incompatibilidade da Lei nº 12.249/2010 com o princípio *arm's length* e com a cláusula de não discriminação. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2015, p. 123.

firmados no contrato de mútuo foram pactuados de acordo com o padrão *arm's length*. Por isso, tais regras não são compatíveis com o art. 9º da Convenção Modelo da OCDE (motivo pelo qual conflitam com o art. 24 (4) da Convenção)²⁸.

Os Comentários ao art. 9º da Convenção Modelo da OCDE dispõem que o art. 9º é relevante “não apenas para *determinar se a taxa de juros prevista em um contrato de empréstimo está de acordo com o padrão arm's length*, mas também se um empréstimo *prima facie* pode ser considerado um empréstimo ou deve ser considerado algum outro tipo de pagamento, como um aporte de capital”²⁹.

Note que a OCDE, no documento intitulado “Transfer pricing guidance on financial transactions”³⁰, estabelece métodos dos mais variados para o cálculo da taxa de juros de acordo com o padrão *arm's length*, entre eles o CUP *method* (equivalente ao método PIC), em que o preço parâmetro é calculado a partir da análise de transações semelhantes (são relevantes, nesse caso, as características do empréstimo – como o montante emprestado, a data de vencimento, a moeda, o *rating* do mutuário etc.) – e a *opinião de bancos independentes (bankability)*, (método) pelo qual determinada instituição financeira independente declara qual taxa de juros aplicaria à operação.

No Brasil, a Lei n. 9.430/1996 estabelece que a empresa mutuária só poderá reconhecer como despesa derivada da operação (art. 22, § 1º) o valor resultante da aplicação da (a) taxa Libor pelo prazo de 6 (seis) meses³¹, utilizada geralmente para operações em euro, ou (b) a cotação de mercado dos títulos soberanos da República Federativa do Brasil emitidos no mercado externo em dólares (art. 22, § 6º, I) ou reais (art. 22, § 6º, II), dependendo da moeda adotada na operação (reais ou dólares), cuja alíquota é acrescida de *spread* de 3,5% (art. 1º da Portaria MF n. 427/2013).

²⁸ O § 4º dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE dispõe que “os parágrafos do artigo 24 devem ser lidos no contexto dos outros artigos da Convenção, pois as medidas que são expressamente autorizadas por tais artigos não podem ser consideradas como violadoras ao artigo 24”. Ou seja, só há violação ao artigo 24 se tal medida não for autorizada pela Convenção. Entre as medidas expressamente autorizadas pela Convenção inclui-se o artigo 9 – “padrão *arm's length*”. Como determinados métodos não seguem o padrão *arm's length*, eles violam os arts. 9º e 24 da Convenção.

²⁹ Paragraph 3(b): not only in determining whether the rate of interest provided for in a loan contract is in *arm's length* rate, but also whether a *prima facie* loan can be regarded as a loan or should be regarded as some other kind of payment, in particular a contribution to equity capital.

³⁰ OECD. Transfer pricing guidance on financial transactions. Fev. 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/transfer-pricing-guidance-on-financial-transactions-inclusive-framework-on-beps-actions-4-8-10.pdf>. Acesso em: 18 maio 2022.

³¹ Note que a Libor de 06 (seis) meses deixou de ser publicada. Tal situação causa dúvida nas empresas acerca do cálculo do preço parâmetro para transações que não são realizadas em dólar. Ver *Valor Econômico*. Os impactos do fim da Libor: a transição da Libor impacta não só cálculo do custo financeiro das operações externas, mas também os respectivos contratos de crédito e de garantias, e seus registros regulatórios. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2022/05/04/os-impactos-do-fim-da-libor.ghtml>. Acesso em: 15 maio 2022.

Não há análise de comparáveis e não são levadas em consideração as características do mutuário e mutuante (*rating*, bens que garantem os débitos etc.). Note que as taxas previstas na legislação, atualmente, não se afastam daquelas geralmente estipuladas no mercado. Basta ver que, em 2021, o percentual da Libor (EUA), no início do ano, foi 0,34% a.a. e, no final do ano, foi 0,60% a.a. (agora: 2,65%). Somado ao *spread* de 3,5%, tal taxa prevista em lei pode ser maior que a taxa de retorno prevista nos títulos emitidos pelo Governo brasileiro em dólares³².

Ainda assim, as regras brasileiras de preços de transferência violam o princípio da não discriminação, pois os juros não são dedutíveis nas mesmas condições que seriam em operações internas e, seguramente, o tratamento de dedução concedido às operações internacionais pode ser mais gravoso do que aquele concedido a transações internas (mutuante e mutuário no Brasil), pois nesses casos os juros pactuados levam em consideração as condições inerentes ao agente (*rating*, bens que garantem os débitos etc.) e são dedutíveis como tais, enquanto nas operações internacionais tais condições também são levadas em consideração, mas os juros não são dedutíveis se os limites legais forem extrapolados.

No que diz respeito à importação de bens, serviços e direitos, as regras de preços de transferência brasileiras também conflitam com o art. 24 (4) da Convenção Modelo da OCDE/ONU, pois: (a) tais regras não permitem que o contribuinte demonstre que as operações pactuadas seguem o padrão *arm's length*; (b) a legislação brasileira de preços de transferência somente se aplica a transações com partes localizadas no exterior; (c) tais despesas não são dedutíveis nas mesmas condições do que aquelas contratadas com residentes no Brasil.

Em relação ao *primeiro ponto* (e nos ateremos a ele, pois os dois outros pontos foram detalhados em outros tópicos), repita-se que alguns métodos previstos na lei brasileira de preços de transferência, como postas hoje, não seguem o padrão *arm's length*, pois as margens estão desatualizadas e o modelo de questionamento, previsto no art. 20 da Lei n. 9.430/1995 (que permite a alteração das margens caso o contribuinte comprove que elas não se adequam à sua atividade), é pouco eficaz.

Há, porém, exceções: a legislação prevê outros métodos para a apuração do preço parâmetro na importação ou exportação de bens, serviços ou direitos, como o método PIC (que permite a utilização de comparáveis). Nos casos em que esses métodos são utilizados (veja que, ao contrário de outras legislações de preços de transferência ao redor do mundo, no Brasil o contribuinte pode escolher o método que lhe proporcione o resultado mais benéfico), não há que se falar em violação ao art. 24 (4) da Convenção Modelo da OCDE/ONU.

³² Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/economia/tesouro-faz-emissao-de-us-25-bilhoes-em-titulos-no-exterior/>. Acesso em: 18 maio 2022.

8. Bibliografia

- BAMMENS, Niels. *The principle of non-discrimination in international and European tax law*. Amsterdam: IBFD, 2012.
- BEZ-BATTI, Gabriel; ESTRADA, R. D. A relevância dos documentos da OCDE na interpretação dos tratados tributários assinados pelo Brasil. *30 anos da Constituição Federal de 1988: uma nova era na tributação?* 2019. v. 1.
- GALENDI JÚNIOR, Ricardo André; SCHOUERI, Luís Eduardo. Challenges to Brazilian transfer pricing rules upon accession to the OECD. *International Transfer Pricing Journal* v. 26, n. 6, 2019.
- JONES, Avery J. F.; BAKER, P.; DE BROE, L.; ELLIS, M. J.; RAAD, K. van; LE GALL, J. P.; GOLDBERG, S. H.; BLESSING, P.; J. (JÜRGEN), Lüdicke; MAIS-TO, G.; MIYATAKE, T.; INOUE, K.; TORRIONE, H.; VANN, R. J.; WARD, D. A.; NIKOLAKAKIS, A.; WIMAN, B. Art. 24(5) of the OECD Model in relation to intra-group transfers of assets and profits and losses, p. 224.
- OECD. *Model tax convention on income and on capital: condensed version*. Novembro 2017.
- SANTOS, Ramon Tomazela. A cláusula de não discriminação nos acordos de bitributação. Disponível em: <https://www.ibdt.org.br/RDTIA/2/a-clausula-de-nao-discriminacao-nos-acordos-de-bitributacao/#:~:text=Os%20Estados%20n%C3%A3o%20est%C3%A3o%20obrigados,por%20isso%20que%20o%20art.>
- SANTOS, Ramon Tomazela. As regras brasileiras de subcapitalização e os acordos internacionais de bitributação – a incompatibilidade da Lei nº 12.249/2010 com o princípio *arm's length* e com a cláusula de não discriminação. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2015.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Arm's length: beyond the guidelines of the OECD*. *Bulletin for International Taxation*. December 2015.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; TÓRRES, Heleno Taveira; TAVARES, Romero J. S.; ROCHA, Sergio André. Brazilian TP: missed opportunities ahead. *Kluwer International Tax Blog*. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2019/07/30/brazilian-tp-missed-opportunities-ahead/>.

Pros, Cons and Challenges of the OECD Transfer Pricing Standard in Brazil

Ágata Uceda

During the *IX Brazilian Congress on International Tax Law* one of the panels discussed the advantages and disadvantages of applying the OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises (“OECD Guidelines”) in Brazil. This article summarizes the main ideas that were outlined during that seminar by Ágata Uceda.

The comments do not aim to discuss tax policy questions or the advantages/disadvantages of the OECD Guidelines in general as a legislative framework or as compared to formulary apportionment. The presentation was prepared with a very simple question in mind: from the point of view of a country that has never used the OECD Guidelines before, what would be the main advantages and disadvantages of using them? The author has been working as an advisor in transfer pricing for 22 years and the points raised maybe biased towards the views of the taxpayer. The presentation was 25 minutes, therefore it is not an exhaustive list.

There are several advantages of being able to rely on the framework provided by the OECD Guidelines. I have never seen companies deterred from investing in Brazil because the country had a different approach to transfer pricing. There are more important factors that multinationals consider before investing in a country: size of the potential market, cost of labor, legal certainty, political stability. Therefore, in this presentation we focus only on the practical implications of applying the OECD Guidelines as a user or transfer pricing practitioner:

- The OECD Guidelines provide a certain degree of flexibility. They are very broad, based on general principles and they allow for several interpretations and uses. Specially the first three chapters, Chapter 1, the arm’s length principle, Chapter 2, transfer pricing methods and Chapter 3, comparability, are more general and principled than later chapters. The latest revisions to the OECD Guidelines after the BEPS project (updates of 2017 and 2022) have become more prescriptive but earlier versions were more principles based and easier to apply. As a newcomer to the more complex versions of the OECD Guidelines Brazil should be able to incorporate the OECD Guidelines gradually in their tax legislation. For example, leaving full adoption of more complex chapters like Chapter 6 (intangibles), Chapter 7 (services), Chapter 8 (cost contributions agreements), Chapter 9 (business restructurings) and the most recent Chapter 10 (inter-company financing) for later years.
- The OECD Guidelines can deal with a broad variety of business scenarios including continuous losses for the tested party or the sector, changes in

- the business cycle (from profits to losses back to profits) and even extraordinary, unexpected events like the Covid pandemic. This a clear advantage vis a vis safe harbors which tend to be more static and can end up penalizing taxpayers going through a crisis or benefiting those with windfall profits.
- The OECD guidelines are not industry focused. The OECD guidance can be used for any sector, technology, pharma, other consumer goods, business to business and others. Many of the new examples added in the OECD Guidelines, 2017 version, particularly on Chapter 6 intangibles, seems less appropriate for economies relying more on natural resources, agricultural products and commodities. However, there are some new paragraphs on Chapter 2, transfer pricing methods, paragraphs 2.18 to 2.22, that specifically refer to the use of the CUP method for commodity transactions. Also Chapter 7, services, is mostly focused on management services from the point of view of the headquarters providing services to the subsidiary instead of on high value added services that could be provided from the subsidiaries to the group, or from specific local RD centers with unique expertise or from marketing teams with a deep knowledge of the local market. In practice, it would be more difficult for a country like Brazil to use the concepts of those chapters.
 - The application of the TNMM in practice is not too different from the application of flexible and regularly updated safe harbors specific to a certain industry since the average operating margin that a normal distributor or manufacturer earns over a number of years does not move drastically year on year.
 - The TNMM is the most common transfer pricing method applied by multinationals and it has several well-known disadvantages. However, it is important to remember that the TNMM is not the only transfer pricing method available. The OECD recommends the use of the most appropriate transfer pricing method from all those available and this again provides a lot of flexibility to the taxpayers. The CUP and resale price method can be used in many situations and may be often more appropriate for a market like Brazil.
 - Since the OECD guidelines are so broad, the Brazilian revenue authorities could issue specific guidance or decrees to narrow them to something more fitting to the Brazilian economy. There are many examples of other OECD countries that have domestic legislation or guidance that is more specific than the OECD Guidelines. For example, the Australian Tax Office has provided guidance to their revenue agents (2019 PCG 2019/1 | Legal database (ato.gov.au)) on the margins they expect from certain inbound distributors. The US IRS and several European countries have features in their transfer pricing legislation that deviate somehow from the OECD Guidelines because of the way they interpret certain concepts or

examples or because of their domestic case law. There are many ways the OECD guidelines can be incorporated in the domestic legislation of a country and Brazil will have several options as well.

As a conclusion to this initial list of advantages, given the relative flexibility provided by the OECD Guidelines, it should be possible for Brazil to adopt the OECD Guidelines gradually without major disruptions to their current tax system.

Of course, there are also several disadvantages of using the OECD Guidelines. Some of those disadvantages are general for any country trying to apply the guidelines. Some disadvantages are more specific to Brazil. In this section we will discuss the most relevant and specific to Brazil.

- Brazil is a (candidate) late comer to the OECD and therefore to the adoption of the OECD Guidelines. The OECD Guidelines have evolved substantially during the last 20 years and countries that endorsed the Guidelines earlier have been adapting gradually to the changes in the OECD Guidelines. However, to use a metaphor, Brazil now needs to jump into a racing boat instead of starting with a dinghy. This alone should be a justification to allow Brazil to incorporate the OECD Guidelines gradually in their legislation.
- The most recent additions to the OECD Guidelines (2017 and 2022) have added a certain degree of subjectivity to the OECD Guidelines. Concepts like DEMPE are not tested in the courts and the examples in the revised chapter 6, intangibles, and new chapter 10, intercompany financing, are mostly relevant for developed economies.
- The interpretation and application of the OECD Guidelines can be complex and burdensome. This will increase the administrative burden for taxpayers and tax authorities. Both will need to get training and there will be a period of transition until all parties feel comfortable with the new concepts and how to apply them.
- The OECD Guidelines places an excessive reliance on benchmarks and comparable searches using commercial databases. This is not always necessary and it is specially difficult for any Latin America country as the databases do not include data about those countries.
- The OECD Guidelines assume certain degree of trust and cooperation between taxpayer and tax authorities. For example, in chapter 1, application of the arm's length principle, the guidelines plea to the tax authorities to cooperate with taxpayers to try to resolve double taxation in cases customs or other government regulations do not align with the transfer pricing guidelines and lead to double taxation (par 1.132, par 1.137). There are similar requests on Chapter 3 (3.71) and Chapter 4.
- We mentioned above that the flexibility of the OECD Guidelines can be a clear advantage because it allows several interpretations and applications.

However, this is also a disadvantage because the tax authorities and the courts can interpret the OECD Guidelines in different ways than the taxpayers. This could lead to increased litigation and double taxation.

Conclusions

The OECD Guidelines are broad enough to be able to be adopted by Brazil without major disruptions to their existing tax legislation and practice. Other countries have been working with earlier versions of the OECD Guidelines that were more generic and easier to apply than the current version of 2022. One suggestion would be to allow Brazil to adopt the OECD Guidelines in phases, for example, Chapters 1 to 3 first and other more complex chapters later. There are many examples of other countries that have issued transfer pricing guidance or decrees are more specific than the OECD Guidelines or clarify certain concepts to avoid disputes. In any case, both Brazilian tax authorities and taxpayers will need some years and training during a transition period. Finally, it seems inevitable that litigation will increase given the broad scope of the current OECD Guidelines, this is already the case in most OECD countries so Brazil will catch that wave too.

Tax Policy Considerations on the Abandonment of the Brazilian Fixed Margins Regime

Aitor Navarro

Assistant Professor, Carlos III University, Madrid.

1. Introduction

Brazil is the only meaningful economy in the world that has not adopted transfer pricing rules based on the OECD standard¹. Instead, the country follows a fixed margins approach to allocate profits for tax purposes at a cross-border level. Adopted in 1996 and further updated, this regime applies to imports and exports of products, services, and rights, as well as to intercompany loans. It consists in the application of predetermined margins applicable under certain methods depending on the type of transaction under scrutiny². Other transactions that usually fall under the transfer pricing sphere such as those involving royalties, technical assistance, scientific and administrative fees when such payments represent payments for technology transfer, are not subject to the said fixed margins regime, but follow other type of limitations, i.e., a limited deduction up to 5% of the payee's turnover³. The fixed margins analysis is always conducted from the perspective of Brazilian resident entities. Therefore, the number of profits to be allocated to foreign entities of the multinational enterprises (MNE hereinafter) is irrelevant, and hence, this profit allocation system cannot be labelled as a formula apportionment one but as a transactional one⁴. The margins were supposed to emulate arm's length outcomes, but they have not been regularly updated⁵.

Allegedly, the aim of the fixed margins regime is twofold: it tries to prevent "the practice, harmful to national interests, of transferring results abroad by manipulating agreed prices for imports or exports of goods, services or rights, in

¹ Such standard is defined in the OECD Transfer Pricing Guidelines, a soft law document the OECD regularly updates on the interpretation and enforcement of transfer pricing rules tailored in accordance with the arm's length standard. The latest version has been published in 2022. See OECD, *OECD Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations* (OECD Publishing 2022) (hereinafter TPG).

² The mechanics of this regime have been described in several contributions. See inter alia M. A. Valadão, Transfer pricing in Brazil and Actions 8, 9, 10 and 13 of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Initiative. *70(5) Bulletin for International Taxation* 296, 302-305 (2016). R. Galendi Jr. & L. Schoueri, Brazil – the future of transfer pricing. *IEA Cahiers* v. 102B 191, 192-202 (2017).

³ United Nations, *Practical manual on transfer pricing for developing countries*, sec. 1.8.3 (United Nations 2021) (PMTP hereinafter).

⁴ L. E. Schoueri, Arm's length: beyond the guidelines of the OECD. *69 Bulletin for International Taxation* 690, 707 (2015).

⁵ L. E. Schoueri & R. A. Galendi, Challenges to Brazilian transfer pricing rules upon accession to the OECD. *26(6) International Transfer Pricing Journal* 433, 436 (2019).

transactions with related non-resident persons”⁶, while avoiding the complexity that the comparability analysis entails. Indeed, the simplicity in the enforcement of fixed margins vis-a-vis the need to search for comparable references that lies at the heart of the OECD transfer pricing guidelines is the most salient feature of the Brazilian system. In short, the outcome results in lower administrative costs, less room for corruption and a reduction on the potential for litigation⁷. However, the trade-off of using fixed margins refers to the difficulties in eliminating the economic double taxation that arises due to the disparity of systems Brazil and the rest of the world employ to allocate profits to related parties.

Perhaps due to the latter, Brazil recently initiated a collaborative project with the OECD to modify its tax regulations towards adopting the standard defined by this international institution in the context of Brazil’s interest in joining the OECD. Specifically, in February 2018, the OECD and the *Receita Federal* initiated a dialogue on the matter that led to the publication, in December 2019, of the joint report titled “Transfer Pricing in Brazil: Towards Convergence with the OECD Standard”⁸ (the 2019 Joint Report, hereinafter). In it, the OECD largely criticizes the fixed margins system adopted in the South American country by detecting up to 30 “gaps and issues” vis-a-vis transfer pricing regulations in line with the TPG⁹. The 2019 Joint Report announces in its foreword that “the objective of any future efforts is to set the conditions for the implementation of a modern, simple and efficient transfer pricing system that is in line with the OECD standard”¹⁰, leaving little doubt about the desired output of the collaboration.

On April 12th, 2022, there was a high-profile joint presentation by the *Receita Federal* and the OECD in which Brazilian officials manifested the intention of the Government to move towards a full-fledged implementation of the OECD standard¹¹. The presentation was endorsed by Brazil’s finance minister Paulo Guedes, and the OECD Director of the Centre for Tax Policy and Administration, Pascal Saint Amans. At the time this contribution was written, the legislative pro-

⁶ Paragraph 12 of the Explanatory Memorandum that accompanied the law that introduced the fixed margins regime. The translation was taken from R. M. Gregorio, Brazilian transfer pricing rules: an analysis of effectiveness. *46(11) Intertax* 914, 915 (2018).

⁷ See T. Falcão, Ask not what the OECD can do for Brazilian transfer pricing... *96(2) Tax Notes International* 163, 165 (2019).

⁸ OECD & Receita Federal do Brasil (2019), *Transfer pricing in Brazil: towards convergence with the OECD standard*. A joint assessment of the similarities and differences between the Brazilian and OECD frameworks (OECD Publishing). See also the brochure that condenses the main findings of the report, OECD & Receita Federal do Brasil (2019), *Transfer pricing in Brazil: towards convergence with the OECD standard*. Highlights (OECD Publishing).

⁹ 2019 Joint Report, par. 1048.

¹⁰ Id., at 5.

¹¹ See the full presentation at <https://youtu.be/UVIwkcWc4> (all quoted websites were accessed on May 29th, 2022).

cess to make the change of regime effective has not yet started. In fact, a draft legislative text has not yet been published, nor draft administrative regulations.

Within this context, the transition toward the OECD transfer pricing model poses major tax policy issues referred to the abandonment of simplicity and the embrace of a complex set of rules that constitute the worldwide standard. In this regard, the only way to seriously address the convenience of abandoning the fixed margins regime is to determine the advantages and disadvantages that the OECD transfer pricing standard pose. This is precisely the aim of this contribution, namely, to provide the tools for a well-built analysis on the merits and demerits of the OECD standard, to assess the pertinence of the Brazilian Government's willingness to adopt it.

The structure is as follows. Section 2 introduces tax policy considerations on the simplicity of tax law that will be critical to adequately analyze the pros and cons of adopting the OECD standard in Brazil. Section 3 depicts the advantages of transfer pricing rules vis-a-vis the fixed margins regime, and section 4 the disadvantages. Section 5 leans on the analysis undertaken in the previous sections to criticize the content of the 2019 Joint Report that served as a catalyser of the full adoption of the OECD standard in the country. Section 6 concludes.

2. Setting the context: tax policy considerations on the simplicity of tax law¹²

The primary tax policy matter in the debate of adopting the OECD transfer pricing standard regards a broader greenfield discussion on the desirable degree of simplicity in tax law. The main question to be addressed is: do the advantages of the OECD transfer pricing standard compensate for the significant degree of complexity it introduces vis-a-vis the use of fixed margins?

A simple, easy to administer set of tax regulations is a policy marker of a well-built system. Ideally, rules should be easy to understand, both from the scope and the resulting outcome, easy to comply with without entailing excessive costs, easy to administer, reasonably drafted to achieve a specific policy, and avoid arbitrary distinctions¹³. The corollary of simplicity is certainty, an overarching principle in any legal system based on the rule of law. Obviously, no one would advocate for complexity, yet this is one of the most salient features of tax systems, especially regarding corporate taxation, for several reasons. Probably the most compelling one refers to the fact that, from a tax policy perspective, complexity is often the irremediable consequence of a better-built tax system¹⁴. Usually, it will be neces-

¹² This section is largely based on section II of A. Navarro, Simplification in transfer pricing: a plea for the enactment of rebuttable predetermined margins and methods within developing countries, *22 Florida Tax Review* 755 (2018).

¹³ G. S. Cooper, Themes and issues in tax simplification. *10(4) Australian Tax Forum* 417, 424 (1993).

¹⁴ S. D. Pollack, Tax complexity, reform, and the illusions of tax simplification. *2 George Mason Independent Law Review* 319, 321 (1994).

sary to adopt complex rules to consider the particular features of the ability-to-pay of the taxpayer¹⁵. In other words, simplicity must be weighted with other overarching principles in tax law that usually entail complexity, such as instance fairness and equity. Yet, at the same time, it is usually assumed that equality and neutrality are inevitably sacrificed when a system is too complex. Therefore, unnecessary complexity should be considered inherently negative and, thus, corrected¹⁶. The problem lies in defining an acceptable or convenient degree of complexity, which in turn is one of the classic dilemmas when building any system of tax regulations.

Corporate taxation provides valid examples to illustrate such dialectics. On the one hand, from the perspective of corporate taxes, complexity is the result of the constant developments in performing business. As business transactions become more and more complex, so does tax law, although it is difficult to determine whether inverse reasoning would better explain the current panorama (i.e., that business became complex due to ever-increasing regulations). What seems clear is that such a spiral was enhanced because tax law is often regarded as a policy instrument, entailing additional rules and nuances such as targeted tax breaks, allowances, special sectorial regimes, and so on. On top of that, anti-abuse rules are constantly introduced to preserve the integrity and the attainment of the tax systems' objectives, the complexity of which is often quite remarkable, as it is the interaction between each other.

On the other hand, complexity is not an irremediable feature of corporate taxes. Very often, simplification measures are adopted, even at the cost of precision in determining the ability to pay of enterprises. As stated by Schoueri, taxation is not based on facts, but on an acceptable version of facts. He sharply points out that a company's profit is calculated by way of a number of accounting and tax conventions, which allow to arrive at a profit that is sufficiently acceptable, but which is not scientifically verifiable¹⁷. For instance, rules on asset depreciation do not require taxpayers to hire an expert to determine with complete exactitude the grade of devaluation an asset has suffered due to its use over time. Instead, accounting and/or tax regulations would adopt depreciation percentages. These percentages may not reflect the effective depreciation of a specific asset accurately, but the legislator agreed that established margins reflect a reasonable outcome in this regard. The trade-off that the depreciation rules make is for a fictitious but highly administrable system rather than a financially accurate but difficult system to administer¹⁸.

¹⁵ S. S. Surrey & G. M. Brannon, Simplification and equity as goals of tax policy, 9 *William and Mary Law Review* 915, 916 (1967).

¹⁶ Cooper, note 13, at 431.

¹⁷ See Schoueri, note 4, at 697, 704.

¹⁸ G. Rectenwald, A proposed framework for resolving the transfer pricing problem: allocating the tax base of multinational entities based on real economic indicators of benefit and burden. 22(3) *Duke Journal of Comparative & International Law* 425, 440 (2012).

Another example of a simplification measure that the very OECD promoted at an international level refers to interest barrier rules. These rules were announced under BEPS Action 4, on limiting base erosion involving interest deductions and other financial payments. The measure consists of a fixed ratio rule limiting an entity's net deductions for interest and equivalent payments using a percentage of its earnings before interest, taxes, depreciation, and amortization (EBITDA) as a reference¹⁹. The key takeaway in this regard is that a fixed ratio rule is, in the words of the OECD, "relatively simple for companies to apply and tax administrations to administer"²⁰. It is so especially when compared with other alternatives such as interest limitations based on arm's length inquiries on the appropriate debt/equity ratio tailored under the circumstances of the company. Not to mention the new proposals on the taxation of the digitalized economy that the OECD is trying to promote worldwide, clearly based on predetermined formulas either to allow taxation in market jurisdictions or to achieve minimum taxation of MNEs profits. Remarkably, the OECD has been the main promoter of several simplification rules aimed at preventing base erosion and distributing taxing rights while at the same time displaying significant objections to the Brazilian fixed margins regime, the main feature of which is simplification.

The acknowledgement of the problematic equilibrium between sophisticated yet complex tax regulations and simpler, less accurate ones is essential to understand the advantages and disadvantages of moving from a fixed margin set of rules to the OECD transfer pricing standard, the examination of which will be undertaken in sections 3 and 4 respectively.

3. Advantages of the OECD transfer pricing standard when compared to the fixed margins regime.

From a tax policy perspective, the most salient advantage of moving from a fixed margins regime to the OECD standard consists of a better stance on neutrality. A criterion needs to be adopted to tax the income earned by controlled and uncontrolled entities equally. As Schoueri asserts, it is necessary to convert "group monetary units" into "market monetary units" to reach a level playing field from which a comparison can be ascertained²¹. Here lies the importance of the arm's length standard, namely in its role as a tool to level the ability to pay shown by a group of enterprises with that of independent parties that interact

¹⁹ See OECD, *Limiting base erosion involving interest deductions and other financial payments: Action 4: 2015 final report*, par. 23 (OECD Publishing 2015). For an analysis, see E. Traversa, Interest deductibility and the BEPS action plan: nihil novi sub sole? *2013(5) British Tax Review* 607 (2013). E. Cencerrado Millán & M. T. Soler Roch, Limit base erosion via interest deduction and others. *43(1) Intertax* 58 (2015).

²⁰ OECD, *Limiting base erosion involving interest deductions and other financial payments: Action 4: 2015 Final Report*, par. 86 (OECD Publishing 2015).

²¹ See Schoueri, note 4, at 695.

within the market. Through the arm's length standard, distortions are removed by allocating the income obtained by a group as if each component of the group was pursuing its own interest to guarantee equality in tax treatment vis-a-vis uncontrolled entities²². Such operation is performed in a more precise manner when compared to the current configuration of the Brazilian fixed margins regime, especially so when such margins are not regularly updated and their level of segregation – by industry, sector, region... – is not detailed enough.

In principle, transfer pricing regulations would also contribute to better fight profit shifting vis-a-vis the fixed margins regime²³. From the side of inter-national equity, the arm's length standard plays a major role, as it prevents controlled entities from arranging transactions to divert profits overseas in a discretionary manner by establishing limits to the principles of freedom of contracts and freedom of choice that are essential in every private law system that embraces market freedom. Yet, these principles cannot be plainly transposed into tax law where the principle of distributive justice, as reflected in the calculation of the taxable base within controlled corporations, has to prevail over the outcome of parties' choices, i.e. coherence must be maintained when ascertaining the tax burden that each group of taxpayers must bear²⁴. Yet, it must be highlighted that although this is a relevant outcome of transfer pricing rules based on the OECD standard, the Brazilian fixed margins regime also fulfils such task²⁵. Hence, to name the fight against profit shifting as an advantage of the OECD standard vis-a-vis the current fixed margins regime must be relativized and questioned. Moreover, the adoption of OECD-compliant transfer pricing regulations could enhance profit shifting and thus may end up entailing a disadvantage vis-a-vis the fixed margins regime, as it will be shown below at section 4.

At an institutional level, the addition of Brazil to a worldwide standard may entail positive spill-over effects²⁶. MNEs may integrate Brazil into their value chain without having to deal with a set of rules that differs from the regulations that apply in the rest of the countries in which they operate. Additionally, there are compared experiences to learn how better to configure the yet-to-be-adopted

²² A. Navarro, The arm's length standard and tax justice: reflections on the present and the future of transfer pricing, *10 World Tax Journal* 351, 354-355 (2018).

²³ See 2019 Joint Report, *inter alia* par. 923, 1039.

²⁴ See R.J. Vann, Taxing international business income: hard-boiled wonderland and the end of the world, *2(3) World Tax Journal* 291, 323 (2010). See also M. A. Kane, Transfer pricing, integration and synergy intangibles: a consensus approach to the arm's length standard, *6(3) World Tax Journal* 282, 302 (2014). Navarro, note 22, at 353.

²⁵ This stands true even if the 2019 Joint Report seems to obviate such fact. In the report, it is repeatedly stated that the fixed margins regime creates BEPS risks, leading to loss of tax revenue. See the 2019 Joint Report, *inter alia* at 18, 58, 61, 68, 70, 85, 97, 101.

²⁶ Gregorio affirms in this regard that "Brazil must acknowledge that its attempt to convince other developing countries as to the usefulness of its approach has failed [...] it is not worth it to have Brazil swim against the current in transfer pricing". See Gregorio, note 6, at 928.

transfer pricing regulations²⁷, and there is extensive case law at a comparative level. In short, the issues that the OECD standard entail are well known, which entails a sort of certainty with which certain players could feel more comfortable with such a level of uniformity. In this regard, probably the most salient advantage of uniformity with the rest of the world refers to the elimination of double taxation and the effectiveness of dispute resolution. Even if Brazil has a consistent policy of not including a corresponding adjustment clause in its tax treaties²⁸, the country has embraced the improvements in dispute resolution of BEPS Action 14. According to the stage 2 peer review report on BEPS Action 14, Brazil indicated that it will always provide access to mutual agreement procedures (MAP) for transfer pricing cases and is willing to make corresponding adjustments, regardless of whether a corresponding adjustments clause is contained in its tax treaties²⁹.

The adoption of the OECD standard could facilitate the elimination of economic double taxation resulting from mismatches in the allocation of income both in inbound and outbound scenarios, because the lack of provisions equivalent to Article 9(2) does not impede Brazil from granting a correlative adjustment in line with its domestic law. Additionally, the recourse to MAP to solve double taxation cases will most likely increase, especially so when this dispute resolution mechanism has so far not been effective in Brazil in solving these types of disputes³⁰.

4. Disadvantages of the OECD transfer pricing standard when compared to the fixed margins regime

The advantages of transitioning to the OECD standard compared to the current fixed margins regime listed in the previous section are not to be drawn in

²⁷ The level of standardization reach may be ascertained by comparing the transfer pricing country profiles published by the OECD, comprising different jurisdictions across the world. See <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-country-profiles.htm>.

²⁸ There is no equivalent of Article 9(2) of the OECD Model in any of them, not even in the 2018 tax treaty signed with Switzerland or the 2019 tax treaty with Uruguay contain such clause.

²⁹ OECD, *Making dispute resolution more effective* – MAP peer review report, Brazil (Stage 2), par. 43 (OECD Publishing). See also the 2019 Joint Report, par. 1009: “Brazil took the necessary steps in order to grant access to MAP for transfer pricing cases, notably with the publication of rules, guidelines and procedures, identification of the information and documentation needed to request a MAP”. Yet in par. 1010, certain caveats are expressed “However, it is not clear how a potential dispute related to transfer pricing would be resolved through a MAP procedure, especially considering the peculiarities of the domestic law – e.g., fixed margins, lack of comparability analysis and limitations to deductibility of certain expenses. There is also an absence of clear guidance on how a MAP outcome involving a possible downward corresponding adjustment would be implemented in Brazil”.

³⁰ See OECD, *Making dispute resolution more effective* – MAP peer review report, Brazil (Stage 1) (OECD Publishing) and OECD, *Making dispute resolution more effective* – MAP peer review report, Brazil (Stage 2) (OECD Publishing). See also P. T. P. Oliveira, Brazil’s entry into the OECD: state of play, tax challenges and potential outcomes, (1) *British Tax Review* 55, 70 (2019).

absolute terms. Instead, they come hand in hand with corresponding shortcomings, which will be analyzed hereinafter.

First, the achievement of a better stance on neutrality – labelled as an advantage in the previous section – has complexity as a trade-off. The comparability analysis that lies at the heart of the arm's length standard entails an optimization mandate, by which one must come as close as possible to the result desired by the rule, i.e., to reflect what independent parties would have done under an exhaustive analysis of all relevant circumstances³¹. Therefore, complexity is inherent to the transfer pricing mandate, which imposes a case-by-case analysis that sometimes, due to the intricacy and/or uniqueness of certain transactions, is hard to honor. The rest of the disadvantages named hereinafter are linked to the raise of complexity.

Second, even if transfer pricing prevents a discretionary allocation of profits between the components of MNEs and thus prevents profit shifting to a certain degree, paradoxically it is also a catalyzer of this phenomenon. The comparability analysis –which lies at the heart of this profit allocation standard – is highly dependent on the facts and circumstances of the case. Brauner emphasizes that transfer pricing rules provide taxpayers, who take transfer pricing seriously, the advantage of setting the rules of the game with the facts presented in the way they want them to be presented”³². In other words, the location of profit depends firstly on the “stroke of a pen” – in the words of Vann³³ –, i.e., on the configuration of the contracts as agreed by the involved entities³⁴. The wide configuration possibilities that controlled entities have when arranging their affairs are also problematic due to the existing information asymmetry vis-a-vis the tax authorities. The revenue authority perspective of a case depends on a first-hand basis on the documentation the taxpayer has prepared and thus on the information it discloses, as well as its freedom to contractually allocate functions, assets, and risks³⁵.

Therefore, in a post-BEPS world where several layers of anti-abuse rules pile up to curtail various types of tax planning techniques, transfer pricing remains a field in which significant planning may still be performed. This is true even de-

³¹ A. Navarro, *Transactional adjustments in transfer pricing*, sec. 1.2.1 (IBFD 2018).

³² Y. Brauner, An international tax regime in crystallization. *56(2) Tax Law Review* 259, 274 (2002); see also Y. Brauner, Value in the eye of the beholder: the valuation of intangibles for transfer pricing purposes. *28(1) Virginia Tax Review* 79, 158-159 (2008). J. C. Fleming Jr.; R. J. Peroni & S. E. Shay, Worse than exemption, *59(1) Emory Law Journal* 79, 125 (2009). I. Benshalom, Rethinking the source of the arm's-length transfer pricing problem. *32(3) Virginia Tax Review* 425, 427 (2013). A. H. Rosenzweig, Defining a country's "fair share" of taxes. *42(2) Florida State University Law Review* 373, 384 (2015).

³³ R. Vann, note 24, at 333.

³⁴ This stands valid if the conduct of the parties is coherent with the content of the contracts, otherwise the former prevails. See TPG par. 1.45.

³⁵ See Navarro, note 12, at 763 and references included therein.

spite the thorough revision of the TPG after BEPS Actions 8 and 10³⁶, because such document constitutes interpretative guidance and thus is limited in its scope, namely, the boundaries of the TPG are those of the arm's length standard rationale itself. In fact, such constraints generate significant tension, as there are instances in which the TPG go beyond the arm's length mandate to fight certain forms of profit shifting. This "policy through interpretation" phenomenon is very problematic, as it may promote the breach of domestic transfer pricing regulations through an allegedly interpretative, soft law document that lacks bindingness³⁷.

Third, the described tension leads to the next shortcoming of transfer pricing rules patterned in line with the OECD standard, namely litigation. Such a feature is even more salient when compared to the relatively low level of litigation that comes with fixed margins³⁸. Constant tension is generated by the above-mentioned dynamics of complexity and sophistication of transfer pricing planning structures, leading to a counter-reaction by the tax authorities. This dialectic process would ultimately raise litigation significantly compared to a fixed margins regime, in which the room for interpretative issues is much more limited. In this regard, matters regarding the number of resources that tax authorities have to assign to monitor transfer pricing compliance would be exacerbated by the high level of litigation transfer pricing entails. Moreover, the above-mentioned issue of the "policy through interpretation" approach adopted by the OECD increases the said tension by introducing interpretative guidance that may be considered contrary to the arm's length standard. For instance, the guidance on hard to value intangibles allows for the practice of retrospective adjustments³⁹, the compatibility of which with the arm's length notion is very much doubtful⁴⁰.

Hence, even though transfer pricing is theoretically linked to the furtherance of fairness and equity in tax law, a complex set of transfer pricing rules may generate inequity due to distortions generated by the said profit shifting possibilities⁴¹. This setting could lead to a system in which the allocation of profits is as discretionary as the establishment of fixed margins, thus compromising the above-mentioned advantage of the equality in the treatment of controlled and uncontrolled enterprises, which would be severely undermined.

³⁶ See OECD, *Aligning transfer pricing outcomes with value creation. Actions 8-10: 2015 final reports* (OECD Publishing 2015).

³⁷ See examples at A. Navarro, *The Multilateral Instrument (MLI) and transfer pricing*, 49(10) *Intertax* 803, 808 (2021).

³⁸ See de Oliveira, note 30, at 65. Falcão, note 7, at 165.

³⁹ See TPG, par. 6.186-6.195. See also OECD (2018), *Guidance for tax administrations on the application of the approach to hard-to-value intangibles* (OECD Publishing)

⁴⁰ See Navarro, note 31, at sec. 5.3. See also C.C. Rodríguez Peña, *Compatibility between the OECD's hard-to-value intangibles methodology and the arm's length standard: what is the way forward?* 3 *International Tax Studies* 18 p. (2020).

⁴¹ Navarro, note 12, at 765.

Fourth, the existing complexity in transfer pricing may also be addressed from a behavioral viewpoint. The perspective of tax rules as a game was explored by Pollock, who stressed that, as players fully learn the range of moves possible under the established rules, they become more and more sophisticated in their play. Then, the game's rules are further modified to counteract and balance the increased level of skill. As a result, the game itself becomes more and more complex and generates high entry barriers and institutionalization⁴². In other words, the more intricate the rules become, the higher the need for professionals dedicated exclusively to the task of applying them. The constant adaptation of the regulations would in turn generate more complexity⁴³. This fact may be an advantage for the transfer pricing industry that will be generated considering the adoption of the OECD standard – ready to give advice on the optimal transfer pricing strategy and prepare significant amounts of documentation to sustain it before the Brazilian tax authorities –, but it is clearly not beneficial to the Brazilian tax system as a whole. Additionally, the fact that the transfer pricing categories are complex and often difficult to understand to non-experts, tax authorities and courts often obviate or misapply transfer pricing regulations by adopting a purely anti-abuse stance. It is not rare to find transfer pricing cases that were decided by adopting concepts and arguments linked to the applicability of general anti-abuse categories.

5. A misleading starting point in the discussion: criticism of the 2019 “Transfer Pricing in Brazil” report and the full adoption of the OECD standard

Any major tax policy decision should be accompanied by a thorough review of the implications of the existing regulations framework and the potential new rules to be implemented. An approach consisting of weighing the pros and cons of fixed margins and the OECD standard would have been desirable in this regard. Instead, in this case, the content of the 2019 Joint Report does not display such an objective tax policy ponderation. This does not come as a surprise; it is evident that the OECD is trying – quite successfully so far – for the adoption of its transfer pricing standard in Brazil. Yet, to impulse the full adoption process on a report based on half-truths that magnifies the advantages and masquerades the shortcomings of the arm's length standard must be labelled as dishonest. Specifically, the report is flawed due to at least three types of deficiencies.

First, the report lists a series of “gaps or issues” that result from the comparison of the fixed margins regime with the OECD guidelines, in a way in which the latter is positioned as the golden standard to be followed. In other words, both systems are not compared from an equal standpoint; instead, all deviations from

⁴² Pollack, note 14, at 348.

⁴³ Navarro, note 12, at 764.

the OECD reference are considered shortcomings. For instance, the “absence of restatement of the arm’s length principle in the domestic law” is considered as a gap or issue⁴⁴, but this feature obviously arises due to the different nature of the fixed margins regime. Similarly, another category identified as problematic is the “absence of notion of accurate delineation of the actual transaction”⁴⁵ or the existence of “limited comparability adjustments” in the Brazilian regulations⁴⁶, which are plainly the result of the fixed margin regime’s rationale⁴⁷. These differences are not problematic by themselves, but the report continues piling up to 30 similarly constructed “gaps or issues” to criticize the fixed margins regime. Such label and the resulting number are clearly deceptive and the result of an unsound approach that should invalidate the conclusions of the report.

Second, when assessing simplicity – the most salient positive feature of the fixed margins regime – it is stated that it comes at the cost of loss of revenue for Brazil and double taxation and tax uncertainty for taxpayers in the cross-border context. The best example to illustrate such misleading statements that are included throughout the whole report is the following one:

“Tax certainty is generally provided but only from a domestic perspective; significant tax uncertainty is observed from an international perspective. Tax certainty is provided from a domestic perspective, but it also benefits some taxpayers by assuring in some cases that the tax planning strategies introduced by taxpayers, which lead to losses of revenues in Brazil, cannot be challenged by the Brazilian tax administration. Tax certainty, however, matters also from the cross-border perspective, but due to the existing divergences between the Brazilian system and OECD compliant systems around the world, taxpayers face the risks and uncertainty related to double taxation as well as potential disputes and challenges raised by tax administrations in other jurisdictions.”⁴⁸

In this paragraph, a fairly odd mix of uncertainty, double taxation and the loss of revenue seems to derive from the simplicity of the Brazilian system. In fact, the report constantly refers to the loss of revenue that the fixed margins regime causes without giving any benchmark on how the loss of revenue should be measured. Moreover, the introduction of the OECD standard may very well lead to the loss of revenue vis-a-vis the use of fixed margins, especially so when transfer pricing regulations are a catalyzer of profit shifting, as examined above in section 4. The other critical point that seems at odds with the simplicity of the fixed margins regime is an alleged uncertainty that is constantly linked to the possibility of

⁴⁴ 2019 Joint Report, par. 108 et seq.

⁴⁵ *Id.*, par. 153 et seq.

⁴⁶ *Id.*, par. 288 et seq.

⁴⁷ See in the same vein Falcão, note 7, at 167.

⁴⁸ 2019 Joint Report, at 19.

double taxation that arises at the cross-border level⁴⁹. It is strange to state that such scenario is leads to uncertainty, when Brazil has no legal obligation to tackle the economic double taxation that results from disparities in the valuation of the same cross-border transaction. In other words, certainty and double taxation may come hand in hand, i.e., to be certainly taxed twice does not amount to uncertainty because one is certain that one will have to bear the burden of double taxation.

Third, the 2019 Joint Report tries to masquerade the loss of simplicity by stating that the OECD standard also consider simplification, ease of tax administration, ease of tax compliance, and tax certainty as critical objectives⁵⁰. More explicitly, it is said that “full alignment does not mean that Brazil will lose the ‘positive’ aspects of the current transfer pricing system”⁵¹. Considering the above-mentioned remarks on section 4 regarding complexity, the enhancement of profit shifting and the raise of litigation, such a remark seems unlikely at best.

Aside from leaning on an evidently flawed report to justify abandoning fixed margins, it is also somehow paradoxical that Brazil will transition to the full OECD standard when the very OECD is struggling to achieve the adoption of fixed margins measures. Specifically, both components of Pillar One, namely Amount A and Amount B, are based on formulary premises⁵². Amount A assigns taxing rights to market jurisdictions on profits obtained by multinational enterprises (MNEs) operating above certain thresholds through a residual profit split that relies on formula-based calculations. Amount B is even more related to transfer pricing, as it aims at standardizing the remuneration of related party distributors that perform baseline marketing and distribution activities⁵³. Therefore, the movement of Brazil towards a case-by-case transfer pricing comparability analysis rationale to allocate cross-border profits seems to be against the current trend of the international tax regime⁵⁴. Besides, the OECD displays a certain schizophrenic stance on the matter by pushing Brazil to remove fixed margins while proposing them to allegedly fix the international tax regime.

Due to the abovementioned, a full-fledged adoption of the OECD standard does not seem wise from a tax policy perspective due to the reasons mentioned

⁴⁹ Id., at 15.

⁵⁰ Id., at 20.

⁵¹ Ibid.

⁵² See OECD, *Tax challenges arising from digitalisation – report on pillar one blueprint* (OECD Publishing 2020) and OECD, *Secretary-general tax report to G20 Finance Ministers and Central Bank Governors. Italy October 4-5* (OECD Publishing 2021).

⁵³ See a description in A. Navarro, The allocation of taxing rights under pillar one of the OECD proposal. In: F. Haase & G. Kofler (eds.), *Handbook of International Tax Law* 9-10 (Oxford University Publishing, forthcoming), available at <https://ssrn.com/abstract=3825612>.

⁵⁴ Although honestly, the chances for an effective implementation of Pillar One are rather minimal to non-existent. An adoption by the US is very unlikely, hence compromising the viability of the project.

above. Now that the Government of Brazil has drastically changed its stance on the matter, it feels like a missed opportunity to combine the best of both worlds, i.e., a mix between fixed margins and the OECD transfer pricing regulations. In short, Brazil is moving from one set of rules that has its own issues, to another set of rules that also present very challenging and widely known problems. Therefore, one must understand that the enthusiasm expressed by the Brazilian government in the adoption process probably is influenced by other factors, such as political convenience in the broader goal of Brazil's accession to the OECD. As the 2019 Report states, "Ensuring the primacy of the arm's length principle as set out in the OECD Transfer Pricing Guidelines is required as one of the OECD Committee on Fiscal Affairs' Core Principles for assessing accession candidate countries (i.e. adherence to the Guidelines)"⁵⁵. Yet political considerations should not hinder a proper debate at a tax policy level.

6. Conclusions

The Government of Brazil has expressed its commitment to replace the fixed margins regime with a full implementation of the OECD transfer pricing standard to allocate profits among related parties. This contribution aimed at providing the tools for a well-built analysis on the merits and demerits of this standard, to assess the pertinence of its adoption. The primary tax policy matter in the discussion of adopting the OECD transfer pricing standard versus the maintenance of a fixed margins regime regards a broader greenfield discussion on the desired degree of simplicity in tax law. The main question to be addressed is: do the advantages of the OECD transfer pricing standard compensate for the significant degree of complexity it introduces vis-a-vis the use of fixed margins?

A simple, easy to administer set of tax regulations is a policy marker of a well-built system. Obviously, no one would advocate for complexity, yet this is one of the most salient features of tax systems. The problem lies in defining an acceptable or convenient degree of complexity, which in turn is one of the classic dilemmas when building any system of tax regulations. Remarkably, the OECD has been the main promoter of several simplification rules aimed at preventing base erosion and distributing taxing rights while at the same time displaying significant objections to the Brazilian fixed margins regime, the main feature of which is simplification.

From a tax policy perspective, the most salient advantage of moving from a fixed margins regime to the OECD standard consists of a better stance on neutrality. Additionally, in principle, transfer pricing regulations would also contribute to better fighting profit shifting vis-a-vis the fixed margins regime. Moreover, at an institutional level, the addition of Brazil to a worldwide standard may entail

⁵⁵ 2019 Joint Report, at 17.

positive spill-over effects. MNEs may integrate Brazil into their value chain without having to deal with a set of rules that differs from the regulations that apply in the rest of the countries in which they operate. Yet, probably the most salient advantage of uniformity with the rest of the world refers to the elimination of double taxation and the effectiveness of dispute resolution. The adoption of the OECD standard could facilitate the elimination of economic double taxation resulting from mismatches in the allocation of income both in inbound and outbound scenarios.

Notwithstanding, the advantages of transitioning to the OECD standard compared to the current fixed margins regime are not to be drawn in absolute terms. Instead, they come hand in hand with corresponding shortcomings. First, achieving a better stance on neutrality – labelled as an advantage in the previous section – has complexity as a trade-off. The rest of the disadvantages that were named are, in fact, linked to the rise of complexity. Second, even if transfer pricing prevents a discretionary allocation of profits between the components of MNEs and thus prevents profit shifting to a certain degree, paradoxically, it is also a catalyzer of this phenomenon. In other words, the adoption of OECD-compliant transfer pricing regulations could enhance profit shifting and thus may end up entailing a disadvantage vis-a-vis the fixed margins regime. Third, transfer pricing could end up enhancing litigation, especially so when compared to the relative ease of applying fixed margins.

Any major tax policy decision should be accompanied by a thorough review of the implications of the existing regulations framework and the potential new rules to be implemented. An approach consisting of weighing the pros and cons of fixed margins and the OECD standard would have been desirable in this regard. Instead, the 2019 Joint Report presented by the OECD and the *Receita Federal* to justify the adoption of the OECD transfer pricing standard does not display such an objective tax policy ponderation. The report is flawed due to several deficiencies in the analysis that were examined above. Aside from leaning on an evidently flawed report to justify abandoning fixed margins, it is also somehow paradoxical that Brazil will transition to the full OECD standard when the very OECD is struggling to achieve the adoption of measures based on the same philosophy to fix the international tax regime, namely those of Pillar One.

Report: Pillar One: Perspectives of Developed and Developing Countries

Cláudio Márcio Tartarini

Master's Student of International and Comparative Tax Law
at the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT).

The panel's objective was to address the perspectives of developed and developing countries regarding the Pillar One of the Two-Pillar Solution developed by OECD to promote a reform of international tax rules.

In this context, the panelists addressed the subject in the following order: (1) Prof. Allison Christian; (2) Prof. Ana Cláudia Akie Utumi; (3) Prof. Belema Obuoforibo; and (4) Prof. Yariv Brauner.

1. Prof. Allison Christian presentation named "Between 2 Pillars" addressing Pillar One and Pillar Two in a panoramic way

The presentation addressed the question "who needs a pillar to tax", starting with the Pillar One and with the intention to tax of large technology companies (or "FAANG") concentrated in the United States of America.

According to Prof. Allison Christians, countries with few or no headquarters of FAANG, source-limiting tax treaties may need the Pillar One to tax those companies. The existence of exports to USA which could be subject to tariffs could also suggest the need of Pillar One to tax the multinational technological companies to avoid those American tariffs on trade which could be implemented as a retaliation for taxing American companies.

After the explanation about "who needs a pillar to tax" FAANG, Prof. Allison Christians made the presentation on "who doesn't need a pillar to tax" FAANG, presenting the list of situations to qualify countries on that position for Pillar One. The first situation would be a country that do not have a tax treaty with the USA, China, or other relevant countries (no obligatory limits to source tax). If the country is free to tax at source regarding the absence of tax treaties with those relevant countries internationally the taxation could be enforced at source freely. The second situation would be a country with tax treaties signed with relevant countries but with reduced limits on withholding taxation of rents and royalties or other income or with articles 12A and 12B if the UN Model Convention.

Prof. Allison Christians stated that some could argue the countries do not have this freedom of action tax FAANG regarding risk of double taxation coming from foreign tax credit limitations. To address that concern, Prof. Allison Christians proposed countries should care about consistency in the international tax agenda looking to other developments like on Pillar Two. That's why the presentation was called "Be-

tween 2 Pillars". International taxation is interrelated, with changes in one regime acting other regimes or aspects of international taxation.

In Pillar Two Prof. Allison Christians explained the rules proposed for GloBE for the top-up tax and the addition of CFC tax to the calculation test for a qualification of a low-tax entity reduces the possibility for developing countries to adopt tax at source through the QDMTT. So, the CFC tax will become a soak-up tax that can reduce the taxation provided on Pillar Two and reducing at the same time the taxation on source that could be levied by developing countries (countries that do not have the ultimate parents of multinational groups). So, the development if Pilar Two rules could give to developed countries (where the ultimate parents of multinational groups are located) the opportunity to increase the CFC taxation what could increase the effect of the soak-up tax and reducing the taxation collected by developing countries through the QDMTT.

But, for Prof. Allison Christians this mechanics of soak-up tax for the GloBE seems not based on nexus criteria or other principles which are guiding tax credit limitations which may demand the adoption of Pillar One to tax. So that's why it would be important to make the analyses the development Pillar Two to define countries choices related to Pillar One and withholding taxation and to better inform the international taxation debate.

2. Prof. Ana Cláudia Akie Utumi and perspectives of developed and developing countries

Prof. Ana Cláudia Akie Utumi adopted an approach focused on the application of Pillar One in developing countries, especially in Brazil. One of the points highlighted was that Brazil is an excellent market for services and digital products, proving to be a great receiver of foreign investment. But the problem is that, due to several actions, including the tax issue, the companies that emerge in Brazil become international multinationals and not Brazilian multinationals that centralize their activities and taxation in Brazil. And it is precisely in this scenario, that the question arises as to how Brazil would be concerning taxation of the digital economy.

At first glance, the idea would be that the country is one of the strong candidates to implement Pillar One to bring another piece of the digital companies' profits into its economy. However, Brazil already has specified taxation for computing in the digital economy. Because the taxation or source in Brasil is broader, it also reaches digital services, which would put under analysis the real benefit of adopting Pillar One rules. The risk is exchanging something that exists, taxation at source, and promote something that does not exist and brings uncertainty about the potential tax collection.

Also, it is not clear what would happen to companies that will be out of the scope of the Pillars 1 and 2 and to MNE's whose values are based on market growth and not on profits. At the same time, the OECD proposed the calculation of Amount B using the TNMM, but Brazil dos does not have a transfer pricing legislation that provides the application of this method. This brings new concerns in the implantation of the Pillar One as designed by OECD.

In summary, there are many uncertainties about the application and benefits that Pillar One could bring to Brazil, precisely because of the need to repeal or change national laws without having a natural notion of the impacts on the country's economy in terms of tax revenue generation.

3. Prof. Belema Obuoforibo and the Africa perspective

The presentation dealt with the application of the Pillar One rules from the perspective of the African Continent. Prof. Belema Obuoforibo gave a brief contextualization of the African position on Pillar One, what it entails for Africa.

The key issue in understanding Pillar One, on the African continent, is the importance of corporate tax revenues for countries in Africa, as a significant portion of the tax revenues of African countries comes from corporate taxation. Thus, the developments on international taxation can have severe impacts on the ability to raise and maintain revenues within the continent. So African countries have increased their participation in the international taxation's negotiations.

But, stating the development of Pillar One and its complexity, Prof. Belema Obuoforibo made the question: Pillar One: What's in it for Africa? To address the answer, she gave the context of important issues to be considered.

First, Prof. Belema Obuoforibo pointed some issues on the agenda of Africa countries before the Two-Pillar agreement as taxing profits earned without physical presence, taxing digital business and taxing where value is created and the adoption of taxation on digital services (DSTs)

Second, the OECD created the inclusive framework with the promise that through this new amplified table of negotiation every country would have the opportunity to participate on the debates on the international agenda with promise of unanimity and favorable outcomes. But Prof. Belema Obuoforibo explained the situation was not carried out on that way, especially on political side of the negotiation process, creating uncertainty on tax collection. The proposal to abandon unilateral mergers brings concerns and potential of erosion of the tax base. Mandatory dispute resolution is also a point of concern for some African countries, as also Amount B and the complexity of negotiation.

Prof. Belema Obuoforibo also stated there is need further consideration for the UN Model Article 12B and how it will feat on this negotiation.

In conclusion, Prof. Belema Obuoforibo pointed mixed results for Africa, on plus side the attention to the concerns of developing countries and serious attempt of multilateralism, on minus side the imbalance on allocation of taxing between residence and source countries and the way to go to achieve global consensus.

4. Prof. Yariv Brauner and an analysis of the possible effects of applying the OECD Pillars to international taxation, with the presentation "What shall happen? And to whom?"

Prof. Yariv Brauner started his presentation talking about the background of Pillar One, in this case, the original intent to reach a "fairer new deal" on the taxation if large

multinationals, what was changed with the unified approach presented by OECD and the Two pillar solution dictated by the United States. On his view the entire project was in fact focused on give a solution to the DST issue and that was the politics behind. Considering that, Prof. Yariv Brauner also pointed the Pillar One positive effect will be minimum for developing countries but with opportunities on Pillar Two coming form the QDMTT.

After that analyses, Prof. Yariv Brauner presented the progress of Pillar One implementation process.

First, he clarifies the process of creation of Model Rules was problematic on terms of legitimacy once the OECD dictated model rules without previous proper conversation and discussions. But he presented other problems with those rules. The Nexus assumes that there will be enough activity in a country for its digital economy to be appropriately taxed, along the lines of the OECD rules. But the impact of this rules in different countries is very different and very unbalanced. It turns out that this Nexus would be easy to solve in the OECD with other solutions not the one promoted at Pillar One. The Nexus rules seems to be created not to be implanted but to promote discussions, at the same time the serious effort was really on Pillar Two.

Prof. Yariv Brauner explained the source rules created complex obligations for multinationals and may bring tremendous litigation what may create differences between countries and not harmonization. All of this clarifies the "Commentaries" will be need a address all this complexity and difficult of application, but these "Commentaries" will be written by the OECD and reenforces the problem of legitimacy.

Talking about scope, Prof. Yariv Brauner believes there is some inconsistency in only taxing large multinationals regarding the revenue base rules. At the same time on tax base, he believes will be hard to create a tax base with great harmonization. About the politics of the implementation process, Prof. Yariv Brauner pointed the United States will have difficult to approve a Multilateral Convention need to implement the Two-Pillar solution, especially for Pillar One, as it depends on the support of its Congress. Finally, Prof. Brauner mention the perception that any non-application of the Two-Pillar solution by USA could raise doubts from other countries about if they should implement them.

5. Closing remarks

The panelists had an additional 2 minutes to make comments, and the joint conclusion was that the current scenario is uncertain regarding the application and effects of the Pillar One rules. In this context, for the rules to have a practical and efficient application, they must be discussed and better aligned on the international negotiation and implementation.

Report: International Taxation of the Digital Economy in Emerging Countries: Articles 12A and 12B and Other Issues

Isabel Garcia Calich da Fonseca
Ramon Tomazela Santos

In relation to the first panel, the questions were focused most on the structure of the UN Model considering the necessity of Article 12A and 12B to tax digital economy.

In this sense, the first question referred to the fact that Brazil includes automated services in the definition of technical services (Normative Instruction RFB 1455/2014). However, to use the internal definition of technical services when applying a tax treaty, it would be necessary to refer to domestic law and the definition of technical services is only determined in a Normative Instruction. In this context, it was raised the question on whether would be interesting for Brazil to include article 12-B in tax treaties signed with other countries. During the panel, speakers presented the idea that new treaties signed by Brasil (Emirates and Switzerland) have already introduced article 12-A. Therefore, considering that the scope of this article is limited (does not include automated services), it would be interesting to have new treaties with article 12-B.

The following question referred also to tax treaties without article 12-B (such as those signed by Brazil). If article 12-A does not include automated digital services, how relevant is this article? What is the relevance of the UN Comments, and can we use "parallel treaties" to limit the scope of art. 12-A? Here speakers started emphasizing that this question encompasses some relevant issues that cannot be ignored, such as the importance of article 14. It was also mentioned that with the existence of article 12-B, the position of the Revenue Authority (regarding how to apply articles 12, 21 and 7 of Double Tax Conventions) needs to be reviewed. Following this line of reasoning, speakers concluded that with the implementation of article 12-B, it became difficult to defend that automated service is covered by article 12-A.

The discussion among members of the panel evolved and other speakers commented that initially the limitation of Article 12-A was established only in the UN Comment. So, in that context, it was easier to expand its content to cover also automated services. However, with the implementation of Article 12-B which refers to taxation of automated digital services, the adjustment of the scope of Article 12-A could not be done anymore, only changing the UN Comments. Furthermore, it was also discussed that it is very complicated to use "parallel tax treaties" to define the scope of different treaties with different structures.

The last question argued how effective the adoption of article 12-A and 12-B is by developing countries. In this sense, speakers presented the argument that article 12-A and 12-B of the UN Model are quite recent, so it is not possible to conclude that

because there are only a few treaties with article 12-A (considering the case of Brazil) and none with article 12-B that there is a resistance from developing countries to implement it. It was also brought the argument that the solution to tax automated services proposed by UN was much simpler than the proposal of OECD regarding Pillar I and Pillar II.

Tax residency dilemmas: digital nomads, home office and other situations

The question related to this panel focused on the following issues: home office, the period of 183 days for characterization of tax residency and the situation of digital nomads.

In relation to home office, speakers first presented the position of the OECD manifested during the pandemic period in which this organization made clear that home office was not enough to determine the existence of a permanent establishment in a jurisdiction. Then, it was also brought complementary elements that need to be analyzed when considering home office such as: whether it is an obligation or individual choice to work from home and what is the employee's position in the company (directors are different from simple employees).

In relation to 183 days for characterization of tax residency, it was described that this rule is applicable in Brazil for foreigners with temporary visa and if countries want to adopt a more aggressive tax policy to deal with digital nomads, they might reduce the 183 period for characterization of residence, endure rules to concede visas, establish exit taxes and change the scope of article 15 of treaties.

Transfer pricing

Regarding transfer pricing panel, the first question raised by the audience involves whether Brazil intends to maintain the sixth method for commodity transactions, after the implementation of OECD transfer pricing rules.

The question was considered by the speakers as speculative in nature. Since the draft bill has not yet been released, it is impossible to know what the transfer pricing rules will be in practice. In any case, it was pointed out that, based on the information available so far, public prices would continue to be applied for commodity transactions, if independent third parties effectively use such prices in their negotiations. This amendment would solve the current debate concerning the use of public quotations that are not relevant and representative in certain market sectors.

The second question raised by the audience is whether the OECD approach would be more suitable for applying transfer price rules to new business models.

In this respect, speakers mentioned that, as OECD's transfer pricing rule are more concerned with profit allocation within multinational groups than pricing each transaction in isolation, these rules tend to be more flexible in their application to new business models. The principled approach of the arm's length standard allows one to look at the reality of a business model to effectively reach a fair profit allocation.

The final question asked in the transfer pricing panel is whether the Brazilian Federal Revenue Office has resources (staff and technology) to apply the arm's length standard. The speakers mentioned that Brazil's Tax Administration will have to invest in resources and technical training to apply OECD's transfer pricing rules. In addition, tax auditors will need to have an open mind for a paradigm shift, so that they can effectively apply the arm's length standard, which is more fluid and flexible, without creating intensive litigation.

Pillars 1 and 2

The first question raised by the audience is whether the implementation of Pillar 1 rules could contribute to the digitization of the economy, by allowing the recognition of a tax nexus for digital activities in Brazil, considering that several multinationals have an economic presence within the country, without any physical presence.

The issue led to a discussion about the convenience of adopting Pillar 1 in the Brazilian tax system. Initially, it was considered by the panelists that Pillar 1 reaches situations that currently would not be captured by Brazilian tax rules. This is because solutions based on the collection of withholding income tax ("WHT") based on the source of payment do not solve the challenges of the digital economy, because, in many cases, the source payment is not attributed to the market jurisdiction. A common example is the case in which a company abroad hires advertising services to offer its products on social media to clients in Brazil. As the payment source is in other country, Brazil could not charge WHT.

The IOF/Exchange charged on credit card transactions may capture part of the transactions involving the acquisition of goods and services abroad. However, it does not tax transaction in which foreign companies offer the free use of technological tools and social networks.

Thus, at least in theory, Brazil can benefit from the income reallocation proposed by the OECD under Pillar 1. Despite this, a relevant point raised in the debates involves the question of whether the tax revenue to be obtained from the income reallocation proposed under Pillar 1 will offset the costs of implementing such rules. This is a difficult issue to measure before the actual implementation of the Pillar 1, but it is something that must be evaluated by governments, as the costs of compliance by taxpayers and the administrative costs to run tax inspection divert resources that could be used in other activities or projects.

The second question raised by the audience is whether the adoption of OECD's transfer pricing rules by Brazil is out of step with the development of Pillars 1 and 2.

The question is interesting, as it would be possible to believe, at first glance, that there is a mismatch between the OECD's transfer pricing rules and Pillars 1 and 2. Indeed, in order to join the OECD, Brazil intends to abandon its predetermined profit margins to fully adopt the arm's length standard. At the same time, upon the introduction of Pillar 1, the OECD intends to adopt predetermined criteria for the reallocation

of income to market jurisdiction (amount A) and fixed safe harbours for routine marketing and distribution activities.

Despite this, such tax measures were designed to coexist, as Amount A aims to reallocate part of the residual income, which would not be attributed to market jurisdiction under traditional transfer pricing rules. As customers located in the consumer market are not a related party to be tested for transfer pricing purposes, there would be no profit allocation to market jurisdiction under current transfer pricing rules (at least for certain business models). Thus, Amount A may supplement the arm's length standard.

The Amount B is a mere safe harbour, which could be included in traditional transfer prices rules. This is the case, for example, of the 5% safe harbor for low value-added services. Thus, it does not represent a full departure from the arm's length standard.

Finally, the panelists mentioned that Pillar 2 requires the adoption of the arm's length standard. According to the OECD, although Pillar 2 takes the consolidated balance sheet as the starting point for its calculations, transactions between companies must not be eliminated, but rather valued according to the arm's length standard.

The OECD goes further and provides that counterparties to the same transaction must apply the same arm's length price range. Therefore, if Brazil does not adopt the arm's length standard in full, it would be extremely difficult – if not impossible – to apply the same price within the arm's length range. From this perspective, the adoption of OECD's transfer pricing rules is in line with the development of Pillars 1 and 2.

Single Tax Principle: a Distância (Bem Maior que a de um Braço) entre “Ideias” e “Normas Jurídicas Cogentes”

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). Ex-conselheiro Titular da Câmara Superior de Recursos Fiscais do Carf.

1. Introdução

Boa parte dos palestrantes do *IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional* do IBDT/USP abordou, de alguma forma, o movimento internacional para a adoção de medidas propostas no âmbito do Projeto BEPS da OCDE/G20, especialmente os chamados “Pillar One” e “Pillar Two”. Ao tratar de tais medidas, ouvimos durante os três dias do *Congresso* menção à noção de um *single tax principle*.

As discussões sobre o chamado *single tax principle* não são recentes, mas partem de uma ideia defendida há décadas e que tem tido como um de seus principais interlocutores Reuven S. Avi-Yonah¹, segundo a qual, de maneira sumarizada, todos os rendimentos deveriam ser tributados uma única vez, nem mais e nem menos.

É bem verdade que a referida ideia, por vezes chamada de utopia², parece estar ganhando maior concretude com a intenção manifestada por diversos países, incluindo o Brasil, de incorporar em seus sistemas jurídicos regras para a implementação das propostas pela OCDE/G20, o que ainda se encontra em fase de construção.

No entanto, este breve texto propõe uma reflexão quanto ao momento em que uma determinada ideia torna-se efetivamente uma regra cogente em um sistema jurídico, capaz de impor observância inclusive por seus tribunais constituídos.

A referida reflexão está longe de ser mera conjectura teórica, tendo em vista que a Segunda Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça brasileiro (“STJ”) tem proferido decisões se referindo a um suposto “princípio da tributação singular” como razão de decidir³, o que poderia evidenciar a importação do *single tax*

¹ AVI-YONAH, R. S. International tax as international law. *University of Michigan Law School Law & Economics Working Papers* (2004). Disponível em: https://repository.law.umich.edu/law_econ_archive/art7.

² BRAUNER, Yariv. An international tax regime in crystallization. *56 Tax L. Rev.* 259 (2003). Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=facultypub>.

³ BRASIL. STJ, REsp n. 1.808.614/RJ (*DJe* 19.3.2021), REsp n. 1.743.319/SP (*DJe* 15.3.2021), REsp n. 1.759.081/SP (*DJe* 18.12.2020).

principle ao sistema tributário brasileiro. O presente texto tem o propósito de suscitar o necessário debate sobre essa relevante questão, adotando-se como pano de fundo os recentes acórdãos proferidos pela Segunda Turma do STJ.

Pela brevidade dessas notas elaboradas para compor os *Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional* do IBDT/USP, o “tópico 2” sumariza a análise realizada pelo autor, já publicada há alguns anos, quanto à (in)existência de um contemporâneo regime de direito tributário internacional que vincule os países, especialmente o Brasil, baseado em normas como o chamado *single tax principle*⁴. Por sua vez, o “tópico 3” destaca trechos dos acórdãos da Segunda Turma do STJ, destacando os diferentes acordos de bitributação que foram submetidos à Corte e que receberam idêntico tratamento. Por fim, o “tópico 4” apresenta conclusões que justificam o título do presente texto e alguns dos questionamentos que devem ser trazidos a este debate.

2. A (in)existência de um contemporâneo regime de direito tributário internacional

Existiria um efetivo sistema de direito tributário internacional baseado em princípios como *single taxation*? Essa controversa questão encontra variadas posições na doutrina. Há balizadas posições que o reconhecem um sistema bem estabelecido baseado na constância tanto de acordos internacionais como regras de direito interno que seguiriam vetores comuns⁵, assim como também quem sustentam tratar-se de um processo ainda em cristalização⁶, enquanto outros recusam de maneira peremptória a existência de um regime geral de direito tributário internacional nesses termos⁷.

Considerando relevantes temas de soberania nacional, legítimas fontes do direito baseada no consensualismo e o fenômeno da fragmentação do direito internacional⁸, o autor considera não ser possível afirmar de maneira generalizada a existência de um regime de direito tributário internacional que vincule todos os países.

⁴ NETO, Luís Flávio. Do taxpayers have a right to effective international tax relief? A sampling analysis of the universe of international tax systems. In: WHEELER, Joanna (ed.). *Single taxation*? Amsterdam: IBFD, 2018, p. 107 e seg.

⁵ AVI-YONAH, R. S. International tax as international law. *University of Michigan Law School Law & Economics Working Papers* (2004). Disponível em: https://repository.law.umich.edu/law_econ_archive/art7.

⁶ BRAUNER, Yariv. An international tax regime in crystallization. *56 Tax L. Rev.* 259 (2003). Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=facultypub>.

⁷ ROSENBLOOM, H. David. The David R. Tillinghast lecture: international tax arbitrage and the “international tax system”. *53 Tax L. Rev.* 137 (1999-2000).

⁸ NETO, Luís Flávio. *Direito tributário internacional: contextos para interpretação e aplicação de acordos de bitributação*. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2018.

Uma vez que elementos fundamentais permanecem abertos à negociação entre as nações quanto ao método utilizado para aliviar a dupla tributação ou mesmo à distribuição da capacidade para tributar determinados rendimentos, diferentes regimes de tributação internacional autônomos podem ser formados entre dois ou mais países. Sendo assim, torna-se necessário investigar se um sistema tributário internacional autônomo específico, estabelecido mediante a negociação entre dois ou mais países, adota ou não um determinado padrão, como o *single tax principle*.

Entre as legítimas fontes capazes de edificar sistemas particularizados de direito tributário internacional, têm destaque os acordos de bitributação. E é justamente em tais instrumentos que identificamos uma série de exemplos que demonstram que o suposto *single tax principle* não corresponde à amálgama de um regime geral de direito internacional tributário.

Em especial, diversos países têm celebrado acordos de bitributação adotando cláusulas de *tax sparing* ou *matching credit*, que permitem evidentes possibilidades para que a não tributação (ou tributação em níveis substancialmente mais baixos) seja utilizada como mecanismo para a atração de investimentos, especialmente por países em desenvolvimento.

A rede holandesa de acordos de bitributação pode ser citada como exemplo, em que diferentes métodos para aliviar a dupla tributação internacional são adotados, com destaque a *matching credit clauses* ao menos de dois formatos diferentes. Por um primeiro formato, mais tradicional, um crédito presumido quanto ao imposto pago no país da fonte é considerado em termos fixos pela Holanda enquanto país de residência do beneficiário dos rendimentos, independentemente se a efetiva retenção tributária realizada naquele estado de origem do rendimento alcançou tais patamares. Por exemplo, o art. 23(4) do acordo de bitributação Brasil-Holanda estabelece regras de *matching credit*, independentemente do efetivo IRRF pago ao Brasil.

Um segundo modelo, por sua vez, pode ser verificado no acordo de bitributação entre Coreia e Holanda, em que o crédito holandês sobre juros ou royalties pode ser considerado o valor do imposto efetivamente retido na fonte pela Coreia, adicionado do dobro da diferença entre esse valor e 10% do pagamento bruto. Por exemplo, se a Coreia reduzisse seu imposto de origem para 8%, o crédito holandês seria igual a $(8 + 2 \times (10 - 8))$, ou seja, 12%. Note-se que, se a Coreia reduzisse o seu imposto para zero, a Holanda concederia crédito aos seus residentes beneficiários dos rendimentos ainda mais substancial, equivalente a 20%: $0 + 2 \times (10 - 0) = 20\%$ ⁹.

O Brasil representa uma posição consolidada na negociação de acordos de bitributação com cláusulas de *matching credit*, o que explica suas ressalvas aos Co-

⁹ Nesse sentido, vide: J. H. Müller. *The Netherlands in international tax planning*. Online Books IBFD.

mentários sobre o Modelo da OCDE sobre esse tema, bem como cláusulas de isenção. Nesse sentido, a tabela a seguir busca destacar as peculiaridades existentes em cada um dos acordos que compõem a rede de tratados de bitributação celebrados pelo Brasil:

| <i>Outro Estado contratante</i> | <i>Ano</i> | <i>Método aplicável pelo Brasil como país de residência</i> | | | <i>Método aplicável pelo outro país como país de residência</i> | | |
|---------------------------------|------------|---|-----------------|----------------------------|---|----------------------------|----------------------------|
| | | <i>Dividendos</i> | <i>Juros</i> | <i>Royalties</i> | <i>Dividendos</i> | <i>Juros</i> | <i>Royalties</i> |
| Argentina | 1980 | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito |
| Áustria | 1975 | Isenção ou crédito | Crédito | Crédito | Isenção ou Matching credit | Matching credit | Matching credit |
| Bélgica | 2002 | Crédito | Crédito | Crédito | Isenção ou Matching credit | Isenção ou Matching credit | Isenção ou Matching credit |
| Canadá | 1984 | Crédito | Crédito | Crédito | Isenção ou Matching credit | Matching credit | Matching credit |
| Chile | 2001 | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito |
| China | 1991 | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito |
| República Tcheca | 1986 | Crédito | Crédito | Crédito | Isenção | Matching credit | Matching credit |
| Dinamarca | 2011 | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito |
| Equador | 1983 | Isenção ou Matching credit | Matching credit | Crédito ou Matching credit | Isenção ou Matching credit | Matching credit | Crédito ou Matching credit |
| Finlândia | 1996 | Crédito | Crédito | Crédito | Isenção ou Matching credit | Matching credit | Matching credit |
| França | 1971 | Crédito | Crédito | Crédito | Isenção ou Matching credit | Matching credit | Crédito ou Matching credit |
| Hungria | 1986 | Crédito | Crédito | Crédito | Matching credit | Matching credit | Matching credit |
| Índia | 1988 | Isenção | Matching credit | Crédito ou Matching credit | Isenção | Matching credit | Crédito ou Matching credit |
| Israel | 2002 | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito |
| Itália | 1978 | Matching credit | Crédito | Crédito | Isenção ou Matching credit | Matching credit | Matching credit |
| Japão | 1967 | Crédito | Crédito | Crédito | Matching credit | Matching credit | Crédito ou Matching credit |

| | | | | | | | |
|------------------------|------|------------------------|------------------------|-----------------------------------|-----------------------------------|-----------------------------------|-----------------------------------|
| Luxemburgo | 1978 | Crédito | Crédito | Crédito | Isenção ou <i>Matching credit</i> | <i>Matching credit</i> | <i>Matching credit</i> |
| México | 2003 | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito |
| Holanda | 1990 | Crédito | Crédito | Crédito | <i>Matching credit</i> | <i>Matching credit</i> | <i>Matching credit</i> |
| Noruega | 1980 | Crédito | Crédito | Crédito | <i>Matching credit</i> | <i>Matching credit</i> | <i>Matching credit</i> |
| Peru | 2006 | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito |
| Finlândia | 1983 | <i>Matching credit</i> | <i>Matching credit</i> | <i>Matching credit</i> | <i>Matching credit</i> | <i>Matching credit</i> | <i>Matching credit</i> |
| Portugal | 2000 | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | <i>Matching credit</i> | <i>Matching credit</i> |
| Rússia | 2004 | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito |
| Singapura | 2018 | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito |
| Eslováquia | 1986 | Crédito | Crédito | Crédito | Isenção | <i>Matching credit</i> | <i>Matching credit</i> |
| África do Sul | 2003 | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito |
| Coreia do Sul | 1989 | <i>Matching credit</i> | <i>Matching credit</i> | Crédito ou <i>Matching credit</i> | <i>Matching credit</i> | <i>Matching credit</i> | Crédito ou <i>Matching credit</i> |
| Espanha | 1974 | Isenção | <i>Matching credit</i> | <i>Matching credit</i> | Isenção | <i>Matching credit</i> | <i>Matching credit</i> |
| Suécia | 1975 | Crédito | Crédito | Crédito | Isenção ou <i>Matching credit</i> | Crédito ou <i>matching credit</i> | Crédito ou <i>matching credit</i> |
| Suíça | 2018 | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito |
| Trinidad and Tobago | 2008 | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito |
| Turquia | 2010 | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito |
| Emirados Árabes Unidos | 2018 | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito |
| Ucrânia | 2002 | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito |
| Uruguai | 2018 | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito |
| Venezuela | 2005 | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito | Crédito |

Por conta dessa política fiscal brasileira, é notável que o acordo Brasil-Estados Unidos, assinado em 1967, tenha sido rejeitado pelo Congresso norte-americano, especialmente por sua cláusula de *tax sparing*.

Como se pode notar, mecanismos presentes nos acordos internacionais verdadeiramente incentivam a redução do imposto de renda pelo país da fonte, ge-

rando hipóteses consentidas e legítimas de dupla não tributação da renda, ou ao menos de baixa tributação global. Tais circunstâncias infirmam o regime de direito tributário internacional nos termos defendidos por Reuven S. Avi-Yonah¹⁰. Em especial, a amostragem brasileira de acordos de bitributação demonstra que os países têm exercido, nas últimas décadas, a soberania fiscal para estabelecer as regras tributárias que devem governar a tributação internacional, sem a vinculação a princípios como o *single tax principle*.

Ainda que se possa alegar haver uma atual tendência para que países passem a seguir regras de conduzam ao ideário do *single tax principle*, não se pode ignorar a existência de extensa rede de acordos internacionais vigentes e eficazes que adotam caminhos opostos. A propósito, o movimento impulsionado pela OCDE/G20 busca justamente introduzir regras novas de maneira mais uniforme entre os mais variados países.

Com isso, não é correto considerar que há um regime de direito tributário internacional em que o *single tax principle* é sempre aplicável. Pelo contrário, as regras domésticas de cada país, assim como de cada um dos acordos internacionais celebrados, devem ser investigadas considerando as suas particularidades. No caso do Brasil, fica nítido que a aludida “ideia” está longe de ser uma “norma jurídica cogente” de aplicação generalizada.

Além disso, especialmente aos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, permanece na mesa a questão se é realmente vantajoso ou mesmo viável aderir a tal retórica, que pode representar o abandono de importantes mecanismos de concessão de benefícios fiscais para atração de investimentos e de outros fatores de desenvolvimento nacional¹¹.

3. O *single tax principle* como razão de decidir da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça

A concepção de que o direito tributário internacional comporta regimes particularizados, regidos pelas normas especificamente acordadas por dois ou mais Estados soberanos, pode se chocar com recentes acórdãos proferidos pelo STJ.

Em comum, os acórdãos proferidos em face do REsp n. 1.743.319/SP, do REsp n. 1.808.614/RJ e do REsp n. 1.808.614/RJ trazem a questão se deve ser aplicado o art. 7º, 12 ou 14 para serviços técnicos e de assistência técnica. Contudo, quem se basear na necessidade da análise acurada das regras acordadas em cada um dos diferentes acordos internacionais se frustrará ao se deparar com razões de

¹⁰ AVI-YONAH, R. S. International tax as international law. *University of Michigan Law School Law & Economics Working Papers* (2004). Disponível em: https://repository.law.umich.edu/law_econ_archive/art7, p. 21.

¹¹ Vide: GALDINO, Guilherme; SCHOUERI, Luís Eduardo. Single taxation as a policy goal: controversial meaning, lack of justification and unfeasibility. In: WHEELER, Joanna (ed.). *Single taxation?* Amsterdam: IBFD, 2018, p. 83 e seg.

decidir idênticas na aplicação de acordos internacionais com regras bastante distintas.

O acórdão do REsp n. 1.759.081/SP, publicado 18 de dezembro de 2020, precisou aplicar o *acordo Brasil-Espanha (1974)* e analisar se seria legítima a retenção de IRRF nas remessas ao exterior de empresa brasileira a outra empresa residente em Espanha, “em razão da prestação de serviços de engenharia e assistência administrativa”.

Em seu Protocolo, o acordo Brasil-Espanha prevê que, para a aplicação do art. 12 (Royalties), “a expressão ‘por informações correspondentes à experiência adquirida no setor industrial, comercial ou científico’, [...] compreende os rendimentos provenientes da prestação de serviços técnicos e assistência técnica”.

Além disso, em seu art. 23 (2), o acordo Brasil-Espanha está equipado com a previsão de que o IRRF retido pelo Brasil sobre os juros e royalties “será sempre considerado como tendo sido pago com as alíquotas de 20% e 25% respectivamente”, independentemente do valor do tributo efetivamente cobrado.

Publicado em 15 de março de 2021, o acórdão do REsp n. 1.743.319/SP, aplicando o *acordo Brasil-Portugal (2000)*, analisou se seria legítima a retenção de IRRF nas remessas ao exterior de empresa brasileira a outra empresa residente em Portugal, “em razão da prestação de serviços de assistência administrativa, por meio do gerenciamento, planejamento e acompanhamento de negócios”.

É determinante notar que o art. 5º do Protocolo do acordo de bitributação Brasil-Portugal prevê que está compreendido no conceito de royalties, para fins de aplicação do art. 12 do referido tratado, “qualquer espécie de pagamento recebido em razão da prestação de assistência técnica e de serviços técnicos”.

Por outro lado, também é determinante observar que não há cláusula de *matching credit* acordada entre Brasil e Portugal no bojo do referido tratado internacional.

Já o acórdão do REsp n. 1.808.614/RJ foi publicado em 19 de março de 2021 e, aplicando o *acordo Brasil-França (1971)*, analisou se seria legítima a retenção de IRRF nas remessas ao exterior de empresa brasileira a outra empresa residente na França, “em razão da prestação de serviços de fornecimento de capacidade de satélite”.

Observe-se que o tratado Brasil-França não possui cláusula em seu protocolo que equipare serviços técnicos e assistência técnica a royalties. Essa particularidade – exceção entre os acordos de bitributação assinados pelo Brasil e presente apenas nos tratados celebrados com Áustria, Finlândia, França, Japão e Suécia – foi fundamental para a construção da jurisprudência do STJ quanto à aplicação do art. 7º dos tratados a serviços técnicos e de assistência técnica¹². Tal entendi-

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1.618.897/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 19.5.2020; REsp n. 1.161.467/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 17.5.2012.

mento jurisprudencial vem sendo acatado pela administração fiscal, como se pode observar de manifestações como o Parecer PGFN/CAT n. 2.363/2013 e a Solução de Consulta Cosit n. 109, de 2 de agosto de 2016.

Essa observação é relevante, pois o recente julgamento do REsp n. 1.808.614/RJ parece sinalizar a posição de que a Segunda Turma do STJ poderá deixar de aplicar os precedentes até então firmados, ou que ao menos não os aplicará antes de obter respostas a novos questionamentos, que serão expostos adiante.

Outra particularidade relevante que se verifica no tratado Brasil-França é a presença de cláusulas de *matching credit* (art. 22), em que o crédito concedido pela França em relação a dividendos, juros e royalties será de, no mínimo, 20%, ainda que o imposto brasileiro efetivamente cobrado seja inferior.

Como se pode observar, considerando dois fatores determinantes (equiparação de serviços técnicos a royalties e cláusulas de *matching credit*), os acordos de dupla tributação Brasil-Espanha, Brasil-Portugal e Brasil-França apresentam configurações distintas entre si, compondo verdadeiramente três categorias:

- 1) tratados *com* equiparação de serviços técnicos a royalties e *com* cláusulas de *matching credit*;
- 2) tratados *com* equiparação de serviços técnicos a royalties e *sem* cláusulas de *matching credit*;
- 3) tratados *sem* equiparação de serviços técnicos a royalties e *com* cláusulas de *matching credit*.

Observa-se, portanto, que esses diferentes julgamentos do STJ envolveram três diferentes regimes particularizados de direito tributário internacional, sendo que dois deles (tratados Brasil-Espanha e Brasil-França) apresentam notável oposição ao núcleo do chamado *single tax principle*, *com* cláusulas de *matching credit*.

O texto dos três acórdãos do STJ consigna expressamente tais particularidades de cada um desses tratados, mas não apresenta relevante distinção ao trazer a solução para os recursos especiais que os endereçavam.

Devido à quase identidade do texto que fundamenta as aludidas decisões, apresentam-se a seguir, como referência, passagens colhidas do último acórdão citado (REsp n. 1.808.614/RJ, acordo *Brasil-França*).

Ao analisar os métodos utilizados pelo acordo internacional para evitar a dupla tributação, a decisão introduz às suas razões de decidir, em negrito, um suposto “princípio” que informaria o direito tributário internacional, *in verbis*:

“O método da imputação ordinária é uma técnica através da qual se materializa o **Princípio da Tributação Singular**. Segundo este princípio, a soma das cargas tributárias dos dois países (fonte e residência) incidentes sobre determinado rendimento deverá corresponder à carga da tributação que o rendimento sofreria acaso fosse tributado apenas pelo país de maior carga (tributação singular).

Já o **método do crédito presumido**, ou *matching credit*, é método excepcional pois, ao conceder, no Estado de residência, um crédito fixo e independente do valor efetivamente pago no Estado da fonte, permite uma carga tributária inferior à tributação singular [...].” (Destaques constam no original)

O suposto “princípio” da tributação singular parece ter influenciado todo o desenvolvimento do voto do i. Ministro Mauro Campbell Marques, nos três acórdãos em questão. Após fazer referência à Ação n. 2 do Projeto BEPS (Instrumentos Híbridos), o voto destaca que “o objetivo do Tratado, além de evitar a dupla tributação, é prevenir a evasão fiscal (ver sua ementa), de modo que se o valor remetido não for objeto de tributação no exterior, há que ser tributado no Brasil, pois do Tratado não pode decorrer uma dupla não tributação (Princípio da Tributação Singular)”.

Erigir à condição de princípio essa concepção de “tributação singular” pode conduzir a Segunda Turma do STJ a posicionamentos preocupantes. Ao menos para os acórdãos em análise, o caminho trilhado conduziu à devolução dos casos para os seus Tribunais de origem, a fim de que seja verificado se o contribuinte teria cometido atos abusivos atentatórios ao *single tax principle*.

Em meio à análise apresentada, é importante destacar a seguinte passagem: “Havendo dúvidas a respeito da prática de hibridismo, há que se prestigiar o Princípio da Tributação Singular”.

Assim, com o objetivo de verificar a aplicação do art. 7º (lucro das empresas), art. 12 (royalties) e art. 14 (profissões independentes), a Segunda Turma do STJ determinou o retorno dos autos às Cortes de origem, a fim de que os Tribunais Regionais Federais realizem a análise das seguintes questões:

- 1) “a natureza do contrato que enseja a remessa (se há ou não pagamento de ‘royalties’ embutidos, se há enquadramento no protocolo do tratado estendendo o conceito de ‘royalties’, se a prestação de serviços se dá por profissionais independentes se há enquadramento no protocolo do tratado estendendo o conceito de ‘profissões independentes’);
- 2) “a ausência de hibridismo em relação à classificação dos rendimentos que possa levar à dupla não tributação internacional (se o enquadramento do rendimento é idêntico no país da fonte e no da residência)”.

Com a devolução dos autos às Cortes de origem, o processo deverá futuramente retornar para nova análise por parte do STJ, quando será possível, então, construir-se um adequado deslinde da questão.

4. Questionamentos a respeito da aplicação de uma “ideia doutrinária” como se “princípio” fosse

Até que sejam retomados os julgamentos pelo STJ dos casos apresentados neste breve texto, cumpre a todos nós discutir os temas levantados em tais acórdãos. De fato, muitas questões podem ser suscitadas, como as que seguem:

Teríamos uma norma vigente no Brasil capaz de impor cogência a um suposto *single tax principle*?

Quais seriam os específicos instrumentos normativos válidos, vigentes e capazes de impor à sociedade brasileira vinculação a um suposto *single tax principle*?

Quais fontes do Direito Tributário Internacional legitimariam, inclusive com vistas à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, o recurso a um suposto *single tax principle* como causa de tributação à revelia de sua recepção pelo específico tratado assinado entre duas nações soberanas?

Ideias doutrinárias, propostas da OCDE e outras manifestações mencionadas nas referidas decisões do STJ devem ser consideradas fontes do Direito Tributário Internacional? Se sim, seriam capazes de se sobrepor a fontes primárias do Direito Tributário Internacional, como os acordos de bitributação celebrados por nações soberanas?

Recentes propostas da OCDE/G20 reunidas no Projeto BEPS, especialmente em sua ação n. 2 (Instrumentos Híbridos), poderiam ser aplicadas de maneira irrestrita a acordos internacionais celebrados décadas atrás, sem que nenhuma nova negociação ocorra entre os países contratantes? Ou seja, na hipótese de tal “norma” realmente ter sido recepcionada pelo Brasil, teria ela eficácia capaz de alcançar acordos de bitributação celebrados pelo Brasil desde os anos de 1970, como ocorreu nas aludidas decisões proferidas pelo STJ?

Quais as possíveis consequências da não tributação do rendimento no Estado da fonte, inclusive nas hipóteses em que tal circunstância é admitida ou mesmo incentivada pelo acordo internacional?

A Segunda Turma do STJ estaria abraçando uma postura consequencialista de aplicação de acordos de bitributação, que procuraria qualificar os rendimentos em categorias mais tributadas globalmente?

Em que medida esse *single tax principle* poderia alterar a interpretação de um acordo internacional? Haveria, por exemplo, preferência à qualificação de rendimentos em categorias que não se beneficiassem com cláusulas de *matching credit*?

O STJ, ou ao menos a sua Segunda Turma, seguirá o mesmo entendimento para todos os acordos celebrados pelo Brasil, independentemente das específicas regras presentes em seus textos?

Qual a dimensão da seguinte assertiva, presente nos citados acórdãos da Segunda Turma do STJ: “Havendo dúvidas a respeito da prática de hibridismo, há que se prestigiar o Princípio da Tributação Singular”?

Caso os Tribunais Regionais Federais se deparem com “dúvidas” a respeito da qualificação do rendimento nos países de residência dos beneficiários, o tratado deixaria ser aplicável por completo ou os rendimentos de-

veriam ser requalificados, ainda que por ficção, para categorias mais tributadas?

Caso se conclua tratar-se de rendimento qualificado no art. 7 do acordo (lucros da empresa), mas não haver absoluta certeza (“dúvidas”) sobre qual seria a qualificação definitiva atribuída pelo Estado da residência, o tratado não seria aplicável? Ou haveria a qualificação de tais rendimentos em cláusulas *a priori* inadequadas, mas que se mostrem mais onerosas ao contribuinte?

O chamado *single tax principle* poderia ser utilizado como excludente da aplicação de acordos de bitributação assinados por dois países soberanos? Se a opção do Tribunal brasileiro for deixar de aplicar os benefícios do tratado em face de “dúvida” sobre hibridismo, baseando-se em um suposto *single tax principle* que não encontra respaldo no próprio texto do acordo internacional, estaríamos diante de hipótese de *treaty override*?

A possibilidade de não aplicação dos tratados brasileiros por “dúvidas” quanto à prática de hibridismo torna ainda mais urgente a adoção de métodos alternativos de resolução de conflitos no Brasil, como o procedimento amigável (*mutual agreement procedure* – MAP), geralmente previsto no art. 25 dos acordos de bitributação?

O melhor encaminhamento a ser seguido pelos Tribunais Regionais Federais, para o cumprimento das citadas decisões do STJ, seria determinar às autoridades fiscais brasileiras a instauração de procedimentos amigáveis perante a administração fiscal dos outros países contratantes?

Ainda que não seja adotado procedimento amigável como decorrência dos processos judiciais em questão, diante de “dúvidas” de hibridismo, seria pertinente que as autoridades competentes instaurassem esse procedimento de ofício, seguindo o rito previsto no art. 25 dos tratados?

A existência dessas e de outras questões decorre justamente da aplicação de uma “ideia doutrinária” como se “princípio” fosse.

É preciso acompanhar com cautela a opção brasileira de adotar como diretriz em seus tratados internacionais e em suas normas domésticas a máxima do *single tax principle*, o que pode não representar efetiva vantagem em termos de política fiscal. Além disso, também é fundamental estarmos atentos para que tal concepção não seja aplicada pelas autoridades fiscais e pelos tribunais brasileiros antes mesmo de sua efetiva introdução por meio dos instrumentos competentes, com respeito às fontes do Direito Tributário Internacional.

Bibliografia

AVI-YONAH, R. S. International tax as international law. *University of Michigan Law School Law & Economics Working Papers* (2004). Disponível em: https://repository.law.umich.edu/law_econ_archive/art7.

- BRAUNER, Yariv. An international tax regime in crystallization. *56 Tax L. Rev.* 259 (2003). Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1009&context=facultypub>.
- GALDINO, Guilherme; SCHOUERI, Luís Eduardo. Single taxation as a policy goal: controversial meaning, lack of justification and unfeasibility. In: WHEELER, Joanna (ed.). *Single taxation?* Amsterdam: IBFD, 2018.
- MÜLLER, J. H. *The Netherlands in international tax planning*. Online Books IBFD.
- NETO, Luís Flávio. *Direito tributário internacional: contextos para interpretação e aplicação de acordos de bitributação*. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2018.
- NETO, Luís Flávio. Do taxpayers have a right to effective international tax relief? A sampling analysis of the universe of international tax systems. In: WHEELER, Joanna (ed.). *Single taxation?* Amsterdam: IBFD, 2018.
- ROSENBLOOM, H. David. The David R. Tillinghast lecture: international tax arbitrage and the “international tax system”. *53 Tax L. Rev.* 137 (1999-2000).

Transparência Fiscal Internacional e a Definição de Sigilo: Violação a Direito Fundamental?

Transparency, Exchange of Information and the Definition of Secrecy: Violation of Fundamental Right?

Martha Toribio Leão

Professora da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie e do Mestrado Profissional do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. Doutora e Mestre em Direito Tributário pela USP. Mestre em Teoria do Direito e Democracia Constitucional pelo Istituto Tarello per la Filosofia del Diritto/Università Degli Studi di Genova.

Resumo

Este artigo discute o conceito de “sigilo de dados” no contexto de busca, por parte do Direito Tributário Internacional, do incremento do acesso e da troca de informações bancárias dos contribuintes, sejam aquelas referentes às operações ocorridas dentro de seu território como também fora dele. A análise tem a intenção de verificar se o acesso ao dado bancário em si, por mera requisição da autoridade fiscal nacional ou estrangeira, é suficiente para a violação do direito fundamental ao sigilo prescrito pela Constituição brasileira (art. 5º, inciso XII, da CF/1988) ou se essa violação dependeria da divulgação pública desse dado.

Palavras-chave: transparência fiscal, troca de informações, sigilo de dados, direito fundamental, publicação do dado.

Abstract

This article discusses the concept of “data confidentiality” in the context of the search, by the International Tax Law, of increasing access and exchange of taxpayers’ banking information, whether referring to operations that occur within their territory as well as out of it. The analysis is intended to verify whether access to bank data itself, by mere request from the national or foreign tax authority, is sufficient to violate the fundamental right to secrecy prescribed by the Brazilian Constitution (article 5, item XII, CF/1988) or whether this breach would depend on public disclosure of that data.

Keywords: fiscal transparency, exchange of information, data confidentiality, fundamental right, data publication.

Introdução

A busca pelo incremento e pela efetivação de instrumentos para o acesso aos dados bancários dos contribuintes não é uma novidade. De fato, essa busca ganhou impulso significativo no Direito Tributário Internacional a partir de abril de 2009, no âmbito do Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações Tributárias realizado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE. Desde então, buscou-se implementar no âmbito daquela

organização um padrão para troca de informações por requisição (“Standard for Exchange of Information on request – EOIR”), sendo publicados relatórios de revisão e referência para acompanhamento do desenvolvimento do tema. O último relatório nesse sentido é de 2016, no qual a entidade afirma o sucesso da implementação desses instrumentos para o “fim do sigilo bancário” e o fato de que o padrão estabelecido por essa entidade seria então praticamente aceito de modo universal (“the standard of EOIR is now virtually universally accepted”)¹.

Esse tema pode ser discutido a partir de numerosos pontos de vista, sendo, inclusive, objeto do *VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional* (“Novos paradigmas da Tributação Internacional e a Covid-19”), momento no qual se produziram trabalhos específicos sobre, por exemplo, a aplicabilidade da norma constitucional referente ao direito à não autoincriminação (art. 5º, inciso LXIII, da Constituição brasileira) relativamente ao acesso às informações bancárias dos contribuintes e ao uso dessas informações para fins de persecução penal² e as dificuldades atuais de se lidar com a incessante busca de informações dos contribuintes e a falta de consideração sobre os direitos individuais envolvidos nessa busca, considerando ainda os perigos de mau uso dessas informações³. Neste trabalho, pretende-se abordar essa instigante discussão sob o ponto de vista da definição da quebra de sigilo para fins de aplicação da prescrição constitucional contida no art. 5º, inciso XII, da Constituição brasileira: “XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”⁴

A escolha pode ser explicada pelo próprio teor da jurisprudência constitucional brasileira ao interpretar referido dispositivo. Do ponto de vista do Direito Tributário Internacional, se levantam discussões sobre a exigência da ponderação de princípios para a resolução desse tipo de problema que oporia, de um

¹ OCDE. Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, *2016-2020 Terms of reference to monitor and review progress*, 2016, p. 3 (<https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/terms-of-reference.pdf>).

² ADAMY, Pedro. You have the right to remain silent! Exchange of information and self-incrimination: a Brazilian constitutional perspective. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; NETO, Luís Flávio; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. (coord.). *Anais do VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: IBDT, 2020, p. 546-554.

³ BROWN, Patricia. Some recent questions regarding the balance between our taxes obligations to society ad individual rights. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; NETO, Luís Flávio; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. (coord.). *Anais do VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: IBDT, 2020, p. 555-564.

⁴ O tema já foi objeto de outros estudos, por exemplo, sob a perspectiva da (in)coerência das decisões do Supremo Tribunal Federal: LEÃO, Martha. O Supremo Tribunal Federal e a (in)coerência interpretativa: o caso da quebra de sigilo bancário. *Revista Direito Tributário Atual* v. 42. São Paulo: IBDT, 2019, p. 336-348.

lado, o direito à privacidade dos contribuintes, e, de outro lado, o dever e o interesse do Fisco na verificação da regularidade fiscal dos contribuintes, tendo em vista o fato de que não há uma *regra constitucional* que prescreva as hipóteses em que esse direito fundamental poderá ser objeto de restrição. Na falta de uma regra, portanto, abre-se espaço para o legislador e para o intérprete realizarem, eles próprios, essa ponderação. Não é, porém, o caso do ordenamento jurídico brasileiro. Aqui, seguindo a linha singular de nossa Constituição, na qual numerosas garantias foram minuciosamente determinadas pelo próprio constituinte, que antecipou ponderações entre princípios e definiu regras para a sua solução, o direito ao sigilo de dados foi prescrito na forma de uma regra⁵.

A partir dessa constatação, a jurisprudência brasileira parece ter encontrado um outro caminho para a flexibilização desse direito fundamental: longe de flexibilizar a regra constitucional por meio de uma reconstrução da norma como um princípio objeto de ponderação, passa a determinar uma nova definição do termo *sigilo*, que deixa de se conformar apenas ao simples acesso ao dado, mas passa a envolver também a sua publicização. É esse, portanto, o enfoque do presente trabalho: examinar se a violação ao *sigilo* de dados envolve necessariamente a publicização (circulação) desse dado de foro íntimo ou, ao contrário, se essa nova definição consubstancia verdadeiro eufemismo para a pura e simples violação a um direito fundamental de proteção ao acesso ao dado, independentemente de sua circulação. É o que se passa a examinar.

I. Proteção aos dados *versus* proteção da circulação de dados – o dispositivo constitucional

A Constituição não poderia ter sido mais clara em definir o sigilo de dados como um direito fundamental. Em seu art. 5º, inciso XII, ela estabelece ser “inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, *por ordem judicial*, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. O dispositivo, por conseguinte, estabelece uma regra fechada, cujas únicas exceções são aquelas especificamente detalhadas (investigação criminal ou instrução processual penal) e no modo como detalhadas (por autorização judicial).

⁵ Não obstante se reconheça a importância da discussão doutrinária sobre a diferença entre regras e princípios e os vários critérios utilizados para diferenciar entre estas espécies normativas, adota-se neste trabalho a diferenciação proposta por Ávila e Barberis: de um lado, as regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência; de outro lado, os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação de correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos da conduta (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 20. ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2021, p. 104 e ss.; BARBERIS, Mauro. *Filosofia del diritto – un'introduzione teorica*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008, p. 144 e ss).

Mais do que definir as hipóteses nas quais a regra geral não seria aplicada, a regra definiu *como* isso aconteceria, ou seja, o instrumento por meio do qual as hipóteses excepcionais seriam aplicadas. Não há nenhum espaço aqui para dúvidas com relação à existência de uma proteção constitucional por meio de regra com relação ao sigilo de dados *em si*. Veja-se que o dispositivo fala em dados (e não em comunicação de dados), além de mencionar “comunicações telegráficas” e “comunicações telefônicas”. Ou seja, não foi estabelecido como requisito ou delimitação da proteção a circulação, a publicação ou a comunicação dos dados. Foram os próprios dados enquanto objetos estáticos que foram protegidos. Embora não seja um direito absoluto, o meio para a sua restrição foi expressamente indicado pelo texto constitucional: por ordem judicial.

É fundamental destacar que essa foi uma inclusão explícita do constituinte de 1988. Como destacam Schoueri e Barbosa, foi na Constituição de 1988 a primeira vez que o sigilo de *dados* foi incluído no rol de direitos e garantias individuais. Nada obstante a proteção à privacidade estivesse presente nas Constituições brasileiras anteriores, essa garantia estava vinculada apenas à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (art. 179, incisos VII e XXVII, da Constituição de 1824; art. 79, § 11, da Constituição de 1891; art. 113 da Constituição de 1934; art. 122 da Constituição de 1937; art. 141 da Constituição de 1946) e à proteção das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 150 da Constituição de 1967)⁶.

Assim, a partir do texto posto e da sua interpretação de acordo com o sentido preliminar das palavras ali escolhidas, a mera ampliação das hipóteses nas quais o sigilo a esses dados poderia ser quebrado, para abranger também situações tributárias e não apenas penais, já seria problemática frente ao texto constitucional brasileiro⁷. A situação, no entanto, se torna ainda mais grave na medida em que se discute a possibilidade de essa quebra de sigilo ocorrer somente a partir de uma decisão da autoridade fiscalizadora ou policial (nacional ou estrangeira), isto é, agentes diretamente interessados no caso, sem a participação judicial para regular este conflito. Não se trata de uma questão meramente formal. Enquanto nos casos de Direito Privado, o Estado atua como um terceiro desinteressado com relação aos interesses dos sujeitos privados, no Direito Tributário e no Direito Penal isso é diferente: apenas o juiz tem este distanciamento necessário para a imposição de um balanço razoável entre o interesse das partes⁸.

⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Matheus Calicchio. Da antítese do sigilo à simplicidade do sistema tributário: os desafios da transparência fiscal internacional. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de *et al.* (coord.). *Transparência fiscal e desenvolvimento: homenagem ao Professor Isaias Coelho*. São Paulo: Fiscosoft, 2013, p. 497-523 (506-507).

⁷ LEÃO, Martha. *O direito fundamental de economizar tributos*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 291.

⁸ SCHÖN, Wolfgang. Grundrechtsschutz gegen den demokratischen Steuerstaat. In: BAER, Susanne *et al.* (ed.). *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016, p. 515-537 (523-524).

Não se ignora que, para parte da doutrina, a proteção dos direitos dos cidadãos seria mais apropriada do ponto de vista do direito infraconstitucional, devido às necessidades constantes de adaptação decorrentes da interação entre autoridade fiscal e contribuinte num cenário em transformação⁹. Não foi essa, no entanto, a postura adotada pela Constituição brasileira: o texto constitucional antecipou uma série de conflitos entre os interesses policiais do Estado e os direitos dos réus no âmbito penal, assim como antecipou uma série de conflitos entre os interesses arrecadatários do Estado e os direitos dos contribuintes, estabelecendo, de antemão, como eles deveriam ser ponderados por meio de regras¹⁰. O conflito entre o sigilo e a privacidade dos cidadãos, de um lado, e o interesse estatal de acessar estas informações, de outro lado, é um exemplo desse posicionamento.

A Constituição optou expressamente pela preservação do primeiro, salvo *autorização judicial* para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, inciso XII). Logo, a garantia constitucional prescreve a proteção do direito ao sigilo (isto é, ao acesso) do próprio dado, independentemente da sua comunicação ou publicização.

II. Proteção aos dados *versus* proteção da circulação de dados – a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Em que pese a garantia constitucional tal como posta pelo constituinte de 1988, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem flexibilizado a interpretação desse dispositivo¹¹. Até 2010, o Supremo Tribunal Federal entendia, de maneira pacífica, que o art. 5º, inciso XII, protegia o acesso de terceiros (aqui incluído o Estado) aos dados dos cidadãos. Isso significa dizer que a norma reconstruída a partir desse dispositivo constitucional abrangia a proteção de acesso e conhecimento por parte de terceiros de todos os dados enumerados no texto (correspondências, comunicações telegráficas, dados e comunicações telefônicas). Embora a atecnia do texto, que trata de espécie (dados) e gêneros (dados telegráficos, telefônicos, e assim por diante), a interpretação decorrente do sentido preliminar das palavras utilizadas pelo constituinte implicava uma norma protetiva ampla, cuja única exceção autorizada constitucionalmente era aquela para fins

⁹ É a posição de Bentley ao defender um Código de Direitos dos Contribuintes, mas afirmar que este teria efeitos mais produtivos no plano infralegal e não no constitucional (BENTLEY, Duncan. *Taxpayers' rights: theory, origin and implementation*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007, p. 143).

¹⁰ No mesmo sentido, Barreto reconhece a efetiva tomada de posição constitucional sobre vários temas, que são regrados no plano constitucional (BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário – limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016, p. 77).

¹¹ O tema foi objeto de estudo mais aprofundado em: LEÃO, Martha. A interpretação do art. 5º, inciso XII, da Constituição: proteção dos dados *versus* proteção da circulação dos dados. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; LEAL, Roger Stiefelmann (coord.). *A nova Constituição de 1988?* Santo André: Dia a Dia Forense, 2021, p. 71-95.

penais, mediante ordem judicial, sendo isso reconhecido pela jurisprudência da Corte.

Essa interpretação resta evidenciada a partir da análise do julgamento do Recurso Extraordinário n. 389.808, pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 2010. Neste julgamento, o Tribunal avaliava a (in)constitucionalidade da Lei n. 10.174/2001, cujo teor, em apertada síntese, garantia à autoridade fiscal o acesso aos dados relativos à movimentação financeira dos contribuintes por meio de procedimento administrativo (sem a necessidade de decisão judicial). A lei foi declarada inconstitucional, por maioria, nos termos do voto do Ministro Relator Marco Aurélio¹².

É interessante notar que nesse julgamento já se debateu entre os Ministros da Corte sobre se a regra constitucional protegia o acesso aos dados em si ou se o que seria protegido seria a *divulgação* desses dados, isto é, o fato de eles se tornarem públicos. A maioria dos Ministros, contudo, entendeu que a proteção era ao próprio *acesso aos dados*, como fica evidente pelas seguintes passagens:

“a pretensão estatal voltada à *disclosure* das operações financeiras constitui fator de grave ruptura das delicadas relações – já estruturalmente tão desiguais – existentes entre o Estado e o indivíduo” (Ministro Celso de Mello).

“[...] em nada prejudica a administração pública, que pode, fundamentadamente, requerer ao Poder Judiciário, que lhe franqueará acesso aos dados de que precise” (Ministro Cezar Peluso).

Os votos minoritários, porém, interpretavam o referido dispositivo de modo diverso, como se a proteção fizesse referência não ao acesso aos dados (isto é, à privacidade dos dados em si), mas sim à publicidade desses dados (isto é, a sua divulgação de forma pública). Nesse sentido, o entendimento dos Ministros que foram vencidos naquela ocasião:

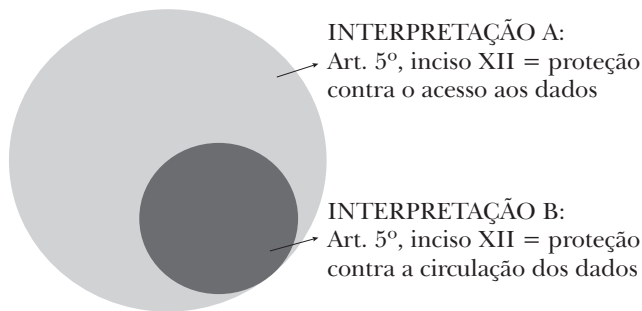
“uma vez que não [se] está autorizado por lei a dar a público, mas apenas a transferir para um outro órgão da administração, para o cumprimento das finalidades da Administração Pública, aqueles dados” (Ministra Cármen Lúcia).

“[A] conjugação do inciso XII com o inciso X da Constituição abona a tese de que o que se proíbe não é o acesso a dados, mas a quebra do sigilo, é o vazamento do conteúdo de dados. É o vazamento, é a divulgação. E, no caso, as leis de regência, ao falar das transferências de dados sigilosos, é evidente que elas impõem ao órgão destinatário desses dados a cláusula da confidencialidade, cuja quebra implica a tipificação ou o cometimento de crime.” (Ministro Ayres Britto)

Assim, já em 2010, se contrapuseram duas interpretações distintas do art. 5º, inciso XII, da Constituição: de um lado, a interpretação no sentido de que a nor-

¹² BRASIL, STF, Recurso Extraordinário n. 389.808, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 15.12.2010.

ma reconstruída a partir desse dispositivo seria uma regra protetiva do acesso aos dados dos cidadãos, o que impunha a inconstitucionalidade de lei que autorizava referido acesso sem autorização judicial [interpretação A]; e, de outro lado, a interpretação no sentido de que a norma reconstruída a partir desse dispositivo seria um princípio protetivo apenas da *circulação* dos dados dos cidadãos, o que resultaria na constitucionalidade da lei que autorizava referido acesso sem autorização judicial por agente público, desde que sem poder para divulgação desses dados [interpretação B]. A interpretação A, nesse sentido, é muito mais ampla que a interpretação B. Ambas poderiam ser representadas graficamente da seguinte forma¹³:



Prevaleceu, no referido julgamento, a interpretação A: o dispositivo constitucional deveria ser reconstruído como uma regra no sentido de proteção à privacidade quanto à correspondência, às comunicações telegráficas, aos dados e às comunicações. Regra esta cuja única exceção (a quebra do sigilo) seria submetida ao crivo de órgão equidistante – o Judiciário – e, mesmo assim, apenas para efeito de investigação criminal ou instrução processual penal. Com base nessa fundamentação, o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal reconheceu que “conflita com a Carta da República norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte”¹⁴. Em outras palavras, o entendimento anterior considerava inconstitucional norma legal atribuindo à Receita Federal – parte na relação jurídico-tributária – o afastamento do sigilo de dados relativos ao contribuinte sem decisão judicial para autorizá-la. O sigilo, portanto, foi entendido como uma norma de proteção aos dados em si (círculo maior) e não como uma norma de proteção à mera circulação desses dados (círculo menor).

¹³ LEÃO, Martha. A interpretação do art. 5º, inciso XII, da Constituição: proteção dos dados *versus* proteção da circulação dos dados. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; LEAL, Roger Stiefelmann (coord.). *A nova Constituição de 1988?* Santo André: Dia a Dia Forense, 2021, p. 71-95 (76).

¹⁴ BRASIL, STF, Recurso Extraordinário n. 389.808/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 15.12.2010.

Essa interpretação, contudo, foi objeto de revisão. Em 2015, o Supremo Tribunal Federal julgou cinco processos que questionavam a constitucionalidade deste dispositivo. O tema foi objeto de discussão no Recurso Extraordinário n. 601.314, com repercussão geral reconhecida, e de quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) que também contestavam a flexibilização do sigilo das operações financeiras. Ajuizadas por partidos políticos e confederações patronais, as ações sustentavam que o dispositivo seria inconstitucional por violação ao art. 5º, incisos X e XII, da Constituição. As quatro ações foram relatadas pelo Ministro Dias Toffoli, que preparou relatório e voto conjunto para o julgamento, posicionando-se pela constitucionalidade e sendo seguido pela maioria dos Ministros¹⁵. Nessa ocasião, novamente, o Tribunal se debruçou sobre as duas interpretações que decorreriam do art. 5º, inciso XII. Isso fica claro na seguinte passagem do voto do Ministro Relator, Dias Toffoli:

“Como salientei, mantenho o entendimento que em outras ocasiões já externei: para se falar em ‘quebra’ de sigilo bancário pelos dispositivos impugnados, necessário seria vislumbrar, em seus comandos, autorização para a exposição das informações bancárias. Consoante assinalou o Procurador-Geral da República em seu parecer, *‘a afronta à garantia do sigilo bancário, como dito, compreendida no âmbito de proteção do inciso X do artigo 5º da Carta da República, não ocorre com o simples acesso a esses dados, mas verdadeiramente com a circulação desses dados.’*” (Ministro Dias Toffoli) (Destques meus)

Assim, ao contrário do entendimento prevalente quando do julgamento da matéria em 2010, o Tribunal, em 2015, entendeu, pela maioria de seus Ministros, que a correta interpretação do art. 5º, inciso XII, seria aquela no sentido de que a proteção garantida constitucionalmente restringiria-se à divulgação/circulação/publicação dos dados, o que inexistiria a partir do acesso do agente público a essas informações. No entendimento do Ministro Relator, cujo voto prevaleceu, o que se verificaria na prática seria a “transferência de dados sigilosos de um determinado portador, que tem o dever de sigilo, para outro, que mantém a obrigação de sigilo”, haveria, portanto, “mera transferência de informações”, sendo que a utilização dessa informação pelo Fisco “não desnatura o caráter sigiloso da movimentação bancária do contribuinte, e, dessa forma, não tem o condão de implicar violação de sua privacidade”¹⁶.

Isso significa dizer que a partir de 2015, a interpretação conferida pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal ao art. 5º, inciso XII, é a interpretação B, ou seja, a interpretação no sentido de que a proteção decorrente desse dispositivo se restringiria à proteção de *divulgação* desses dados e não ao acesso dos dados em si (círculo menor) e não aos dados em si (círculo maior).

¹⁵ BRASIL, STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.390, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento iniciado em 17.2.2015.

¹⁶ BRASIL, STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.390, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento iniciado em 17.2.2015.

O que é interessante notar é que essa nova orientação, a partir de 2015, infelizmente, não pode ser caracterizada como um evento isolado, cuja repercussão estaria adstrita ao âmbito do Direito Constitucional Tributário. Essa interpretação mais restrita com relação ao âmbito de aplicação da norma decorrente do art. 5º, inciso XII, pode ser analisada também no deslinde de controvérsias relativas a outras áreas do Direito. Um exemplo paradigmático de Direito Penal ilustra como a referida flexibilização de interpretação desse dispositivo também afeta esse âmbito do Direito. Trata-se do julgamento do Habeas Corpus n. 91.867, pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Naquela ocasião, analisava-se a ilicitude da prova colhida durante o inquérito policial: a autoridade policial, no momento da prisão, acessou os registros telefônicos do aparelho celular de um dos réus, sem autorização judicial específica para isso, localizando ali ligações efetuadas entre um dos corréus (acusado de ser mandante de um crime) e o outro (acusado de ser o executor do crime). Ao analisar o caso, o Tribunal afastou a ilicitude da prova a partir da interpretação de que o art. 5º, inciso XII, não protegeria *registros telefônicos* (isto é, os dados telefônicos) mas sim a comunicação telefônica (isto é, a comunicação dos dados). O acórdão é expresso nesse sentido: “A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados.”¹⁷

Entendeu o Tribunal, portanto, que o art. 5º, inciso XII, da Constituição *não protegeria* os dados do aparelho celular, como mensagens e registros do ponto de vista estático, mas apenas *a comunicação dos dados*. Trata-se de entendimento polêmico por parte do Tribunal, que, inclusive, ensejou o reconhecimento de repercussão geral ao debate, registrado como Tema n. 977: “Aferição da licitude da prova produzida durante o inquérito policial relativa ao acesso, sem autorização judicial, a registros e informações contidos em aparelho de telefone celular, relacionados à conduta delitiva e hábeis a identificar o agente do crime.”¹⁸

O julgamento de mérito desse caso já foi iniciado pelo Tribunal Pleno com decisões já antagônicas. De um lado, o Ministro Relator Dias Toffoli, cujo voto prevaleceu na flexibilização da interpretação conferida ao art. 5º, inciso XII, com relação ao sigilo fiscal, manteve a mesma linha ao interpretar o dispositivo no âmbito penal: para ele, o acesso aos dados enquanto registros estáticos não estaria

¹⁷ “Ilicitude da prova produzida durante o inquérito policial – violação de registros telefônicos de corréu, executor do crime, sem autorização judicial. 2.1 Suposta ilegalidade decorrente do fato de os policiais, após a prisão em flagrante do corréu, terem realizado a análise dos últimos registros telefônicos dos dois aparelhos celulares apreendidos. Não ocorrência. 2.2 Não se confundem comunicação telefônica e registros telefônicos, que recebem, inclusive, proteção jurídica distinta. Não se pode interpretar a cláusula do artigo 5º, XII, da CF, no sentido de proteção aos dados enquanto registro, depósito registral. A proteção constitucional é da comunicação de dados e não dos dados. [...]” (BRASIL, STF, Habeas Corpus n. 91.867, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 24.4.2012)

¹⁸ BRASIL, STF, Repercussão Geral em Agravo em Recurso Extraordinário n. 1.042.075, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 23.11.2017.

protegido pela norma decorrente do dispositivo constitucional. Assim, propôs a seguinte tese: “É lícita a prova obtida pela autoridade policial, sem autorização judicial, mediante acesso a registro telefônico ou agenda de contatos de celular apreendido ato contínuo no local do crime atribuído ao acusado, não configurando esse acesso ofensa ao sigilo das comunicações, à intimidade ou à privacidade do indivíduo (CF, art. 5º, incisos X e XII).”

De outro lado, abriram divergência os Ministros Gilmar Mendes e Edson Fachin, que entenderam pela inconstitucionalidade do acesso a esses dados por violação ao sigilo prescrito constitucionalmente. A tese proposta por ambos foi a seguinte: “O acesso a registro telefônico, agenda de contatos e demais dados contidos em aparelhos celulares apreendidos no local do crime atribuído ao acusado depende de prévia decisão judicial que justifique, com base em elementos concretos, a necessidade e a adequação da medida e delimite a sua abrangência à luz dos direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e ao sigilo das comunicações e dados dos indivíduos (CF, art. 5º, X e XX).” O julgamento, atualmente, encontra-se suspenso por pedido de vista do Ministro Alexandre de Moraes, tendo sido incluído na pauta de julgamentos para o dia 15 de junho de 2022¹⁹.

Ainda nesse ponto, vale destacar que o Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência pela *ilicitude* dessa prova, com base na premissa de que estes registros estariam sim abrangidos pelo direito de privacidade dos cidadãos²⁰. As considerações anteriores demonstram a existência de uma tendência, a ser confirmada pela decisão que será tomada pelo Tribunal Pleno no julgamento do Tema n. 977, de mitigação da proteção implicada pelo art. 5º, inciso XII, da Constituição, nada obstante a ausência de qualquer modificação no texto constitucional que impusesse a revisão da interpretação já firmada pela própria Corte nos casos anteriores.

III. As consequências dessa discussão para a Transparência Fiscal Internacional

As considerações feitas até aqui têm grande relevância para o debate sobre a transparência fiscal internacional relativamente ao acesso aos dados dos contribuintes. Essa guinada relativa à definição do sigilo de uma garantia do mero acesso aos dados (confidencialidade de qualquer acesso não desejado por terceiros, inclusive o acesso pelo Estado) para uma garantia mais restrita, vinculada tão somente à proteção contra a publicização/comunicação desses dados (confiden-

¹⁹ BRASIL, STF, Recurso Extraordinário n. 1.042.075, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgamento em sessão virtual do Plenário entre os dias 30.10.2020 e 10.11.2020; incluído novamente em pauta para o dia 15.6.2022.

²⁰ BRASIL, STJ, Recurso Especial n. 1.782.386, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, j. 15.12.2020.

cialidade do acesso público, inoponível ao Estado) em verdade segue uma tendência já verificável internacionalmente no debate sobre o tema.

Os próprios documentos do Fórum Global de Transparência e Troca de Informações para Fins Fiscais demonstram essa distinção ao mencionar a necessidade de existência de mecanismos por parte das jurisdições que disponham de disposições adequadas para garantir a “confidencialidade” das informações recebidas, indicando, portanto, que não se compreende o acesso do poder público a essas informações como uma violação (já realizada) dessa confidencialidade²¹. Assim, o que a OCDE estabelece é a exigência de cuidados para o trato dessas informações, vinculados não apenas ao vazamento dessas informações pelas próprias autoridades públicas como também à exigência de adoção de medidas de segurança contra *hackers*²².

Verifica-se, portanto, que essa mudança no paradigma da interpretação do dispositivo constitucional relativo ao direito ao sigilo dos dados bancários acompanha essa nova definição do termo no âmbito do Direito Tributário Internacional, aproximando o Brasil dessa postura mais flexível para a viabilização desse acesso pela autoridade fiscal. É fundamental, contudo, apontar os problemas dessa nova interpretação diante do ordenamento jurídico brasileiro. Embora esse rebalanceamento dos direitos dos contribuintes *versus* o poder das administrações tributárias possa ser realizado em jurisdições nas quais a proteção à privacidade dos cidadãos foi conferida constitucionalmente apenas de modo principiológico, com uma área de discricionariedade mais ampla para a sua ponderação pelo legislador, não é esse o caso brasileiro²³. Diferente da maioria dos outros países ocidentais, e inclusive de maneira inovadora frente às suas próprias Constituições anteriores, o Brasil por meio da Constituição de 1988 estabeleceu de maneira direta como a ponderação entre o direito ao sigilo dos dados e o interesse fiscalizatório seria realizada: a superação desse direito à confidencialidade do dado somente seria superável por meio de uma decisão judicial.

Não há, aqui, portanto, nenhum direito absoluto, mas sim um direito determinado por meio de uma regra, com a indicação da conduta proibida (a quebra do sigilo) e da forma de superação desse direito (por meio de uma decisão judicial). Ainda que se reconheçam vozes discordantes na doutrina, com o entendi-

²¹ OCDE. Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, 2016-2020 *Terms of reference to monitor and review progress*, 2016, p. 12 (<https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/terms-of-reference.pdf>).

²² Nesse sentido, vide: BROWN, Patricia. Some recent questions regarding the balance between our taxes obligations to society ad individual rights. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; NETO, Luís Flávio; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Anais do VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: IBDT, 2020, p. 555-564 (559).

²³ Vide, sobre o tema: ROSENBLOOM, H. David. The foreign account tax compliance act and notice 2010-60. In: PISTONE, Pasquale *et al.* (ed.). *Human rights and taxation in Europe and the world*. Amsterdam: IBFD, 2011, p. 211-220.

mento de que a ofensa ao sigilo ocorreria apenas diante do abuso ou uso indevido das informações pela sociedade²⁴, reconhece-se aqui a exigência de que o conflito entre o legítimo interesse da administração (nacional ou estrangeira) e a proteção da privacidade seja sopesado pelo Poder Judiciário, terceiro neutro, desinteressado e habilitado para a verificação da existência de indícios que lastreiem o pedido das autoridades para o acesso por terceiros a esses dados cuja proteção foi constitucionalmente garantida²⁵.

Conclusões

Todo o exposto permite concluir que existe uma divergência com relação à definição a ser atribuída ao termo *sigilo de dados*. As mudanças recentes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal com relação à interpretação conferida ao art. 5º, inciso XII, da Constituição, refletem essa dicotomia: antes entendida como uma proteção ao acesso de terceiros aos dados do cidadão (oponível ao Estado), a proteção constitucional passa ter um sentido mais restrito, vinculado apenas ao acesso público aos dados do cidadão (portanto, inoponível ao Estado). Noutra dizer, a quebra de sigilo passa a ser entendida como “transferência” de sigilo, tendo em vista o entendimento de que o sigilo seguiria sendo preservado mesmo diante do seu acesso pela autoridade estatal.

Há que se perquirir sobre as consequências de se afastar da interpretação do texto constitucional o sentido preliminar e ordinário das palavras, criando obstáculos à compreensão pelos cidadãos dos direitos que lhe foram assegurados. Senão, vejamos: segundo o dicionário da língua portuguesa, o termo *sigilo* denota “o que permanece escondido da vista ou do conhecimento; segredo”²⁶. Assim, é bastante artificiosa a ideia de que a transferência de um segredo não *quebra* o seu sigilo, especialmente considerando que esse acesso se dá contra a vontade daquele que guarda o segredo. Nada obstante esse entendimento possa se aproximar das orientações sobre o tema propostas pela OCDE em matéria de Transparência Fiscal, inequivocadamente afasta-se da prescrição normativa e vinculante determinada pela Constituição como uma garantia individual.

²⁴ Nesse sentido, vide: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. O sigilo e a lei tributária: transparência, controle de legalidade, direito à prova e a transferência do sigilo bancário na LC 105. In: BARRETO, Aires Fernandino (org.). *Direito tributário contemporâneo: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 183-249.

²⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Matheus Calicchio. Da antítese do sigilo à simplicidade do sistema tributário: os desafios da transparência fiscal internacional. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de *et al.* (coord.). *Transparência fiscal e desenvolvimento: homenagem ao Professor Isaias Coelho*. São Paulo: Fiscosoft, 2013, p. 497-523 (514).

²⁶ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1.742.

Bibliografia

- ADAMY, Pedro. You have the right to remain silent! Exchange of information and self-incrimination: a Brazilian constitutional perspective. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; NETO, Luís Flávio; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Anais do VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: IBDT, 2020.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 20. ed. São Paulo: Malheiros/JusPodivm, 2021.
- BARBERIS, Mauro. *Filosofia del diritto – un'introduzione teorica*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2008.
- BARRETO, Paulo Ayres. *Planejamento tributário – limites normativos*. São Paulo: Noeses, 2016.
- BENTLEY, Duncan. *Taxpayers' rights: theory, origin and implementation*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007.
- BROWN, Patricia. Some recent questions regarding the balance between our taxes obligations to society and individual rights. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; NETO, Luís Flávio; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Anais do VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional*. São Paulo: IBDT, 2020.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- LEÃO, Martha. *O direito fundamental de economizar tributos*. São Paulo: Malheiros, 2018.
- LEÃO, Martha. A interpretação do art. 5º, inciso XII, da Constituição: proteção dos dados *versus* proteção da circulação dos dados. In: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; LEAL, Roger Stiefelmann (coord.). *A nova Constituição de 1988?* Santo André: Dia a Dia Forense, 2021.
- LEÃO, Martha. O Supremo Tribunal Federal e a (in)coerência interpretativa: o caso da quebra de sigilo bancário. *Revista Direito Tributário Atual* v. 42. São Paulo: IBDT, 2019.
- OCDE. Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, 2016-2020 *Terms of reference to monitor and review progress*, 2016 (<https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/terms-of-reference.pdf>).
- ROSENBLUM, H. David. The foreign account tax compliance act and notice 2010-60. In: PISTONE, Pasquale *et al.* (ed.). *Human rights and taxation in Europe and the world*. Amsterdam: IBFD, 2011.
- SANTI, Eurico Diniz de. O sigilo e a lei tributária: transparência, controle de legalidade, direito à prova e a transferência do sigilo bancário na LC 105. In: BARRETO, Aires Fernandino (org.). *Direito tributário contemporâneo: estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SCHÖN, Wolfgang. Grundrechtsschutz gegen den demokratischen Steuerstaat. In: BAER, Susanne *et al.* (ed.). *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2016.

SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Matheus Calicchio. Da antítese do sigilo à simplicidade do sistema tributário: os desafios da transparência fiscal internacional. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de *et al.* (coord.). *Transparência fiscal e desenvolvimento: homenagem ao Professor Isaias Coelho*. São Paulo: Fiscosoft, 2013.

Desafios do Nexso Tributário na Economia Digital e na Era do Metaverso

Marcus Lívio Gomes

Professor de Direito Tributário nos programas de Mestrado e Doutorado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. 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.

Doris Canen

LL.M. em Direito Tributário Internacional pela King's College de Londres (Bolsa Chevening). Graduada em Direito Tributário pela FGV-Rio Fundação Getúlio Vargas. Graduada e Mestre em Direito pela UCAM – Universidade Candido Mendes. Professora e Pesquisadora de Direito Tributário.

Giovanna Failache

Formada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2018). Mestre e Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2020). Cursando *LL.M.* em Direito Tributário pelo Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa.

Resumo

A tributação da economia digital tem sido um dos principais pontos debatidos em todo o mundo. Diversas são as alternativas e propostas de soluções apresentadas tanto pelos Estados, como por estudiosos, empresas e organismos internacionais sobre o tema, almejando-se o alcance de pressupostos analíticos capazes de padronizar e recuperar certa estabilidade à tributação dos negócios, que tanto sofreram mudanças, tornando-se extremamente mutáveis e dinâmicos ao longo do tempo, especialmente com o estopim da internet e dos meios digitais. Os elementos de conexão, anteriormente utilizados pelo direito tributário para “amarrar” os valores dos negócios à determinada tributação, dividindo-se em princípios de fonte e residência, revelam-se obsoletos e incapazes de alcançar as operações multifacetadas e ausentes de respaldos fixos da atualidade. Assim, urge a necessidade de criação de novas âncoras ao direito tributário internacional, capazes de estabelecer regras claras e precisas, apesar da mutabilidade desse novo sistema. Nesse contexto, analisa-se ainda como a pandemia do Covid-19 representou um ponto determinante para o desenvolvimento da economia digital e dos negócios digitais. Por fim, verificar-se-á o Metaverso, tema fonte de grandes incertezas tanto para o mercado e para a sociedade, como para os Estados e seu interesse em tributar.

Palavras-chave: economia digital, tributário internacional, metaverso, Covid-19, tecnologias.

Introdução

A proposta deste artigo é debater os conceitos de residência fiscal e de nexso tributário no contexto da economia digital, que pressupõe a preponderância dos

ambientes virtuais em detrimento dos locais físicos, revelando a necessidade de adaptação de conceitos como o de estabelecimento permanente e mesmo a concepção tradicional dicotômica dos chamados “elementos de conexão”.

1. Elementos de conexão no direito tributário internacional: do modelo dos negócios físicos aos digitais

Para entendermos o direito tributário internacional, é essencial a noção dos elementos de conexão. Isso porque, precisa-se entender como o direito tributário alcança determinadas pessoas e transações, o que só pode ser concebido diante da compreensão do nexo de causalidade que vincula as hipóteses fáticas à hipótese legal. Especialmente no contexto internacional, no qual a soberania entre os Estados pressupõe uma certa disputa de poderes e desencontro de interesses, é fundamental a existência de elementos capazes de definir, ou pelo menos nortear, as relações entre os indivíduos.

É nesse contexto que surgem os elementos de conexão que, conforme conceitua Alberto Xavier (2015, fls. 213/214), consistiriam:

“[...] nas relações ou ligações existentes entre as pessoas, os objetos e os fatos com os ordenamentos tributários, distinguindo-se em subjetivos, se se reportam às pessoas (como a nacionalidade ou a residência) ou objetivos, se se reportam às coisas e aos fatos (como a fonte de produção ou pagamento da renda, o lugar do exercício da atividade, o lugar da situação dos bens, o lugar do estabelecimento permanente, o lugar da celebração de um contrato)”.

Esses elementos de conexão são ficções criadas no âmbito do direito internacional a fim de ajudar na determinação da legitimidade e competência dos Estados para legislar e decidir sobre determinada situação. No contexto do direito tributário internacional, esses elementos são fundamentais para se evitar ou, pelo menos, se tentar evitar a dupla (ou múltipla) tributação de um único fato.

Pode-se dizer que os elementos de conexão territoriais¹ são divididos em dois grandes princípios: o da fonte e o da residência, sobre o tema, explica Alberto Xavier (2015, p. 216) “importa distinguir o *país onde se situa a empresa* ou o *receptor de um investimento* e onde se obtém a renda produzida pelos capitais – o *país da fonte* – e o país onde *reside o titular dos fundos* fornecidos e que auferem a renda dos capitais investidos no exterior – o país de residência” (destaques nossos).

O problema desses princípios é que ambos pressupõem uma presença física, exatamente por serem derivados da máxima da territorialidade, logo, é imprescindível que a localização seja de um local de origem dos valores, seja de um local

¹ É importante destacar que há ainda os elementos de conexão contidos no princípio da nacionalidade, baseado na cidadania do contribuinte. Entretanto, este não é o foco deste artigo, cujo propósito é analisar os elementos de conexão derivados do princípio da territorialidade, conforme veremos acima.

de destino para esses. Ocorre que no contexto da economia digital, mesmo no âmbito dos elementos de conexão de nacionalidade, têm-se encontrado dificuldade de se estabelecer de maneira clara onde está, de fato, localizado o contribuinte e/ou onde deve ser cobrado o tributo. Por exemplo, em reportagem recente do *The Guardian*², uma milionária indiana, pessoa física, teria alegado ser não residente para fins tributários e fiscais, evitando assim a tributação sobre sua fortuna.

Como se constata, até mesmo para pessoas físicas o conceito de residência ou mesmo sua associação a um local físico têm se tornado tarefas complexas. Agora, com a chegada da realidade virtual do Metaverso e com o desenvolvimento exponencial das tecnologias, esses desafios tendem a se agravar, especialmente se medidas de integralização, cooperação internacional entre os países e, principalmente, adaptação e dinamicidade não forem implementadas.

Em outras palavras, poder-se-ia argumentar que as características dos modelos de negócios altamente digitalizados podem levar a desalinhamentos entre o local em que os lucros são tributados e o local em que o valor é criado. Esse desalinhamento é, segundo o *Tax challenges arising from digitalisation – interim report 2018 da OCDE*³, o resultado da participação ativa dos usuários por meio de uma plataforma on-line e o valor que essa participação cria para o negócio (ou seja, valor gerado pelo usuário), que é uma característica nova e única observada em alguns modelos de negócios altamente digitalizados que não são capturados pela estrutura tributária internacional existente.

Sobre o tema, Marcus Lívio Gomes afirma que⁴:

“As duas primeiras décadas do século XXI têm evidenciado um sensível problema existente nos Tratados para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em relação aos Impostos sobre a Renda que seguem o modelo da OCDE (CM-OCDE). Isso se deve em grande parte ao fato de que o paradigma da CM-OCDE foi construído em momento anterior à revolução da economia digital, sendo que sua chegada trouxe relevantes questionamentos sobre a questão da alocação da Jurisdição, pondo em xeque o desenho ‘Fonte x Residência’ existente.”

Contextualizando a afirmação indicada acima, retoma-se os modelos adotados e apresentados pela ONU e pela OCDE, cujas propostas sempre se aproximam da estrutura de princípios, apresentando “modelos” a serem adotados pelos

² NEATE, Rupert. Rishi Sunak’s wife claims non-domicile status. *The Guardian*. 6 de abril de 2022. Disponível em: <https://amp-theguardian-com.cdn.ampproject.org/c/s/amp.theguardian.com/politics/2022/apr/06/rishi-sunaks-wife-claims-non-domicile-status>. Acesso em: 21 abr. 2022.

³ Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-digitalisation-interim-report-9789264293083-en.htm>.

⁴ GOMES, Marcus Lívio. Tratados internacionais, IRRF, Cide e incerteza nas remessas de valores ao exterior em remuneração de serviços técnicos e de assistência técnica. *RDIET* v. 15, n. 1. Brasília, jan.-jun. 2020, p. 143-173. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/11644/6969>. Acesso em: 21 abr. 2022.

países, a fim de combater a evasão fiscal e garantir melhores relações mercadológicas entre os Estados, conforme se extrai do próprio site das organizações:

“The *OECD Model Tax Convention*, a model for countries concluding bilateral tax conventions, plays a crucial role in removing tax related barriers to cross border trade and investment. It is the basis for negotiation and application of bilateral tax treaties between countries, designed to assist business while helping to prevent tax evasion and avoidance. The OECD Model also provides a means for settling on a uniform basis the most common problems that arise in the field of international double taxation.”⁵

“The prevention or elimination of double taxation is a significant aspect of the investment climate of countries, which is essential for investment flows, the exchange of goods and services, the movement of capital and persons, and the transfer of technology. Double tax treaty models are generally used by countries as a starting point when negotiating bilateral tax treaties. The United Nations Model Convention and the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) Model Tax Convention on Income and on Capital (the OECD Model Convention) are the two most widely used models. They are the source for most of the more than 3,000 tax treaties currently in force, thus providing a profound influence on international tax treaty practice.”⁶

Logo, verifica-se que as normas estabelecidas pela OCDE e pela ONU⁷ não ditam como um país deve ou não agir, até porque isso poderia representar uma violação ao princípio da Soberania⁸ dos Estados, mas faz sugestões de medidas e conceitos a serem adotados para que aquele Estado seja capaz de zelar pela sua arrecadação de impostos e por sua imagem e lisura no cenário internacional.

Cumpra mencionar também o Projeto BEPS (“Base Erosion and Profit Shifting”), da OCDE, cujas 15 ações trataram em grande parte das preocupações de combater a evasão e a elisão fiscal, visando melhorar a coerência das regras fiscais internacionais e garantir um ambiente fiscal mais transparente. Inclusive, a ação

⁵ OECD. *Model tax convention on income and on capital: condensed version 2017*. 2017 – B. About. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-201745419.htm>. Acesso em: 12 maio 2021.

⁶ UN – United Nations. *UN model convention*. Department of Economic and Social Affairs – Financing. 2017-B. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/financing/what-we-do/ECO-SOC/tax-committee/thematic-areas/UN-model-convention>. Acesso em: 12 maio 2021.

⁷ Para os fins deste artigo, não será considerada a origem do termo *Permanent Establishment*, que transcende seu nascimento junto à ONU e à OCDE, fazendo-se, assim, um recorte temporal que se optou por adotar neste artigo diante de suas inerentes limitações.

⁸ “O princípio da soberania permite cada país determinar, na sua legislação interna, os requisitos para que um estabelecimento seja caracterizado como um EP” (BEZ-BATTI, Gabriel. O conceito de estabelecimento permanente no direito brasileiro e os novos paradigmas trazidos pela Ação 7 do Projeto BEPS OCDE/G20. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 4. São Paulo: IBDT, 2018, p. 81-101. Disponível em: <https://www.ibdt.org.br/RDTIA/wp-content/uploads/2018/12/gabriel-bez-batti.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021).

1 do Projeto tratou exatamente da digitalização da economia, sendo certo que a questão da tributação direta na economia digital foi a única ação até hoje não concluída.

Sobre a tributação da economia digital, Pascal Saint-Amans, diretor da OCDE e Líder do Projeto BEPS, declarou que essa não poderia ser tratada de forma separada ou diferente das demais atividades eis que, como amplamente exposto, a digitalização faz parte do mundo moderno tendo atividades digitais diversas em empresas dos mais diversos setores da mídia à agricultura⁹. Não obstante, ele ressalta que alguns aspectos específicos, como a facilidade na mobilidade e as maiores possibilidades de estruturação do negócio facilitam planejamentos fiscais abusivos no mundo altamente digitalizado.

Ato contínuo, tem-se que a nova era digital gera uma problemática para a tributação internacional, uma vez que as novas empresas de tecnologia muitas vezes não precisam estar fisicamente estabelecidas em um país para fazerem negócios. Ora, atualmente é plenamente possível que uma empresa aufera renda em vários países sem ter escritório de apoio nesses locais.

Inclusive, a preocupação com a caracterização de uma presença tributável a partir de novos elementos de conexão entre os países pode ser vista na nova proposta da Diretiva da União Europeia relativa à tributação de bens digitais, em que surge a figura do estabelecimento permanente presumido, entendido como aquele com uma presença digital relevante.

Assim, para caracterizar uma presença tributável seria necessária a criação de novos elementos de conexão, o que tem estado em pauta nos últimos tempos. Dentre as opções apresentadas, foram selecionadas e dispostas abaixo algumas que têm ganhado destaque no debate internacional, conforme o já mencionado *Interim report* da OCDE¹⁰:

- *Participação do usuário*: tem foco no valor criado por empresas altamente digitalizadas por meio do desenvolvimento de uma base de usuários ativa e engajada e da solicitação de dados e contribuições de conteúdo. A proposta baseia-se na ideia de que a participação ativa dos usuários é um componente crítico da criação de valor para determinados negócios altamente digitalizados como plataformas de mídia social; sites de busca e marketplaces.
- *Intangíveis de marketing*: um grupo pode “alcançar” uma jurisdição, remotamente ou por meio de presença local limitada para desenvolver usuários/bases de clientes e outros intangíveis de marketing. Assim, ocorre um elo funcional intrínseco entre intangíveis de marketing e a jurisdição do

⁹ Menção no Congresso do Rio de Janeiro IFA 2017.

¹⁰ Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-digitalisation-interim-report-9789264293083-en.htm>.

- mercado. Levando este link em conta, a proposta modificaria regras de preços de transferência e de tratados atuais para exigir que intangíveis e riscos de marketing associados a tais intangíveis sejam alocados “a jurisdição do mercado. A proposta considera que tal jurisdição teria o direito de tributar alguns ou todos os rendimentos associados a tais intangíveis e seus riscos associados, enquanto todas as outras receitas seriam alocadas entre os membros do grupo com base nos princípios de preços de transferência.
- *Presença econômica significativa*¹¹: presença tributável em uma jurisdição surgiria quando uma empresa não residente tivesse uma presença econômica com base em fatores que evidenciam interação com a referida jurisdição via tecnologia digital e outros meios automatizados. Receita gerada desta forma é o fator básico, mas a receita não seria suficiente isoladamente para estabelecer nexos. Somente quando combinada com outros fatores (como a existência de uma base de usuários, o volume de conteúdo digital derivado da jurisdição e marketing, por exemplo) seria potencialmente usado para estabelecer um nexo para as receitas como uma presença econômica significativa no país em questão. A tributação poderia se dar na fonte ou através de uma fórmula.

Vale destacar, ainda, que o Pilar 1 da OCDE, que propõe a expansão do nexo tributário para os países “de mercado” com atividades remotas constantes (local onde estão os usuários dos serviços digitais e consumidores de produtos digitalmente vendidos), aplicável às atividades econômicas de interação com o consumidor (Consumer Facing Businesses, “CFB”) e aos serviços digitais automatizados (Automated Digital Services, “ADS”), com uma fórmula de alocação, não enfrenta a questão da dificuldade anterior, trazida no presente artigo, que é a efetiva localização do serviço ou bem digital e de seu usuário para que seja alocado o direito à tributação.

A mesma dificuldade pode ser apontada no Pilar 2 da OCDE, que lida com grupos multinacionais, e traz uma proposta de (*global anti-base erosion rules*, “GLOBE rules”) regra de inclusão de renda (*income inclusion rule*, “IIR”) e regra de pagamentos subtributados (*undertaxed payments rule*, “UTPR”).

Logo, conceitos como “lugar fixo” de negócios e “unidade econômica” tendem a perder espaço no cenário mundial; o que não significa que as empresas

¹¹ Sobre esse último ponto, o autor Erik Guedes, em seu artigo *Tax challenges of the digital economy: an evaluation of the new OECD nexus rule based on revenue thresholds*, de 2022, analisou os aspectos dessa eventual nova regra de nexo baseada nos valores das receitas de arrecadação das empresas em um determinado país, avaliando se tal seria uma forma satisfatória de lidar com os compromissos que as multinacionais têm com jurisdições de mercado, na ausência de um nível qualificado de presença física. Sua conclusão foi a de que, apesar de alguns pontos de atenção, essa regra seria um instrumento confiável para avaliar se haveria um compromisso substancial de uma determinada empresa em um determinado país.

estão deixando de expandir seus negócios a outros países, mas que estão alterando a forma como suas atividades são desempenhadas, a fim de explorar as possibilidades que principalmente a internet e os meios digitais têm fornecido.

2. Os novos modelos de negócios no contexto digital

Ato contínuo, tem-se que a digitalização está envolvida em praticamente todos os novos negócios e está sendo extremamente positiva do ponto de vista das comunicações e do consumidor. Isso porque, a digitalização resulta em mudanças nos produtos e nas formas de fazer negócios das empresas tradicionais, além de permitir a criação de novas empresas e novos modelos de negócios com conteúdo e formatos até então não pensados nem possíveis. Como explica Felipe Dias: “a intangibilidade de grande parte da economia conhecida como digital é fator que viabiliza a escalabilidade dessas empresas, o que resulta em maior volume de negócios. Essa mesma intangibilidade também torna prescindível a presença física dessas entidades nos países.”¹²

Inclusive, essa reformulação do cenário internacional tem alterado a importância até então alocada para a exploração do mercado para fins de conceituação de presença tributável em um determinado país. Nota-se que, como mencionado no item anterior, alguns países passaram a buscar técnicas capazes de atrair a tributação que não era ainda capturada de mercados consumidores muito expressivos.

Como exemplo das alterações sofridas pelas dinâmicas negociais diante da ascensão da internet e dos meios digitais, pode ser verificado o crescimento exponencial de empresas que oferecem salas on-line para reuniões, especialmente depois da pandemia do Covid-19 e do necessário e respectivo isolamento social, como o aplicativo Zoom, que passou de 10 milhões de pessoas participando diariamente de reuniões pela ferramenta, em dezembro de 2019, para 300 milhões em abril de 2020¹³.

Outrossim, com a persistência da pandemia, situações que até então eram consideradas “emergenciais” ou “provisórias” passaram a fazer parte do “novo normal” e incorporadas às políticas das empresas mesmo no cenário pós-pandêmico que se passa a viver. Acredita-se que tal mudança no cenário se deu pela desmistificação das organizações e estruturas até então tidas como “essenciais”

¹² 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* v. 7. São Paulo: IBDT, 1º semestre de 2020, p. 141-160.

¹³ KNEBEL, Patrícia. Zoom vai abrir primeiro escritório no Brasil. Mercado Digital. *Jornal do Comércio*. Publicado em 3.5.2021. Disponível em: https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/colunas/mercado_digital/2021/04/790395-zoom-vai-abrir-primeiro-escritorio-no-brasil.html#:~:text=O%20Zoom%20Video%20Communications%2C%20que,em%20modelo%20de%20home%20office. Acesso em: 17 maio 2021.

para as empresas, como a existência de uma sede fixa e compatível com o volume de atividades desempenhadas ali.

Porém, o bom funcionamento da tecnologia e dos meios digitais, concebidas preliminarmente como “alternativas” ao modo “tradicional” de se desenvolver os negócios, fez com que tais práticas fossem internalizadas nas políticas das empresas e substituíssem as formalidades adotadas até então, como a presença física nos locais. Isso porque a adoção dos meios digitais tornou as relações e as operações muito mais ágeis, práticas e menos onerosas, especialmente ao se considerar questões como deslocamento e tempo.

Nesse sentido, Richard Collier e outros estudiosos de Oxford dispõem que a experiência gerada pela crise do Covid-19 guiou certas mudanças no âmbito dos negócios, especialmente diante da adoção de novas práticas de mercado e do desenvolvimento de novos sistemas de comunicação, que surgiram durante a crise, como as videoconferências, alterando o futuro expressivamente e potencialmente de maneira definitiva.

Inclusive, em janeiro de 2021, a OCDE lançou um guia atualizado sobre o impacto da pandemia do Covid-19 sobre os Tratados Internacionais Tributários¹⁴ com a intenção de garantir maior segurança aos contribuintes durante o período de pandemia, o qual possivelmente guiará os próximos passos em relação à interpretação do “local de sede” das empresas e de desenvolvimento de suas atividades, considerando o trabalho remoto e os novos modelos negociais, que muitas vezes não envolvem um local fixo:

“As explained below, the exceptional and temporary change of the location where employees exercise their employment because of the Covid-19 pandemic, such as working from home, should not create new PEs for the employer. Similarly, the temporary conclusion of contracts in the home of employees or agents because of the Covid-19 pandemic should not create PEs for the businesses. Finally, a construction site PE would not be regarded as ceasing to exist when work is temporarily interrupted. But jurisdictions may consider ‘stopping the clock’ for determining whether the PE threshold has been satisfied during certain periods where operations are suspended as a public health measure to prevent the spread of the Covid-19 virus.”¹⁵

Uma das principais preocupações e temas debatidos durante a pandemia foi a concepção de “Estabelecimento Permanente”, cujo conceito, mesmo antes do

¹⁴ OECD. Updated guidance on tax treaties and the impact of the Covid-19 pandemic. January 21, 2021. Tracking coronavirus (Covid-19) contributing to a global effort. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=1060_1060114-o54bvc1ga2&title= Updated-guidance-on-tax-treaties-and-the-impact-of-the- COVID-19-pandemic](https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=1060_1060114-o54bvc1ga2&title=Updated-guidance-on-tax-treaties-and-the-impact-of-the-COVID-19-pandemic). Acesso em: 15 abr. 2021.

¹⁵ OECD. Updated guidance on tax treaties and the impact of the Covid-19 pandemic. January 21, 2021. Tracking coronavirus (Covid-19) contributing to a global effort. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=1060_1060114-o54bvc1ga2&title=Updated-guidance-on-tax-treaties-and-the-impact-of-the-COVID-19-pandemic. Acesso em: 15 abr. 2021.

Covid-19, já possuía uma difícil definição, o que se deve principalmente à pretensão de máximo alcance que o termo possui desde sua constituição, afinal, ele funcionaria como uma “permissão” ao Estado para tributar determinado rendimento ou empresa. Explica-se:

“Pode-se dizer que o conceito de estabelecimento permanente funcionava como o estopim tributário para os países, um molde que quando encaixado sobre as empresas fazia com que a carga tributária daquele país sobre elas fosse cabida. Ocorre que com a crescente digitalização dos negócios ressaltada pela pandemia e as consequentes medidas implementadas, especialmente em relação ao distanciamento social, a forma como as empresas passaram a desenvolver suas atividades muitas vezes escapou a esse molde tradicional. Assim, diante do transbordar do molde conceitual do estabelecimento permanente, a adaptação deste conceito tornou-se necessária, não apenas para assegurar a tributação das empresas pelos países em que atuam, como para sustentar a aplicabilidade e dinamicidade dos Tratados assinados entre as Nações sobre as questões tributárias, afinal, esses se baseiam em conceitos pontuais, como o de PE, para construir um sistema tributário internacional ‘único’.”¹⁶

Não se estendendo sobre o tema, considerando os limites estruturais de um artigo científico, o que deve ser reconhecido e ora destacado é o importante papel que a pandemia teve de retirar o véu que “escondia”, inclusive das próprias empresas, a desnecessidade de um lugar fixo para uma grande parte dos negócios.

Ato contínuo, ao se tratar de negócios altamente digitalizados, algumas características comuns devem ser destacadas, conforme abaixo¹⁷:

- a) *Produção transnacional*: a digitalização possibilitou que as empresas colocassem os diversos estágios de seus processos de produção em diferentes países e fornecessem acesso a muitos clientes em todo o mundo. Empresas altamente digitalizadas podem estar fortemente envolvidas na vida econômica de um país sem qualquer presença física significativa e alcançar uma escala local operacional sem presença local.
- b) *Complementaridade*: usuário obtêm mais utilidade do consumo de dois ou mais produtos complementares (por exemplo, laptop complementado por programas de software).
- c) *Dependência de ativos intangíveis*: investem cada vez mais em intangíveis, especialmente ativos de PI. Foi observado que o uso intenso de ativos de PI (por exemplo, software, sites e algoritmos) é central para os modelos de negócios de tais empresas.

¹⁶ CANEN, Doris; SILVA, Giovanna Nony Failache da. *Estabelecimento permanente e os desafios decorrentes da pandemia do Covid-19*. 2021. Submetido à publicação.

¹⁷ *Interim report* da OCDE. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-digitalisation-interim-report-9789264293083-en.htm>.

- d) *Dados, participação do usuário e sinergia com PI*: os modelos de negócios de empresas altamente digitalizadas incluem dados, participação do usuário, efeitos de rede e fornecimento de conteúdo gerado pelo usuário. Os benefícios da análise de dados também podem aumentar com a quantidade de informações coletadas vinculadas a um usuário ou cliente específico.
- e) *Cadeias de valor*: teoria da empresa que modela uma tecnologia de amplo alcance em que o valor é criado pela conversão de insumos em produtos por meio de atividades sequenciais discretas, mas relacionadas.
- f) *Redes de valor*: estrutura mais natural para muitas empresas altamente digitalizadas, contando com uma tecnologia de mediação que é usada por operadores de plataforma para vincular clientes interessados em participar de uma transação ou relacionamento.
- g) *Lojas de valor*: operam em mercados unilaterais onde as interações ocorrem com um tipo específico de usuário ou cliente, e que se caracterizam pelo uso de uma tecnologia intensiva aplicada para resolver uma demanda ou problema específico do cliente.

A própria legislação brasileira, referente às empresas, foi modernizada para permitir a realização de reuniões e assembleias de forma virtual (exemplo: Lei n. 14.309/2022, que permite a realização de reuniões e deliberações virtuais pelas organizações da sociedade civil, assim como pelos condomínios edilícios, e para possibilitar a sessão permanente das assembleias condominiais; Lei n. 14.030/2020, que alterou o Código Civil e a lei das S/A para permitir que o sócio ou acionista poderá participar e votar a distância em reunião ou em assembleia, nos termos do regulamento do órgão competente do Poder Executivo federal.

Deve-se compreender, entretanto, que os desafios não são exclusivos da Economia Digital, mas referem-se à transformação digital contínua da economia e, de forma geral, às tendências associadas à globalização, que apresentam desafios continuamente para a eficácia do quadro tributário internacional que é constantemente requerido em questões de adaptabilidade e dinamicidade.

3. O novo desafio: a tributação do Metaverso

Muito tem se falado sobre o Metaverso, mas o tema ainda é fonte de grandes incertezas tanto para o mercado e para a sociedade, como para os Estados e seu interesse em tributar. Ora, sabe-se que o Metaverso já movimenta bilhões de dólares no mundo todo, de acordo com reportagem da Infomoney¹⁸, a Bloomberg Intelligence teria estimado que esse mercado deve alcançar o valor de US\$ 800

¹⁸ INFOMONEY. Metaverso: tudo sobre o mundo virtual que está chamando a atenção dos investidores. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/metaverso/#:~:text=O%20mercado%20bilion%C3%A1rio%20do%20metaverso,nessa%20nova%20camada%20de%20realidade>. Acesso em: 25 abr. 2022.

bilhões (R\$ 4,5 trilhões) em 2024, principalmente com base nos jogos desenvolvidos no Metaverso e por eventos realizados nessa nova camada de realidade.

A tendência é que se tenha a duplicação dos negócios no âmbito do Metaverso, mas também há a possibilidade de migração de determinadas empresas e atividades para o ambiente virtual, o que ocasionaria a existência exclusiva de negócios e empresas nessa realidade. Essa última possibilidade revela a urgência na instituição de novas regras e nexos tributários, afinal, o território do Metaverso não se esgota em um determinado Estado, nem está sob o controle de um número determinável de empresas ou sistemas de controle¹⁹.

No âmbito do Metaverso, a ideia é que existam avatares e que esses representem as pessoas nessa nova realidade, podendo acumular bens, prestar serviços e desenvolver atividades; ou seja, o objetivo é a criação de um universo digital paralelo, do qual os indivíduos possam de fato fazer parte. O fundador e presidente do Facebook Inc., Mark Zuckerberg, ao anunciar em outubro de 2021 que a companhia passaria a se chamar “Meta”, detalhou suas intenções para esse mundo virtual: “no metaverso, você será capaz de fazer quase tudo que você possa imaginar – reunir-se com amigos e família, trabalhar, aprender, brincar, fazer compras, criar – bem como ter experiências completamente novas que realmente não se encaixam em como pensamos sobre computadores ou telefones hoje”²⁰.

Assim, o Metaverso pode ser considerado um marketplace no qual pessoas físicas e jurídicas se juntam para socializar, adquirir bens, obter entretenimento e prestar serviços. Vale destacar que, não obstante as transações ocorram no mundo virtual, as mesmas geram receita no mundo real seja para pessoas físicas ou jurídicas. Assim, dentre tantos desafios, voltamos para o principal que é o tópico do presente artigo – em qual país teria ocorrido a transação?

Podemos imaginar que as autoridades fiscais tentem tributar as referidas transações impondo responsabilidade fiscal à pessoa jurídica ou pessoa física do mundo real com uma conexão próxima e significativa com a transação do Metaverso, seja pela gestão sobre as transações realizadas pelo vendedor do Metaverso ou pelo benefício com as mesmas. Entretanto, considerando uma multinacional – qual país será considerado o competente para tributar as transações?

E negócios menores? O Metaverso, por enquanto ainda “terra de ninguém”, não tem uma autoridade responsável que possa responder a ofícios ou questionamentos das autoridades fiscais internacionais. Também não é possível, no mo-

¹⁹ Por óbvio que este artigo não abordará os aspectos técnicos do Metaverso, mas tão somente proporrá questionamentos, sob a ótica do nexo tributário, em relação à tributação dessa nova realidade virtual. Assim, não está englobada no escopo deste artigo a análise das redes que controlaram e controlarão o desenvolvimento dessa realidade.

²⁰ De acordo com a reportagem INFOMONEY. Metaverso: tudo sobre o mundo virtual que está chamando a atenção dos investidores. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/metaverso/#:~:text=O%20mercado%20bilion%C3%A1rio%20do%20metaverso,nessa%20nova%20camada%20de%20realidade>. Acesso em: 25 abr. 2022.

mento, precisar a jurisdição cabível no Metaverso, embora, claro, as autoridades fiscais tenham métodos para rastrear as atividades de seus cidadãos e suas transações financeiras além de contar com a cooperação internacional e várias estão regulamentando o uso das criptomoedas.

Assim, inquestionável o potencial revolucionário dessa nova realidade virtual, que não apenas poderá alterar a vida das pessoas de uma maneira geral, como mudar completamente o sistema tributário como o conhecemos. Exemplo da crescente mudança que afeta o sistema tributário está nas palavras de Luís Eduardo Schoueri, que exemplifica a crescente “servicificação” das mercadorias “a natureza complexa das transações realizadas nesta seara, por vezes envolvendo não apenas a venda de mercadoria, mas sucessivas prestações de serviços, a exemplo dos serviços de chamada de emergência inteligente e da comercialização de roupas inteligentes”²¹. A complexidade cresce ainda mais no Metaverso.

Assim, o principal questionamento que ora se propõe, com base nas exposições feitas anteriormente sobre os nexos tributários, refere-se à âncora que seria capaz de puxar as operações do Metaverso para a tributação local. Afinal, conforme analisado nos capítulos passados, até mesmo o local de residência das pessoas físicas tem sofrido alterações, tornando-se um conceito cada vez mais complexo.

Diante da crise da territorialidade como norte dos elementos de conexão tributários diante do cenário digital, não questionar precipuamente a competência tributária dos Estados em tributar um universo construído aquém desses parece, no mínimo, ingênuo. Confiar na localização física dos indivíduos para garantir a tributação dos valores envolvidos em operações com criptoativos requer um desenvolvimento tecnológico dos Estados, para que consigam rastrear as infinitas trocas de informações e superar os inúmeros firewalls envolvidos nesses negócios digitais.

Verifica-se a urgência da criação de regras internacionais, capazes de alcançar em nível global tais operações, pois se acredita que só assim será possível vencer a complexidade territorial que envolve toda a economia digital.

Ato contínuo, adentrando-se nas operações de fato ocorridas no Metaverso; o ponto que tem ganhado bastante destaque da mídia e levantado diversos questionamentos refere-se à compra e venda de bens, ou melhor, de ativos digitais. De acordo com reportagem da *Istoé Dinheiro*²², a empresa brasileira Inspire IP, que oferece registro de direitos autorais em Ethereum Blockchain, teria comprado

²¹ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Internet das coisas à luz do ICMS e do ISS: entre mercadoria, prestação de serviço de comunicação e serviço de valor adicionado. In: FARIA, Renato Vilela; SILVEIRA, Ricardo Maitto da; MONTEIRO, Alexandre Luiz M. do R. *Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiências e novas perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 245-268.

²² FERNANDES, Aryel. Empresa brasileira compra terreno em metaverso por R\$ 80 mil. *ISTOÉ DINHEIRO*. 14.1.2022. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/empresa-brasileira-compra-terreno-no-the-sandbox-por-r-80-mil/>. Acesso em: 25 abr. 2022.

um terreno no Metaverso, com criptomoedas, por um valor aproximado de 80 mil reais.

Essas propriedades virtuais são negociadas por meio dos NFTs (tokens não fungíveis), que seriam ativos digitais únicos, insubstituíveis e irreplicáveis, validados por certificados digitais de propriedade, o que assegura a exclusividade ao seu dono. De acordo com pesquisa realizada por *The Block*²³, que monitora o desempenho do mercado de NFTs global, só esse ano (até abril de 2022) já foram registrados valores superiores a 40 bilhões em volume de negociações. O problema principal, ao nosso ver, é, antes de saber a tributação aplicável, entender a jurisdição competente e o nexo para tributação.

Embora esses ativos ainda não encontrem respaldo na legislação brasileira, desde 2019 há a exigência da prestação de informações relativas a operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, conforme determina a Instrução Normativa n. 1.888/2019 que, entretanto, não classifica criptomoedas. Ademais, as autoridades fiscais também se manifestaram via Solução de Consulta Cosit n. 214/2021 acerca da incidência de imposto sobre a renda em operações de alienação de criptomoedas; revelando, outrossim, que esse mercado está sob o radar do fisco nacional.

Outrossim, em Resposta à Consulta Tributária n. 22.841/2020, a Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo manifestou-se sobre a não incidência do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação (“ICMS”) em relação aos NFTs. Sob o argumento de que esses seriam espécies de criptoativos, a Secretaria da Fazenda de São Paulo entendeu que eles não possuem natureza de mercadoria, sendo as operações envolvendo tais espécies classificadas como operações financeiras, afastando-se, portanto, a incidência do ICMS.

Logo, o que se constata é que até o momento houve a adaptação dos tributos já existentes a essas novas hipóteses de incidência, caracterizando-se tais operações de acordo com naturezas já conhecidas, como alienação, auferimento de receitas, mercadorias etc. Entretanto, ainda se está diante de um cenário de extrema incerteza tributária, especialmente em relação a essa classificação da natureza das operações envolvendo criptoativos no âmbito do Metaverso.

Ademais, o Projeto de Lei n. 4.401/2021, que dispõe sobre a prestadora de serviços de ativos virtuais e disciplina, de forma ampla, os “ativos virtuais”, está na Câmara dos Deputados para análise.

Assim, resta aguardar as “cenas dos próximos capítulos” acerca dos novos debates.

²³ CRYPTOART, DAPPDAR, THE BLOCK. NFT marketplace monthly volume. *The Block*. Atualizado em 25 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.theblockcrypto.com/data/nft-non-fungible-tokens/marketplaces/nft-marketplace-monthly-volume>. Acesso em: 25 abr. 2022.

Considerações finais

É inquestionável que o espaço virtual traz incontáveis desafios que geram questionamentos globais e não locais.

O artigo pretendeu apresentar brevemente as incontáveis mudanças que o nexo para fins de incidência da tributação vem sofrendo e a crescente dificuldade em estabelecer a jurisdição competente para realizar tal tributação que é objeto de debates e sem solução até o presente momento.

A tributação da renda, a ascensão dos bens intangíveis e a necessidade de modernização do sistema tributário são evidenciadas agora pelo Metaverso e, na mesma proporção do desenvolvimento tecnológico, o mundo atual apresenta incontáveis incertezas, como as já expostas.

Assim, são essenciais a crescente adaptação dos sistemas fiscais, a compreensão das novas tecnologias e os conceitos e crescente cooperação internacional.

Referências bibliográficas

- ANDRADE, Nicolas. O Zoom teve um impacto forte na economia brasileira durante a pandemia, e nosso compromisso com o Brasil será ainda maior após a Covid-19. Por isso tomamos a decisão de, assim que a situação sanitária permitir, inaugurar nosso primeiro escritório no país. *Comentários*. 13.5.2021. LinkedIn: nicolasrobinsonandrade. Disponível em: https://www.linkedin.com/posts/nicolasrobinsonandrade_o-zoom-teve-um-impacto-forte-na-economia-activity-6798608598076309506-IU_u. Acesso em: 17 maio 2021.
- BEZ-BATTI, Gabriel. O conceito de estabelecimento permanente no direito brasileiro e os novos paradigmas trazidos pela Ação 7 do Projeto BEPS OCDE/G20. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 4. São Paulo: IBDT, 2018. Disponível em: <https://www.ibdt.org.br/RDTIA/wp-content/uploads/2018/12/gabriel-bez-batti.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021.
- CALIENDO, Paulo. *Estabelecimentos permanentes em direito tributário internacional*. São Paulo: RT, 2005.
- CANEN, Doris; SILVA, Giovanna Nony Failache da. *Estabelecimento permanente e os desafios decorrentes da pandemia do Covid-19*. 2021. Submetido à publicação.
- CANEN, Doris. Permanent establishments: the latest trends from the Brazilian tax authorities – a case law update. *70 Bull. Intl. Tax* n. 10 (2016), Bulletin for International Taxation IBFD. Acesso em: 20 set. 2016.
- COLLIER, Richard; PIRLOT, Alice; VELLA, John. Tax policy and the Covid-19 crisis. *Intertax* v. 48, n. 8, 2020.
- CRYPTOART, DAPPRADAR, THE BLOCK. NFT marketplace monthly volume. *The Block*. Atualizado em 25 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.theblockcrypto.com/data/nft-non-fungible-tokens/marketplaces/nft-marketplace-monthly-volume>. Acesso em: 25 abr. 2022.
- 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* v. 7. São Paulo: IBDT, 1º semestre de 2020.
- EUROPEAN COMMISSION. *Proposal for a Council Directive laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence* {SWD(2018) 81 final} – {SWD(2018) 82 final}. Brussels, 21.3.2018 COM(2018) 147 final 2018/0072 (CNS). Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/e_proposal_significant_digital_presence_21032018_en.pdf. Acesso em: 30 maio 2021.
- FERNANDES, Aryel. Empresa brasileira compra terreno em metaverso por R\$ 80 mil. *ISTOÉ DINHEIRO*. 14.1.2022. Disponível em: <https://www.istoedinheiro.com.br/empresa-brasileira-compra-terreno-no-the-sandbox-por-r-80-mil/>. Acesso em: 25 abr. 2022.
- FOZ, Renata; CANEN, Doris. O conceito de estabelecimento permanente e presença digital relevante: websites como sujeitos passivos. In: CANEN, Doris. *Desafios na tributação das novas tecnologias: debates atuais*. Belo Horizonte: Dialética, 2021.
- GOMES, Marcus Lívio; CANEN, Doris; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. Global tax governance: external limitations to the taxing (and non-taxing) power in the post-Modern period. Governança tributária global limitações externas ao poder de tributar (e de não tributar) na pós-Modernidade. Arraes Editores, 2016. *Literature Review. Intertax* v. 49, Issue 3. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2021.
- GOMES, Marcus Lívio. Tratados internacionais, IRRF, Cide e incerteza nas remessas de valores ao exterior em remuneração de serviços técnicos e de assistência técnica. *RDIET* v. 15, n. 1. Brasília, jan.-jun. 2020. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/RDIET/article/view/11644/6969>. Acesso em: 21 abr. 2022.
- GUEDES, Erik. Tax challenges of the digital economy: an evaluation of the new OECD nexus rule based on revenue thresholds. *76 Bull. Intl. Tax n. 4* (2022), Journal Articles & Opinion Pieces IBFD.
- INFOMONEY. Metaverso: tudo sobre o mundo virtual que está chamando a atenção dos investidores. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/metaverso/#:~:text=O%20mercado%20bilion%C3%A1rio%20do%20metaverso,-nessa%20nova%20camada%20de%20realidade>. Acesso em: 25 abr. 2022. *Literature Review. Intertax* v. 49, Issue 3. The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2021.
- KNEBEL, Patrícia. Zoom vai abrir primeiro escritório no Brasil. *Mercado Digital. Jornal do Comércio*. Publicado em 3.5.2021. Disponível em: https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/colunas/mercado_digital/2021/04/790395-zoom-vai-abrir-primeiro-escritorio-no-brasil.html#:~:text=O%20Zoom%20Video%20Communications%2C%20que,em%20modelo%20de%20home%20office. Acesso em: 17 maio 2021.

- OECD. Model tax convention on income and on capital: condensed version 2017. 2017 – B. About. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419.htm>. Acesso em: 12 maio 2021.
- OECD. Model tax convention on income and on capital 2017. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en#page26. Acesso em: 11 abr. 2021.
- OECD (2015). Preventing the artificial avoidance of permanent establishment status, Action 7 – 2015 Final Report. *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD Publishing. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241220-en>.
- OECD. Updated guidance on tax treaties and the impact of the Covid-19 pandemic. January 21, 2021. Trackling coronavirus (Covid-19) contributing to a global effort. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/view/?ref=1060_1060114-o54bvc1ga2&title=Updated-guidance-on-tax-treaties-and-the-impact-of-the-COVID-19-pandemic. Acesso em: 15 abr. 2021.
- PRZEPIORKA, Michell. Estabelecimento permanente à brasileira: Brazilian permanent establishment. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 2. São Paulo: IBDT, 2017, e-ISSN 2595-7155. Disponível em: <https://www.ibdt.org.br/RDTIA/wp-content/uploads/2017/12/Michell.pdf>. Acesso em: 7 maio 2021.
- ROCHA, Sergio André. Estabelecimento permanente pessoal “à brasileira”: tributação de lucros auferidos através de comissários, mandatários e representantes. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 213. São Paulo: Dialética, 2016.
- SCHWARZ, Jonathan. Hidden or accidental permanent establishments and penalties. *Kluwer Tax Blog* (24 jan. 2016). Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2016/01/24/hiddenor-accidental-permanent-establishments-and-penalties>.
- STORCK, Alfred; ZEILER, Alexander. Beyond the OECD update 2014: changes to the concepts of permanent establishments in the light of the BEPS discussion. In: LANG, Michael (coord.). *The OECD-Model-Convention and its update 2014*. Viena: Linde, 2015.
- UN – United Nations. *UN Model Convention*. Department of Economic and Social Affairs – Financing. 2017-B. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/financing/what-we-do/ECOSOC/tax-committee/thematic-areas/UN-model-convention>. Acesso em: 12 maio 2021.
- UN – United Nations. *UN Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries 2017*. Department of Economic & Social Affairs. New York, 2017. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2020-03/UN%20Model_2017.pdf. Acesso em: 13 maio 2021.
- WALDMAN, Ricardo Libel. A teoria dos princípios de Ronald Dworkin. *Direito e Democracia*, 2001. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Beta>

nia_Alfonsin/publication/43236353_O_Estatuto_da_cidade_e_a_construcao_de_cidades_sustentaveis_justas_e_democraticas/links/5554aff108ae-980ca60acf15.pdf#page=173. Acesso em: 12 maio 2021.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

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

PROGRAMA – 27 de abril de 2022 (Quarta-feira)
PROGRAM – April 27th, 2022 (Wednesday)

Report: "Pillar Two": Practical Challenges for Emerging Countries

Bruno Cesar Fettermann Nogueira dos Santos

1. Initial remarks

This panel was divided in three sections in which all panelists participate for 3 or 5 minutes each answering questions proposed by the mediator. So, after initial greetings by the Chairwoman, the floor was given to Prof. Kinga Romanovska.

2. Section 1: Pillar 2 objectives, ETR determination and carve-out

Prof. Kinga gave the audience an overview of Pillar 2 Proposals. First, she addressed possible rationale for Pillar 2 and its relationship with BEPS Action Plans – especially Action Plan 5. She mentioned how OECD seem to be worried with the race to the bottom phenomenon and the basic mechanism engendered by Pillar 2 rules, assigning countries to right to tax back payments that had not reached a 15% effective tax rate. She presented general information about GloBE rules (which comprise income inclusion rules ("IIR"), undertaxed payment rule ("UTPR") and switch-over rules ("SOR")) and about subject-to-tax rule ("STTR"). Still on general topics, Prof. Romanovska explained how effective tax rate (ETR) is to be calculated as a trigger for the application of Pillar 2 rules and gave general aspects of the proposed carve-out of the OECD proposal.

Considering this initial presentation, Prof. Bruno da Silva was then asked whether Pillar 2 may be considered coherent with BEPS Action Plan 5. Prof. da Silva pointed out that Pillar 2 shall address "remaining BEPS issues" – as stated by OECD – but went beyond, once that it targets any form or international fiscal competition and no longer "harmful tax competition".

In this sense, the mediator asked Prof. Schoueri which could be the purposes pursued by Pillar 2. He then presented that Pillar 2 could be based on: (i) tackling international tax arbitrage (affirmation which he doubted, once that international tax arbitrage does not really lead to sovereignty disrespect and taxation is quite normal in each jurisdiction); (ii) strengthening sovereignty (what would be true to ultimate parent entity jurisdiction ignoring real inequality among States according to the Professor); (iii) reaching global minimum taxation, what gave an impression to be based on single tax principle, which, according to Professor Schoueri, is a principle that does not contain any substance; (iv) limiting the grant of tax benefits what reflects a paternalistic bias of Pillar 2 rules and neutralize necessary tax incentives granted by developing countries.

In light of what was presented by Prof. Schoueri, Prof. Bruno da Silva was asked whether ETR criteria pass over source taxation. After a thorough analysis of ETR determination (on a jurisdictional basis), Prof. Silva concluded that it affects fundamental-

ly States that make use of tax incentives to attract foreign direct investments and encroaches developing countries sovereignty.

Given this general overview of Pillar 2, the debate was led to more concrete aspects, so Prof. Romanovska gave the audience some impressions about the interaction of Pillar 2 with Polish and Swiss realities, just as Prof. Ana Carolina Monguilod, in sequence, presented important considerations of how ETR determination specifically would interact with Brazilian reality.

After dealing with the main issues of Pillar 2 objectives and ETR determination, the mediator asked Prof. Schoueri about the effect of Pillar 2 Carve-out over developing countries according a recent paper published by the Professor on the *Bulletin for International Taxation*¹. Prof. Schoueri sustained that the proposed carve-out lead to a breach of the duty of countries to cooperate with each other in ensuring development and eliminating obstacles to development. This argument was based on the fact that carve-out adopts, as proxy of substantial activity, expenses with payroll and depreciation and amortization of certain fixed assets, what restrict developing countries to attract brick-and-mortar investments.

Referring to this issue, Prof. Monguilod was asked to opine about how this carve-out would interact with Brazilian reality. The Panelist then explained about some existing tax incentives in Brazil (e.g. Sudam, Sudene, "Lei do Bem") and made some comments on economic theories about the (in)efficiency about tax incentives.

3. Section 2: IIR

To begin with the following Section, Prof. Romanovska was asked to present an overview about the IIR proposed by OECD. She explained how (and when) IIR should be applied and pointed out its aspect as a primary rule based (with priority over UTPR) on a top-down approach.

In this sense, the mediator asked Prof. Bruno da Silva to make some critical comments on the IIR scope of application and then Prof. Silva demonstrated that IIR shall be the rule applicable to the vast majority of cases of "low taxation" according to Pillar 2 standards. He highlighted that even if a ultimate parent entity's jurisdiction does not apply an IIR and intermediate parent entity shall do it, what then passes over source taxation anyway. Prof. Silva added that the jurisdictional approach proposed by OECD triggers IIR application even if worldwide group profits are not below the minimum tax.

Given these considerations, Prof. Schoueri was asked to explain his argument according to which there seem to be a contradiction in OECD interpretation of article 7 of the Model Convention to Avoid Double Taxation and in face of the rules of ETR determination. Prof. Schoueri pointed out that on Commentaries on article 7 of the

¹ SCHOUERI, Luis Eduardo. Some considerations on the limitation of substance-based carve-out in the income inclusion rule of Pillar 2. *Bulletin for International Taxation* v. 75, 11/12, Journal Articles & Opinion Pieces IBFD, Amsterdam: IBFD, p. 543-549.

Model Convention, OECD always sustained that CFC taxes should be attributed to the investor, once that CFC income belongs to it. Now, on the other hand, when dealing with ETR determination and the consideration of "Adjusted Covered Tax", CFC tax shall be computed within it.

Still referring to IIR, the mediator asked Prof. Moguilod whether Brazil already adopt an IIR and she doubted whether Brazil already has a CFC rule and how a possible adoption of IIR would interact with the exiting Brazilian rule of universal income taxation.

4. Section 3: UTPR

Beginning with the final section of the Panel, Prof. Romanovska was asked to give the audience a general overview of the UTPR and STTR. Referring to the former, the Professor explained that it should be applicable when no IIR is applied on a parent entity jurisdiction. The latter, on the other hand, is not considered a GloBE Rule, but a stand-alone and treaty-based rule that allows source jurisdictions to impose a tax on certain related party payments subject to tax below a minimum rate of 9%.

In light of this general aspects, Prof. Bruno da Silva was asked to give his impressions about UTPR and STTR scope of application in face of his considerations given before to IIR scope of application.

Prof. Bruno da Silva then made some comments on the ordering rule provided by Pillar 2 proposal, argued that UTPR is a (source) back-stop rule with residual application and that STTR has a limited scope considering its covered payments and minimum thresholds. Considering already in force source tax rates, STTR may have a small impact according to Prof. da Silva.

After that, Prof. Schoueri was asked to explain whether he understands that UTPR specifically may face incompatibilities with conventional and already existing domestic Law.

Prof. Schoueri argued that UTPR is inconsistent with article 9(1) and may be with article 24 (4) of Double Taxation Agreements. Moreover, Prof. Schoueri understands that UTPR is incompatible with tax equality principle, once that the UTPR not only proposes a different criterion of the ability to pay to deny deductibility of expenses, but it is based on a fact completely foreign to the "personal relations" of the taxpayer who makes the payment. UTPR, in the end, denies the deductibility of an expense imposing taxation over a "non-income" and, thus, harms the principle of the net income according to Prof. Schoueri.

In this very same line of reasoning, Prof. Monguilod added that UTPR would not seem to be constitutional in the Brazilian reality and the imposition of a STTR would be more limited than the already existing Brazilian rules of withholding income tax imposed on payments remitted abroad.

After these final remarks, the mediator thank all panelists and gave the floor to the Chairwoman, who made final acknowledgments and greetings.

Pillar Two: Subject to Tax Rule – Selected Issues

Kinga Romanovska

1. General remarks

Subject-to-tax rules (“STTR”), in their various forms, have been already known for decades both in domestic and international tax law¹. Some STTRs come into effect unless the income in question is taxed at a minimum nominal rate, whereas others are triggered depending on the effective tax rate (ETR) applicable to the income in question or if the income is subject to a rate lower than a minimum rate defined as a percentage of the domestic tax rate of the recipient’s jurisdiction².

One of the rules proposed by the Pillar Two Blueprint is an STTR. While the principal purpose of GloBE rules, i.e. Income Inclusion and Undertaxed Payment rules, is to ensure the minimum level of taxation by giving to a jurisdiction of an ultimate parent a right to tax back the undertaxed profits of its subsidiaries, the aim of an STTR is to allow a source jurisdiction to tax specific categories of intra-group payments where those payments are subject to tax in a residence jurisdiction at the rate below the agreed minimum rate. It is based on the premise that a source jurisdiction should recapture its taxing rights, formerly passed onto a residence state under treaty provisions, where, as a consequence of BEPS structures relating to intragroup payments, the income that benefits from treaty protection is not taxed or is taxed at below the minimum rate in the residence jurisdiction³. Thus, the STTR is designed to operate as a tool preventing treaty shopping and profit shifting to low-tax jurisdictions through cross-border structures⁴.

An STTR will be a rule implemented into an international tax treaty net. Considering that the aim of an STTR is not to interfere in allocation of taxing rights, instead of changes to specific articles addressing the allocation of taxing rights in relation to business profits, interest and royalties, it will be implemented into treaties as a standalone provision containing all its essential elements⁵.

An STTR will be applied to the gross amount of covered payments. Therefore, as the Blueprint notes, to avoid the risk of over taxation, it is advisable to limit both the minimal tax rate and the amount of top-up tax under an STTR to

¹ For example, tax treaties between UK and Greece (1953) or Kenya (1973).

² Alvarado M.; Offermanns R. *Global minimum taxation? An analysis of the global anti-base erosion initiative*. Edited by IBFD, 2021, p. 167.

³ OECD (2020). Tax challenges arising from digitalisation – report on Pillar One blueprint: inclusive framework on BEPS. *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD Publishing. Available at: <https://doi.org/10.1787/beba0634-en>.

⁴ Pillar Two, supra note 3, para 566.

⁵ Pillar Two, supra note 3, para 567.

the rate that is lower than the minimum ETR under an IIR and UTPR⁶. According to a recent statement, the minimum tax rate of an STTR will be set at 9%⁷. An STTR, as opposed to IIR and UTPR, which are based on a jurisdictional blending approach, will be applied at an entity level and to individual payments (items of income). Such an approach complies with the nature of bilateral tax treaties.

The operation of an STTR will require, at first, the paying entity located in a source state to verify if the payment is low-return and if the materiality threshold is met. Further, the payer will have to determine the adjusted nominal rate in a residence state of a payee. If it is below 9%, the entity will have to compute a top-up tax rate which is equal to the excess of the minimum tax rate over the adjusted nominal tax rate. Such top-up tax rate is applied then to the gross amount of a payment and such an additional tax is paid in the form of withholding tax.

It should be noted that where a relevant treaty already provides for source taxation of payment, no top-up tax should be imposed. However, if payment is taxed under a treaty with a lower than minimal tax rate, then a source state will be allowed to apply the top-up rate to the payment. To put this mechanism in order, introducing a special rule to tax treaties is being considered⁸.

2. Covered payments between connected persons

The scope of the application of an STTR is limited to payments made between “connected persons”. The used term “connected persons” refers to the definition of “closely related” persons within the meaning of Article 5(8) of the OECD and 5(9) of the UN Model Tax Conventions⁹ and it is based on a de facto control test. It also includes a back-up rule that deems there is control where direct or indirect participation is 50% or more¹⁰.

The Blueprint contains a group of excluded entities from an STTR application. Likewise, to GloBE rules, investment funds, pension funds, governmental entities (including sovereign wealth funds), international organisations and non-profit organisations are excluded from its scope.

⁶ Pillar Two, supra note 3, para 649.

⁷ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project statement on a Two-Pillar solution to address the tax challenges arising from the digitalisation of the economy 8 October 2021. Available at: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf>.

⁸ Pillar Two, supra note 3, p. 164.

⁹ Pillar Two, supra note 3, p. 152.

¹⁰ Persons are connected if, based on all the relevant facts and circumstances, one has control of the other or both are under the control of the same person or persons. And, in any case, persons are deemed to be connected if one possesses directly or indirectly more than 50% of the beneficial interest in the other or if another person possesses directly or indirectly more than 50% of the beneficial interest in each person.

The categories of payments to which an STTR is applicable include, *inter alia*, interest, royalty and other payments posing higher BEPS risks which are more susceptible to transfer pricing abuse or uncertainty and arise in respect of mobile risk, ownership of assets, or capital¹¹. The Report contains an exhaustive list of payments covered by the application of the STTR. Thus, to any other unlisted payment an STTR shall not be applied¹².

3. Adjusted nominal rate

The use of the ETR, which measures the tax imposed on an entity's net income over a defined accounting period, would make the application of an STTR extremely complex, because it would not be possible to compute the ETR in the payee's jurisdiction at the time when a payment is made (and the withholding tax would need to be levied)¹³. Therefore, an STTR will be triggered if a covered payment is subject to an adjusted nominal tax rate in a payee's jurisdiction that is below an agreed minimum rate¹⁴.

The adjusted nominal rate means that while applying an STTR, a payer in a source jurisdiction should take into account, apart from the statutory tax rate applicable in the jurisdiction of a payee, also specific local provisions which affect the tax rate or the amount of the payment that is subject to tax therein. This particularly pertains to different types of incentives offered by the jurisdiction of a payee. For instance, it may be linked to (i) the application of a preferential tax rate to a payment; or (ii) the exclusion of a certain percentage of a payment from taxation; or (iii) the application of tax at a low rate, but to an amount that is greater than the income¹⁵. Thus, the adjusted nominal rate would encompass payments that are subject to low or zero rate jurisdictions; payments made to a territorial regime where such payments are not brought into account as income in a residence state; payments eligible for a preferential tax regime and regimes that provided for a full or partial exclusion from the income¹⁶.

To simplify the computation of the adjusted nominal rate, it is not required to make adjustments for general deductions from the tax base that are not specifically linked to a certain category of income or payee¹⁷. For instance, super-de-

¹¹ Pillar Two, supra note 3, para 558.

¹² Among other covered payments, the Report mentions franchise fee or other payment for the use of or right to use intangibles in combination with services; insurance or reinsurance premium; a guarantee, brokerage or financing fee; rent or any other payment for the use of or the right to use moveable property; fee for the supply of marketing, procurement, agency or other intermediary services.

¹³ Pillar Two, supra note 3, para 638.

¹⁴ Pillar Two, supra note 3, para 637.

¹⁵ Pillar Two, supra note 3, para 64.

¹⁶ Pillar Two, supra note 3, para 641.

¹⁷ Pillar Two, supra note 3, para 642.

ductions for a certain category of income, notional interest, dividend deductions or other downward adjustments of profits do not affect an adjusted nominal rate¹⁸. Such an approach avoids a problem of allocation of certain reductions of the tax base to particular payments and analysis of the impact of non-deductible expenditures on the nominal rate¹⁹.

Although the idea of the adjusted nominal rate seems to be reasonable, its implementation may be challenging from a practical perspective. Both tax administrations and withholding agents and taxpayers would have to determine not only the statutory tax rate in the jurisdiction of every payee but also all possible factors affecting this rate. Even though the information on the nominal tax rates and details of special regimes is generally available, it may be too burdensome to withholding agents and taxpayers to determine for every single payment the adjusted nominal rate, taking into account all the special attributes of every jurisdiction's tax system. Thus, it is advisable to further develop and implement simplification measures for adjusted nominal rate determination.

4. Simplifications

To minimise the administrative and compliance burden, the exclusion of low-return payments from the scope of an STTR is being considered²⁰. This should ensure that it will be applied only to high return payments and, therefore, it will be focused solely on cross-border structures shifting significant amounts of profit to low-tax jurisdictions.

In addition, Blueprint seeks to determine a proper materiality threshold to avoid the situation in which large MNE groups would have to identify and compute the adjusted nominal tax rate for every single payment made to connected persons located in each jurisdiction²¹. The lack of such a threshold may result in the compliance costs of an STTR application being inadequate to a value of its potential benefits.

According to the first approach, which seems to be the most straightforward, the appropriate measure for the threshold would be based on the size of the MNE. It would follow the same principles as adopted for an IIR and UTPR that apply to the MNE meeting or exceeding EUR 750m of revenue threshold. The threshold for STTR purposes does not necessarily have to be same – it is subject to further discussions.

The second approach refers to the value of covered payments made to connected persons. The materiality threshold would be based on the yearly value of

¹⁸ Pillar Two, supra note 3, para 642.

¹⁹ Alvarado M.; Offermanns R. *Global minimum taxation? An analysis of the global anti-base erosion initiative*. Edited by IBFD, 2021, p. 187.

²⁰ Pillar Two, supra note 3, para 615.

²¹ Pillar Two, supra note 3, para 625.

covered payments tiered by reference to GDP to adapt the threshold to smaller economies. This approach, however, raises administrative and compliance concerns in situations where the total value of yearly payments is not known and cannot be determined at the point of time when a payment resulting in meeting or exceeding the threshold is made.

According to the last approach, which is based on a ratio, an STTR will not apply where the total amount of covered payments to any connected persons made during the financial year, expressed as a proportion of total expenditures, is below a certain ratio. As the application of this threshold requires the computation of total yearly amounts of payments, the administrative and compliance issues are much the same as in the case of the value-based approach.

It is suggested that both the value and ratio approaches could also include an anti-fragmentation rule that prevented the MNE splitting payments under the same arrangement between multiple payers in the source state to avoid reaching the threshold²².

5. Implementation

So far a model treaty provision to give effect to an STTR has not been developed, although it was expected to take place in November 2021. The model treaty provision, once released by the Inclusive Framework of the OECD, will also be supplemented by a commentary that explains the purpose and the operation of the rule²³.

A multilateral instrument (MLI) will be developed by the Inclusive Framework by mid-2022 to facilitate the swift and consistent implementation of the STTR in relevant bilateral treaties²⁴.

6. Conclusion

As indicated, an STTR is a tool that is designed to counteract profit shifting to low-tax jurisdictions by conferring the state of a source with a right to impose a tax on a payment if it is not taxed or is insufficiently taxed in the state of residence of a recipient. However, one may argue that an Income Inclusion Rule alone can achieve the goal of taxation of entities in low-tax jurisdictions, so the

²² Pillar Two, *supra* note 3, para 634.

²³ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project statement on a Two-Pillar solution to address the tax challenges arising from the digitalisation of the economy 8 October 2021. Available at: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf>.

²⁴ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project statement on a Two-Pillar solution to address the tax challenges arising from the digitalisation of the economy 8 October 2021. Available at: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf>.

need of introducing an STTR seems to be doubtful from taxpayers' perspective. The effect of an STTR of allocation to developing countries the additional tax revenue may be achieved differently than by the introducing an additional level of complexity.

Although the overall design of an STTR seems to be straightforward, there are still several issues to be addressed. The most obvious is simplification measures which are essential to prevent compliance overload. Apart from the proposed exclusion of "low-return" payments and materiality threshold, a determination of "low-risk" jurisdictions, which waive, to a certain extent, MNEs and tax administration from additional compliance burden.

Pillar 2 and Global Tax Governance between Liberal International Order and Westphalian Order

Luís Eduardo Schoueri
Bruno Cesar Fettermann Nogueira dos Santos

Abstract

This paper aims at analyzing whether Pillar 2 proposals, as an important result of international relations in tax matters, are attached to Liberal International Order or Westphalian Order paradigms.

Keywords: Pillar 2, global tax governance, Liberal International Order, Westphalian Order.

1. Introduction

International Tax Law has developed in the last century mainly by means of a proliferation of double taxation agreements, which are signed by two Contracting States (and, therefore, bilateral) with the intention to limit their mutual exercise of tax sovereignty in order to avoid double taxation¹. It has been said that nowadays there are approximately 4,000 double taxation agreements signed bilaterally across the world, which explains that network being the center of the scientific debate in this field².

Despite this tradition of written bilateral norms, International Tax Law is also comprised by unwritten norms – such as the territoriality principle³ – and by soft law⁴. In regarding of the latter, international organizations such as the United Nations (“UN”) and the Organization for Economic Cooperation and Development (“OECD”) have assumed an important role: first due to their technical capacity to formulate international tax policy; second, because specially OECD alongside with G20 – which has the political power that lacks to the first international organizations alone – are assuming a prominent role in proposing new tax rules to be implemented by national States in line with new international fiscal policies⁵.

¹ VOGEL, Klaus. Doppelbesteuerungsabkommen, der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern von Einkommen und Vermögen. *Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen*. 6. ed. München: Beck, 2015, p. 121.

² PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *Cooperação fiscal internacional e troca de informações*. São Paulo: IBDT, 2020, p. 123.

³ SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto. *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 321-374.

⁴ DUPUY, Pierre-Marie; KERBRAT, Yann. *Droit international public*. Paris: Dalloz, 2016, p. 413.

⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. Governança fiscal internacional: entre a fragmentação e o déficit de legitimidade. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário* v. 15, n. 2, jul.-dez. 2020, p. 432-490 (440).

The first initiative of international fiscal cooperation is found in combating international double taxation of income. OECD and UN created Model Conventions to be used as starting point for bilateral negotiations among countries intending to sign international agreements to avoid double taxation⁶. Despite the absence of uniformity of Model Conventions (and, therefore, of bilateral treaties signed up by National States) and the presence of some countries still preferring to relieve double taxation by unilateral measures, avoiding double taxation may be considered an achieved goal by international cooperation on tax matters.

However, in the last three decades, international fiscal cooperation has been evoked to enable fiscal transparency (and the exchange of information for tax matters), as well as to combat of harmful tax competition⁷.

Regarding the latter, it is worth mentioning that in the 1990s, OECD issued important reports to address (i) harmful tax competition proposing measures to tackle it⁸; and (ii) the application of double taxation convention for partnerships⁹.

Subsequently, ongoing policy movements have been taken by the OECD and by G20 to combat the phenomenon of “base erosion and profit shifting”, intending to tackle aggressive tax planning by multinational enterprises and tax competition among countries (especially those granting preferential tax regimes and sheltering tax havens)¹⁰.

Base erosion and profit shifting (“BEPS”) is not a new phenomenon, as globalization and the evolution of international tax law have contributed to the widespread practice of international tax planning by multinational enterprises (“MNEs”)¹¹. The exposure of tax planning schemes by the media in a context of the 2008 economic crisis, however, has turned it into a hot topic that caught the interest of civil society and, thus, could not be ignored by policy makers in the richest countries¹².

⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. Governança fiscal internacional: entre a fragmentação e o déficit de legitimidade. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário* v. 15, n. 2, jul.-dez. 2020, p. 432-490 (454).

⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. Governança fiscal internacional: entre a fragmentação e o déficit de legitimidade. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário* v. 15, n. 2, jul.-dez. 2020, p. 432-490 (458-460).

⁸ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Harmful tax competition: an emerging global issue*, 1998.

⁹ OECD. *Issues in International Taxation* n. 6: the application of the OECD Model Tax Convention to partnerships. Paris: OECD, 1999.

¹⁰ AULT, H. J.; SCHÖN, W.; SHAY, S. Base Erosion and Profit Shifting: a roadmap for reform. *Bulletin of International Taxation* n. 6/7, v. 68, 2014, p. 2.

¹¹ SANTOS, Bruno Cesar Fettermann Nogueira dos. BEPS Action Plan 2 and the non-discrimination rule under the GATS. *Intertax* v. 49, issue 4. London: Amsterdam, p. 343-361 (343).

¹² BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida Tax Review* v. 16, n. 2, 2014, p. 57-58.

In this scenario, the G20 demanded that the OECD should draw up solutions for the BEPS. The resulting project¹³ tackled the reduction of “double non-taxation” resulting from international tax planning and concerned itself directly with the challenges posed by digital commerce and harmful tax competition.

In June 2021, on the other hand, representatives of G7 member countries in London issued a press release signaling a possible agreement on a 15% minimum rate for corporate income tax (“CIT”)¹⁴. A little less than a month later, the OECD published the Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising From the Digitalization of the Economy¹⁵ and published a report in October 2021 with the same title¹⁶ and with some additional details, presented as a consensus reached by a significant part of the countries that make up the Inclusive Framework, which endorsed the idea of adopting the minimum rate of 15%, in addition to other measures that altogether would be the product of the so-called Pillar 1 and Pillar 2. On December 2021, Pillar 2 Model Rules were issued by OECD and on March this year, some Commentaries and examples for these rules were released.

Pillar 2 deals with the remaining challenges of BEPS, creating, above all, the possibility for countries to exercise full tax jurisdiction (if this has not been properly exercised by the another State involved in the cross-border operation), establishing a kind of minimum threshold for tax competition¹⁷.

In this context, this paper analyzes how this international tax agenda suits current Public International Law and International Relations paradigms. The approach proposed herein intends to analyze whether ongoing international tax policies do or do not follow features of the current Public International Law paradigms.

Once that internationalist literature points out some specific aspects sustaining the existence of a Liberal International Order and since, on the other hand,

¹³ OECD. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. International Organizations’ Documentation IBFT, 2013.

¹⁴ G7. Statement from Secretary of the Treasury Janet L. Yellen on G7 Finance Ministers’ Commitment to Global Minimum Tax, June 5, 2021. Available in: <https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0214>. Access in: 8 May 2021 at 15:07.

¹⁵ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Statement on a Two-Pillar solution to address the tax challenges arising from the digitalisation of the economy*. Paris: OECD Publishing, 2021.

¹⁶ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Statement on a Two-Pillar solution to address the tax challenges arising from the digitalisation of the economy*. Paris: OECD Publishing, October 8th, 2021.

¹⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo; SCHOUERI, Pedro Guilherme Lindenberg. New foundations of international tax law? The OECD, its Pillars I and II and Covid-19. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; NETO, Luís Flávio; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Anais – VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional: novos paradigmas da tributação internacional e a Covid-19*. São Paulo: IBDT, 2020, p. 242-262 (243).

the exercise of tax sovereignty is based on Westphalian Order foundations, this payer investigates whether OECD and G20 tax agenda – specially and specifically through Pillar 2 proposals – is attached to the last (and supposed current) or the former paradigms.

2. Liberal International Order x Westphalian Order

The classical Public International Law is said to be born with the Peace of Westphalia, sealed by the treaties of Münster and Osnabruck in 1648, and to concern mainly to norms aiming at the coexistence and peace among sovereign States¹⁸. The Peace of Westphalia established the grounds of the modern States, especially regarding sovereignty, juridical equality among States, territoriality and the non-intervention principle¹⁹, which upheld international relationships based on mutual absence and sovereign will of the States²⁰.

Treaties of Münster and Osnabrück, in Westphalia, signed in October 24th, 1648 are considered – despite some dispute in the literature²¹ – to be a landmark in international relationship's history, once that they establish the foundations of Public International Law as it is known today and, therefore, the principle of juridical equality among States, neutrality in war and the free self-determination of religion of a state – what would be the starting point to the existing principle of non-intervention on internal national matters²². Hongler argues that it would not be accurate to claim that Peace of Westphalia was the only triggering event to establish juridical equity among states. The author sustains that Peace of Westphalia was the starting point to our current world order, but the entire French Age between 1648 and 1815 was of great importance in this respect, particularly because of the use of peace treaties among States in Europe post-Westphalian era. This could be seen as a demonstration of balance of power among states – at least in Europe²³. Nevertheless, the end of the Second World War and the decolonization of African countries during the twentieth century brought some substantial

¹⁸ JUBILUT, Liliana Lyra. Os fundamentos do direito internacional contemporâneo: da coexistência aos valores compartilhados. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). *V Anuário Brasileiro de Direito Internacional* v. 2, n. 9. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2010, p. 203-220 (205).

¹⁹ GADZO, S. *Chapter 2: legal fundamentals of income tax jurisdiction in nexus requirements for taxation of non-residents', business income – a normative evaluation in the context of the global economy.* Amsterdam: Books IBFD, 2018, p. 2.

²⁰ JUBILUT, Liliana Lyra. Os fundamentos do direito internacional contemporâneo: da coexistência aos valores compartilhados. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). *V Anuário Brasileiro de Direito Internacional* v. 2, n. 9. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2010, p. 203-220 (205).

²¹ BOAS, Gideon. *Public international law.* London: Edward Elgar, 2012, p. 8.

²² ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público.* 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 88-89.

²³ HONGLER, P. Justice in international tax law: a normative review of the international tax regime. Amsterdam: Books IBFD, 2019, Chapter 3.4.

changes on Public International Law Paradigms. This period witnessed the entrance of new non-state actors in the international scenario and the establishment of cooperation norms²⁴ that would aim at positive peace (i.e. development)²⁵ in addition to negative peace (i.e. the absence of war), what would result in the reduction of themes comprising the “reserved domain”²⁶.

This context would lead to the densification of international bounds between public international law subjects and, therefore, to the flourishing of international society. Since 1990s some scholars have been sustaining the existence (or the development) of an international community²⁷ that would strengthen the universal application of legal rules and the construction of an international legal system by multilateral decisions²⁸.

Equality among states as it has been set after the Peace of Westphalia was proven to be insufficient, as it hides true inequalities between countries. So this is true that this formal equality and the ideal of mutual absence between countries were not enough to avoid two World Wars, triggering a change of patterns in Public International Law. In reference to the so-called Contemporary Public International Law, Pereira argues that it has considerably evolved in its *composition*, *scope* and *mode of comprehension*.

The composition of Public International Law has changed in the 20th century, not only because many more countries compose the UN (i.e. 193 Member States) in comparison with the 63 Member States that used to form the League of Nations, but also because many International Organizations have been created, giving rise to an institutionalization process of promotion of cooperation to deal with various global issues²⁹.

Scope of Public International Law has also been modified: specialists refer to a legal fragmentation process in course, which is said to be the consequence of the specialization of the Public International Law cast to deal with many and new challenges that the international society is currently dealing with³⁰.

²⁴ JUBILUT, Liliana Lyra. Os fundamentos do direito internacional contemporâneo: da coexistência aos valores compartilhados. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). *V Anuário Brasileiro de Direito Internacional* v. 2, n. 9. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2010, p. 203-220 (212).

²⁵ BOBBIO, N. *O problema da guerra e as vias de paz*. São Paulo: Unesp, 2003.

²⁶ AMARAL JÚNIOR, Alberto. *O direito de assistência humanitária*. Tese de livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da USP, 2001, p. 208.

²⁷ JACKSON, R. H. International community beyond the Cold War. In: LYONS, G. M.; MASTAND-UNO, M. (ed.). *Beyond Westphalia? States sovereignty and international intervention*. Baltimore/London: Johns Hopkins University, 1995, p. 59 e ss.

²⁸ DUPUY, Pierre-Marie; KERBRAT, Yann. *Droit international public*. Paris: Dalloz, 2016, p. 433-437.

²⁹ PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *Cooperação fiscal internacional e troca de informações*. São Paulo: IBDT, 2020, p. 138.

³⁰ PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *Cooperação fiscal internacional e troca de informações*. São Paulo: IBDT, 2020, p. 139.

Besides, this fragmentation is said to be “substantive fragmentation” and “institutional fragmentation”. The latter derives from the multiplication of international organizations playing important roles in the international sphere, while the former is drawn by the coexistence of different legal regimes requiring autonomy and authority to offer solutions to global issues³¹.

At third, the very comprehension of Public International Law is remodeled, once that is no longer seen as inter-states Law, but as a cooperative Law built by different new subjects of International Law – including, not only States, but also international organizations, groups of countries (like G7 and G20) and individuals³².

Still dealing with the new patterns of Public International Law, Lake, Martins and Risse propose the concepts of Westphalian Order and Liberal International Order³³.

The first relies on principles engendered by the Peace of Westphalian, although it is considered that it came out in the nineteenth century, if not later. In this sense, Tourinho argues that the Westphalian Order emerged alongside with the Liberal International Order after 1945³⁴. Westphalian Order assumes that the principal units of the international system are the sovereign nation-states, which detain the ultimate authority over its people and territory³⁵. It is a framework of governance based on statehood (which divides the world into territorial parcels ruled by a separate government) and on sovereignty (which enables each country to exercise comprehensive, supreme and exclusive control over its designated territory and people)³⁶.

The second, on the other hand, supports the rise of free trade, international capital mobility, spreads democracies and promotes human rights. Although the Liberal International Order’s concept may be debated over time in the internationalist literature, this paper adopts some of its core set of principles and practices as stated by Lake, Martins and Risse³⁷. In this sense, the Liberal International

³¹ SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. Governança fiscal internacional: entre a fragmentação e o déficit de legitimidade. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário* v. 15, n. 2, jul.-dez. 2020, p. 432-490 (473).

³² CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 444.

³³ LAKE, David A., MARTIN, Lisa L., RISSE, Thomas. Challenges to the liberal order: reflections on international organization. *International Organization*. Cambridge: IO Foundation, 2021, p. 225-257 (227).

³⁴ TOURINHO, Marcos. The co-constitution of order. *International Organization* n. 75, 2021.

³⁵ LAKE, David A.; MARTIN, Lisa L.; RISSE, Thomas. Challenges to the liberal order: reflections on International Organization. *International Organization*. Cambridge: IO Foundation, 2021, p. 225-257 (228-229).

³⁶ HERMAN, D. *Taxing portfolio income in global financial markets*. Amsterdam: IBFD Books, 2002, Chapter IV.

³⁷ LAKE, David A.; MARTIN, Lisa L.; RISSE, Thomas. *Challenges to the liberal order: reflections on International Organization*. International Organization, Cambridge: IO Foundation, 2021, p. 225-257 (227).

Order is based especially on liberal democratic policy and economy, free movement of goods and capital, human equality, freedom, rule of law, human rights, collective security and multilateralism³⁸.

It shall not be ignored that Liberal International Order and Westphalian Order share a core area of common principles, which are the sovereign equality of states, peaceful resolution of disputes, self-determination and nonintervention³⁹ in internal affairs. Notwithstanding the recent circumstances involving Russia and Ukraine, this paper maintains the basic concepts above.

Bearing all these assumptions in mind and considering the fragmentation of international law, this paper shall, in sequence, examine the main aspects of Pillar 2 measures proposed by OECD in order to promote a supposed global minimum taxation. This proposal is assumed to be an emblematic representation of current international tax governance, which will be tested as whether in line with new patterns of so-called Contemporary Public International Law.

3. Pillar 2 objectives and the GloBE: the global minimum taxation proposals

There has been much debate about Pillar 2's objectives: Pistone, Nogueira, Andrade and Turina⁴⁰, as well as Cipollini⁴¹ and Englisch and Becker⁴² state – rightly – that this Pillar has an even broader reach than that established by the BEPS Action Plans. These, in general, were concerned with proposing measures to align taxation with the generation of wealth in order to combat the abusive tax planning that multinational companies allegedly resort to.

Pillar 2, in turn, focuses on a minimum level of taxation for multinational companies, ruling out possible advantages arising from favored taxation. Hence, it seeks to reduce the risks associated with uncoordinated actions between countries that could favor international tax arbitrage and the use of conflicts of qualification between countries (mismatch arrangements) – which was already a purpose of the BEPS Action Plan 2 as will be seen. Furthermore, this set of proposals seems to envisage strengthening the fiscal sovereignty of countries in order to

³⁸ LAKE, David A.; MARTIN, Lisa L.; RISSE, Thomas. *Challenges to the liberal order: reflections on International Organization*. *International Organization*. Cambridge: IO Foundation, 2021, p. 225-257 (229).

³⁹ LAKE, David A., MARTIN, Lisa L., RISSE, Thomas. *Challenges to the liberal order: reflections on International Organization*. *International Organization*. Cambridge: IO Foundation, 2021, p. 225-257 (229).

⁴⁰ PISTONE, Pasquale; NOGUEIRA, João Félix Pinto; ANDRADE, Betty; TURINA, Alessandro. The OECD public consultation document “Global Anti-Base Erosion (GloBE) Proposal – Pillar Two”: an assessment. *Bulletin for International Taxation*. IBFD: Amsterdam, February 2020, p. 62-76 (63).

⁴¹ CIPOLLINI, Claudio. GloBE proposal and possible carve-outs: is there a future for preferential tax regime? *World Tax Journal*, May 2020, p. 217-259 (221-222).

⁴² ENGLISCH, Joachim; BECKER, Johannes. International effective minimum taxation – the GloBE proposal. *World Tax Journal*, November 2019, 483-530 (493).

combat harmful fiscal competition and to avoid the race to the bottom in matters of corporate income taxation.

The theme of harmful tax competition is not new. However, while upon its first appearance in OECD's official reports in 1988 (*Harmful tax competition: an emerging global issue*⁴³), it was linked to low taxation, this issue was later set aside. Accordingly, in its first report, the OECD tried to define – with a high degree of imprecision and vagueness – what it understood under “tax haven” and “favored taxation country”. Among the requirements considered in one or another concept, it is noteworthy the finding that in that Report, the emphasis was on the absence or low taxation of income in those jurisdictions considered as tax havens or favored taxation countries; irrespective of a subsidiary reference to the existence or not of laws or administrative practices

The focus on low taxation disappeared when the aforementioned Report was revised. From then on, the relevant distinction was between jurisdictions that cooperate or not⁴⁴. Indeed, it seems that it was understood that each jurisdiction would be free to tax its taxpayers, as it saw fit; the exchange of information would be a sufficient mechanism for the investor's State of residence to take the measures it would deem necessary to protect its tax base.

The low taxation issue only reappeared upon the publication of the Final Report of the BEPS Action Plan 5. At the same time, by establishing criteria to define privileged tax regimes and suggesting recommendations to combat harmful tax practices, there is a concern with: (i) introducing or improving anti-abuse rules; (ii) attaching greater importance to the tax treatment of certain entities (such as trusts and investment funds); (iii) restricting tax benefits in certain cases; (iv) increasing taxation by the State of residence; (v) ensuring greater certainty and predictability of domestic law; (vi) suggesting means of exchanging information between countries; (vii) preparing lists of countries that carry out harmful tax practices; (ix) establishing international debate forums involving member and non-OECD countries; and (x) adopting non-tax measures to combat harmful tax practices⁴⁵. It is evident, therefore, that low taxation was not the preponderant criterion, as it had been in 1998, but neither was it absent.

It is interesting to note, however, that low taxation would not always be detrimental; the Final Report expressly granted tax benefits for substantial activity that generated value in a given jurisdiction. Accordingly, it did not provide for

⁴³ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Harmful tax competition: an emerging global issue*, 1998.

⁴⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT/G20. *The OECD's project on harmful tax practices: the 2001 progress report*. Paris: OECD Publishing, 2002.

⁴⁵ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT/G20. *Countering harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance, Action 5 – 2015 final report*. Paris: OECD Publishing, 2015.

countermeasures to IP regimes (and, therefore, it did not consider them “harmful tax practice”), provided the intangible was developed in that jurisdiction. Furthermore, the Report expressly admits the granting, by countries, of tax benefits, including for the so-called non-IP regimes – which, according to the report itself, comprise, in general, “mobile activities” that would have greater BEPS⁴⁶ potential – provided that the “economic substance” requirement is proven. Thus, one may conclude that low taxation was not an issue for itself: relevant was the requirement of economic substance⁴⁷.

Pillar 2, on the other hand, went beyond the scope of application of the Final Report of the BEPS Action Plan 5, to the extent that it is a battle not against abusive preferential tax regimes offered to those without any substance and which lead to profit diversion (as seemed to be the formal intention in the Final Report of Action Plan 5 of the BEPS), but rather against “low taxation” in more profitable activities or that result from the exploitation of assets that are not fixed (given the expected narrow carve-out). In other words, until Action Plan 5, OECD’s focus was on cases in which profits were declared in low-tax countries, without substantial activity there; in this case, it was understood that as long as it was not a mere diversion of profits, but a real allocation of activities, it would not be a practice of profit shifting since each country could freely tax the value created in its jurisdiction. From this perspective, if a jurisdiction were able to attract effective investments, even through tax incentives, there would be nothing to condemn. When it comes to minimum taxation and the carve-out is established only for low-profit activities and tangible assets (as will be seen below), there is a change in the level, and in the proposed taxation of “residual profits” that become most expressive, often, than the routine profits taxed by the State where the substantial activity is located. That is to say: the use of tax incentives, in principle, gains a new limit.

The GloBE

Precisely in this context, Pillar 2 presents the GloBE (Global Anti-Base Erosion Proposal), which includes the possibility of a country to exercise tax jurisdiction over income that was not, sufficiently – taking into account a minimum level of effective taxation –, taxed by the country that originally had the power to tax (“primary taxing rights”). The GloBE, composed of two interrelated domestic rule proposals and a proposed modification on tax treaties, is the central part of Pillar 2. This is complemented by another proposal to modify tax treaties, the subject to tax (STTR), as will be seen below.

⁴⁶ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT/G20. *Countering harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance, Action 5 – 2015 Final Report*. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 37 (paragraph. 72).

⁴⁷ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT/G20. *Countering harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance, Action 5 – 2015 final report*. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 37 (paragraph. 73).

The domestic rules proposals presented in GloBE are:

- i) the income inclusion rule (IIR) which imposes top-up tax on the company at the top of the corporate structure (“parent company”) in relation to income that was subject to taxation below the effective tax rate in other jurisdictions;
- ii) the under-taxed payments rule (UTPR) which restricts or denies deduction of payments that are not taxed in the beneficiary’s jurisdiction or by which such payment is subject to withholding income tax;

As will be developed in more detail below, the adoption of the IIR must – according to the GloBE proposal – be applied from the top down, which means that, first, it is the jurisdiction of the company at the top of the corporate chain (which, henceforth, shall be referred to as the “top company”) that must apply the IIR. These measures shall follow an ordering rule – proposed in *Pillar 2 Blueprint*⁴⁸ – to define how the application of the IIR and UTPR will take place.

The proposal also has thresholds and would not be applicable to some specific entities (such as investment funds, pension funds and government organizations) in addition to business companies that have a turnover of less than 750,000 euros in at least two of the four fiscal years immediately preceding the tested fiscal year⁴⁹.

It also provides for exclusions from the tax base related to payroll expenses and depreciation or amortization of assets⁵⁰ (defined by OECD as “Eligible Payroll Costs of Eligible Employees⁵¹ and Eligible Tangible Assets⁵²) as a way of trying to achieve a kind of residual profits and preserve results arising from substantial

⁴⁸ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Tax challenges arising from digitalisation* – report on Pillar Two blueprint: inclusive framework on BEPS: OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2020, p. 190. Available in: <https://doi.org/10.1787/abb4c3d1-en>. Access in: 8 May 2021 at 21:22.

⁴⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Tax challenges arising from the digitalisation of the economy* – global anti-base erosion model rules (Pillar Two): inclusive framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, December 14th, 2021, p. 8.

⁵⁰ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Statement on a Two-Pillar solution to address the tax challenges arising from the digitalisation of the economy*. Paris: OECD Publishing, 2021, p. 3.

⁵¹ Eligible Payroll Costs are defined by OECD as those employee compensation expenditures, payroll and employment taxes and employer social security contributions. According to ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Tax challenges arising from digitalisation of the economy* – global anti-base erosion model rules (Pillar Two): inclusive framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2021, p. 56.

⁵² “Article 5.3.4. [...] (a) property, plant, and equipment located in that jurisdiction; (b) natural resources located in that jurisdiction; (c) lessee’s right to use of tangible assets located in that jurisdiction; and (d) a license or similar arrangement from the government for the use of immovable property or exploitation of natural resources that entails significant investment in tangible assets.” According to ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Tax challenges arising from digitalisation of the economy* – global anti-base erosion model rules (Pillar Two): inclusive framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2021, article 5.3.4.

economic activity – employing, however, a quite restrictive formula, as explained in topic 3.2.

Specifically for the application of the UTPR, the *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising From the Digitalisation of the Economy*, published in October 2021 started to exclude from the scope of this rule multinationals in the initial phase of their international activity. Said companies are defined as such entities that hold up to 50 million euros in tangible assets and that do not operate in more than five jurisdictions. This exception, in any case, will be valid for the first five years after the entry into force of the UTPR as proposed by the OECD⁵³.

Also, within the scope of the GloBE, *Pillar 2 Blueprint*⁵⁴ provided for a switch-over-rule in tax treaties, which would, therefore, replace the exemption method in the States of Residence by the credit method in situations where income would be taxed below the ETR in the State of Source. Note that, in December 2021, OECD released a model of the rules of the GloBE, considering specific ancillary obligations and transition rules⁵⁵ and recently published Commentaries⁵⁶ and Examples on such rules⁵⁷.

In turn, the subject-to-tax (“STTR”) rule, also to be included in tax treaties, is not part of the GloBE but is also part of Pillar 2. The STTR must authorize, in the tax treaties themselves, that the source countries impose taxation (with some exceptions established by *Pillar 2 Blueprint*⁵⁸) on payments between related parties that have the potential for erosion of the taxable base and that are subject to a nominal rate in the State of Residence lower than the 15% minimum rate defined by the OECD. Because it has a more simplified calculation, as it does not depend on the complicated calculation of the effective rate, this measure suppos-

⁵³ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Tax challenges arising from digitalisation of the economy – global anti-base erosion model rules (Pillar Two): inclusive framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2021, articles 9.3.1. and 9.3.2.

⁵⁴ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Tax challenges arising from digitalisation* – report on Pillar Two blueprint: inclusive framework on BEPS: OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2020, p. 94-95 (paragraph 332). Available in: <https://doi.org/10.1787/abb4c3d1-en>. Access in: 8 May 2021 at 16:02.

⁵⁵ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Tax challenges arising from digitalisation of the economy* – global anti-base erosion model rules (Pillar Two): inclusive framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2021.

⁵⁶ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Tax challenges arising from digitalisation of the economy* – commentary to the global anti-base erosion model rules (Pillar Two): inclusive framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2022.

⁵⁷ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Tax challenges arising from digitalisation of the economy* – global anti-base erosion model rules (Pillar Two) examples. Paris: OECD Publishing, 2022.

⁵⁸ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Tax challenges arising from digitalisation* – report on Pillar Two blueprint: inclusive framework on BEPS: OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2020, p. 162. Available at: <https://doi.org/10.1787/abb4c3d1-en>.

edly serves to guarantee the taxing power of the Source States as an instrument to preserve their taxable base⁵⁹.

4. Pillar 2 between Liberal International Order and Westphalian Order

Considering all above mentioned details of Pillar 2 proposals and the theoretical assumptions related to the Liberal International Order and the Westphalian Order, this paper shall analyze whether these measures – as a product of current international tax governance – do couple with the latter or the former paradigms.

At first sight, one could uphold that Pillar 2 proposals are much in line with Liberal International Order. This could be argued based on the belief that they are result of multilateralism and of protagonism of international organizations (i.e. the OECD) and a group of countries (i.e. the G7) enacting an inclusive sovereignty⁶⁰ among States as an aspect of a possible Law of Cooperation in the Public International Law.

As stated above, IIR, UTPR and STTR are measures proposed by the Inclusive Framework to be adopted as domestic rules by Member States in order to achieve minimum global taxation. The efficiency of these proposals depends effectively not only on general implementation by such national legislators, but also on modifications of double taxation convention already in force, since these measures may be incompatible with conventions' dispositions that already exist. The necessity of these simultaneous changes on domestic law and on international conventions by Member States is exactly what would assign the multilateral aspect to Pillar 2 measures.

On other hand, this project could be seen as a drive of inclusive sovereignty exactly because it came from an international forum assembling different countries that is supposedly focused on a common objective of avoiding harmful tax competition – which, in the view of some experts, may lead to a *race to the bottom* among countries fighting to attract foreign investments through tax benefits⁶¹.

These hypotheses are rash and deserve a deeper examination.

First, when one addresses the theme of multilateralism, it is crucial to have in mind that it is an important concept of liberal internationalism⁶² which presup-

⁵⁹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Tax challenges arising from digitalisation* – report on Pillar Two blueprint: inclusive framework on BEPS: OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2020, p. 172. Available at: <https://doi.org/10.1787/abb4c3d1-en>.

⁶⁰ PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *Cooperação fiscal internacional e troca de informações*. São Paulo: IBDT, 2020, p. 92.

⁶¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT/G20. *Countering harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance, Action 5 – 2015 final report*. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 37 (paragraph 73).

⁶² LAKE, David A.; MARTIN, Lisa L.; RISSE, Thomas. *Challenges to the liberal order: reflections*

poses more than a simple coordination of policies among more than two states. It represents an institutional form of coordination among three or more States considering generalized principles of conduct without regarding particularistic interests of the parties⁶³. Real multilateralism combines structure and purpose, which comprises a notable willingness to cede authority in favor of allies and institutions to pursuit long-term objectives⁶⁴. Liberal International Order contains this collective commitment to global governance in this sense of working toward a global good.

Nevertheless, this is not what one observes upon the execution plan of Pillar Two.

First, because the OECD is not a real multilateral forum, given that its agenda is defined by developed countries (and Pillar 2 is a perfect example of that, since it has been proposed by request of G7). In this sense, these countries do not really cede their authority in favor of institutional objectives nor are they contemplating real global interests as will be seen below. Actually despite its technical capacity, OECD lacks legitimacy to represent countries' interest⁶⁵ (specially developing countries') and for this exact reason it is dubbed as "rich countries club⁶⁶". The creation of Inclusive Framework could be upheld as an effort to grant legitimacy to Pillar 2 as it invites OECD non-Members to the table. Nevertheless, Pillar 2 proposals themselves are not result from their actual decision, but rather came from G7 countries.

In this sense, and second, Pillar 2 may not be considered to enhance inclusive sovereignty, exactly because – as stated – its measures contemplate developed countries' interests upon developing countries' ones.

It cannot be ignored that the established *carve-out* is too restricted, as it adopts, as indicators (*proxy*) of substantial activity, the expenses with payroll and depreciation and amortization of certain fixed assets (precisely to honor companies less mobile capital).

Such a restriction, however, unduly equates "economic substance" with the generation of profits by tangible assets, so that countries could provide tax incentives for brick and mortar activities, but not for activities that require greater specialization and that tend, effectively, to generate development in a given country⁶⁷.

on international organization. *International Organization*. Cambridge: IO Fundation, 2021, p. 225-257 (231).

⁶³ RUGGIE, John G. Multilateralism: the anatomy of an institution. *International Organization* v. 46. Cambridge: IO Fundation, 1992, p. 561-98.

⁶⁴ RUGGIE, John G. Multilateralism: the anatomy of an institution. *International Organization* v. 46. Cambridge: IO Fundation, 1992, p. 561-98.

⁶⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. Governança fiscal internacional: entre a fragmentação e o déficit de legitimidade. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário* v. 15, n. 2, jul.-dez. 2020, p. 432-490 (440).

⁶⁶ BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida Tax Review* v. 16, n. 2, 2014, p. 59.

⁶⁷ SCHOUERI, Luís. Some considerations on the limitation of substance-based carve-out in the income inclusion rule of Pillar 2. *Bulletin for International Taxation* v. 75, 11/12, Journal Articles & Opinion Pieces IBFD. Amsterdam: IBFD, p. 543-549 (545-546).

Due to the timidity of the proposed carve-out, only a very modest profit margin is excluded from the scope of Pillar 2 rules, so that profits considered “residual” are, in fact, economically relevant to the jurisdiction where they were created. Thus, the OECD contradicts itself with its original intention to align taxation with the generation of added value⁶⁸.

Moreover, it reflects a paternalistic bias (which blames eventual inefficient tax benefits on developing countries, assuming them as weak and susceptible to pressure from multinational companies⁶⁹), condemning developing countries to only being able to attract unprofitable investments, perpetuating hence their distance to developed countries. More profitable investments, which imply greater value addition and therefore higher salaries, are not part of the carve-out and are not encouraged to be made in countries with more precarious infrastructure.

In this sense, the effective taxation rate requirement would ensure that those countries provide for a minimum of taxation, as any tax incentive would be nullified. This thought ignores the fact that, were it not for the incentives, the investments would not even be made in those jurisdictions. After all, with the same tax burden, it would not be efficient for a businessperson to settle in a State that offers her a precarious infrastructure. The tax burden is an element that cannot be segregated from infrastructure and other objective elements.

This problem is well known in the international taxation literature and practice. Many countries are signatories to agreements that provide for tax sparing clauses, which, despite facing opposition from the OECD⁷⁰, support the idea that the division of fiscal sovereignty established in the agreements would suffer serious rupture if Resident countries were allowed to exercise their sovereignty tax on rents that were subject to tax benefit in the State of Source⁷¹.

This issue was not explicitly addressed in the *Pillar 2* proposal. Carve-outs should be considered that at least protect tax incentives granted by countries in development to benefit investments in infrastructure⁷² (although any and all investments should be able to be stimulated through fiscal incentives policy).

⁶⁸ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT/G20. 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. Available in: <https://doi.org/10.1787/9789264241244-en>. Access in: 3 Sep. 2021 at 10:14.

⁶⁹ ARNOLD, Brian J. The evolution of controlled foreign corporation rules and beyond. *73 Bulletin for International Taxation*, 2019, p. 644.

⁷⁰ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Tax sparing: a reconsideration*. Paris: OECD Publishing. Available in: <https://doi.org/10.1787/9789264162433-en>, 1998.

⁷¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Tax sparing: a reconsideration of the reconsideration. *Tax, law and development*. Edward Elgar, 2013.

⁷² CIPOLLINI, Claudio. GloBE proposal and possible carve-outs: is there a future for preferential tax regime? *World Tax Journal*, May 2020, p. 217-259 (222).

Along these lines, in 1986, the UN General Assembly adopted Resolution n. 4, which brings the Declaration on the Right to Development – DRTD⁷³. Article 3(3) of the DRTD states that States have a “duty to cooperate with each other to ensure development and eliminate obstacles to development”. This duty extends to all fields and there is no reason to exclude it from taxation. Thus, if a State adopts measures that ensure its development (including by attracting substantial activity to its territory), such measures should not be frustrated by unilateral countermeasures by other States⁷⁴.

By designing a top-up tax rule and a restricted carve-out, the Pillar 2 proposal ensures taxation in the country of residence of groups of multinational companies. This certainly favors the States of Residence, typically exporters of capital, which, to a large extent, are represented by developed countries and by the OECD member countries themselves (which perhaps explains, politically, why this design of rule).

One can therefore conclude that Pillar 2 does not strengthen fiscal sovereignty, abstractly or even universally, but concretely the tax sovereignty of the countries that host multinational groups. In this sense, Ibarrola states that OECD acts with cynicism when sustains that Pillar 2 does not affect countries sovereignty: this fact should not be denied nor even hidden by that international organization⁷⁵. The measure, therefore, serves those countries that are home to large multinational companies, but no longer tax them because they carry out their activities around the world and have broader consumer markets in other countries. More than that, the Pillar 2 proposal prevents certain activities from being taxed in the country in which they generated profits if they are highly profitable or even result from the exploitation of intangibles.

In this sense, it should be noted that Pillar 2 is based on the false premise that all countries have the same internal economic conditions and offer the same level of public goods and services to investors. According to this idea, income from international transactions should have the same treatment as income from domestic sources so that one or another form of investment is not encouraged, avoiding the so-called “dead weight” resulting from the lack or excess of taxation of both the erosion of the taxable base and the disincentive to the inflow of capital

⁷³ Available in: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Development/RTD_booklet_en.pdf. Access in: 9 Feb. 2021 at 7:45:00 a.m.

⁷⁴ SILVA, Mauro. *Da competição à cooperação internacional: aspectos jurídicos da promoção do desenvolvimento nacional num cenário internacionalizado*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009, p. 176. Available in: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-11112011-092811/publico/tese_mauro_jose_silva_1522522_versao_integral.pdf. Access in: August 30, 2021.

⁷⁵ IBARROLA, Aitor Navarro. Consideraciones de política fiscal sobre la propuesta GloBE de tributación mínima (Pilar 2) y su implementación. *Crónica Tributária* n. 179/2021, p. 63-91 (73).

from abroad⁷⁶. This, therefore, ignores the reality that many countries do not have sufficient infrastructure to receive foreign direct investment on an equal footing with other developed countries.

It is precisely because of this real inequality between countries that many offer tax benefits: Englisch and Yevgenyeva explain that countries, as a rule, seek a certain compatibility between the tax burden they impose and the services and public goods they offer⁷⁷. In the same vein, Cipollini speaks of “fiscal residue” as the net benefit resulting from the difference in spending on infrastructure and amounts collected and argues that some countries have low resources to carry out “public spending” on infrastructure development for their investors and, therefore, they must legitimately be able to impose low taxation – what the author refers to as “low-tax, low-spend⁷⁸”. Admitting, however, this relationship, then it seems reasonable that two competitors operating in the same country (benefited, therefore, by the same infrastructure and the same public goods and services) should be subject to the same tax burden. With that, any tax imposition in addition to this general level of territorial taxation would distort competition and taxpayers would bear increased costs without any return⁷⁹. This argument of course favors Capital Import Neutrality (CIN), which Pillar 2 seems to contradict.

Finally, what stands out beforehand is that low or non-taxation is not, in itself, abusive or harmful to tax competition. In fact, as it turned out, it is necessary in some cases. After all, some countries simply cannot offer the same level of public goods and services and infrastructure as developed countries. Thus, setting a single rate can neutralize any tax benefits that developing countries choose to grant in order to attract foreign direct investment. This measure has the effect of neutralizing tax issues, but at the same time it can uneven international competition between countries in the search for international investments, since it assumes that everyone has the same level of infrastructure.

In sum, when considering the Pillar 2 proposals, one may conclude that OECD merely reflects national interests (of some rich countries) presenting a

⁷⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JR., Ricardo A. Justification and implementation of the international allocation of taxing rights: can we take on one thing at a time? In: ROCHA, Sergio A.; CHRISTIANS, A. (ed.). Tax sovereignty in the BEPS Era. *Series on International Taxation* v. 60. Amsterdam: Wolters Kluwer, 2017, p. 47-72 (49) e GALENDI JR., R. A. Fundamentos da tributação de lucros no exterior. *Revista Direito Tributário Atual* v. 33. São Paulo: Dialética/IBDT, 2015, p. 389-402 (392).

⁷⁷ ENGLISCH, Joachim; YEVGENYEVA, Anzhela. The upgrade strategy against harmful tax practices under the BEPS action plan. *British Tax Review* n. 5, 2013, p. 620-637 (626).

⁷⁸ CIPOLLINI, Claudio. GloBE proposal and possible carve-outs: is there a future for preferential tax regime? *World Tax Journal*, May 2020, p. 217-259 (250).

⁷⁹ GANDENBERGER, Otto. Kapitalexporthneutralität versus Kapitalimportneutralität. *7 Aufsätze zur Wirtschaftspolitik*. Forschungsinstitut für Wirtschaftspolitik na der Universität Mainz (1983), apud Klaus Vogel. World-wide vs. source taxation of income – a review and reevaluation of arguments. *Influence of tax differentials on international competitiveness*. Amsterdam: Kluwer, 1989, p. 117-166 (140).

false impression to be a proper autonomous representative of global interests. In this case, OECD could be considered an empty shell⁸⁰ encompassing not global concerns revealed after considerable multilateral debate, but effective paternalist desires of developed countries worried about guaranteeing their own tax sovereignty upon developing countries tax sovereignty (which includes indeed the possibility to grant tax benefits in order to attract direct foreign investments).

5. Conclusions

After all, that is no doubt that taxation is a typical jurisdictional activity that is more attached to the principles of Peace of Westphalia (like sovereignty, territoriality and non-intervention). Especially because – as stated – Peace of Westphalia set ground to formal equality and mutual absence among States. This contradicts what has been seen as an “internationalization” of the debate of tax matters on international forums – what could indicate a shift to a Liberal International Order in the International Tax Law.

It was concluded that Pillar 2 proposals hide false lines of multilateralism, inclusive sovereignty, a supposed formal equality among countries that is not realistic and – just as proposed by the grounds of Peace of Westphalia – a mutual absence between countries that nowadays is proven to be harmful for developing countries and for the construction of a real international society with real global interest.

Although this conclusion is considered to be restricted to Pillar 2 measures for methodological means, it cannot be ignored that it grants a well-grounded impression that legal fragmentation in this field may indicate how International Tax Law’s development may be, somehow, behind the new steps already taken by Public International Law. While the latter is considered to be undergoing new patterns of cooperation and integration among countries⁸¹, the former still faces limitations due to the OECD and G20 protagonism and UN’s lack of technical capacity to address tax matters despite its broader political legitimacy⁸².

The reasons why International Tax Law is taking slow steps towards Cooperative International Law, inclusive sovereignty, real multilateralism, liberal internationalism and the enactment of a Liberal International Order are still to be investigated. By now, it is possible to conclude, at least, that the new project of a

⁸⁰ BARNETT, Michael; FINNEMORE, Martha. The politics, power, and pathologies of International Organizations. *International Organization*, v. 53. Cambridge: IO Foundation, 1999, p. 699-732.

⁸¹ CASELLA, Paulo Borba. *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 444.

⁸² SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. Governança fiscal internacional: entre a fragmentação e o déficit de legitimidade. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário* v. 15, n. 2, jul.-dez. 2020, p. 432-490 (481).

global minimum taxation does not really encompass global concerns nor does it ensure tax sovereignty or social development per se. Pillar 2 is, once again, an OECD unilateral project favoring developed countries over tax sovereignty and the right of development granted to developing countries.

6. References

- AMARAL JÚNIOR, Alberto. *O direito de assistência humanitária*. Tese de livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da USP, 2001.
- ARNOLD, Brian J. The evolution of controlled foreign corporation rules and beyond. *73 Bulletin for International Taxation*, 2019.
- AULT, H. J.; SCHÖN, W.; SHAY, S. Base Erosion and Profit Shifting: a roadmap for reform. *Bulletin of International Taxation* n. 6/7, v. 68, 2014.
- BAKER, Philip. *Double taxation conventions and international tax law*. London: Sweet & Maxwell, 1994.
- BARNETT, Michael; FINNEMORE, Martha. The politics, power, and pathologies of international organizations. *International Organization* v. 53. Cambridge: IO Foundation, 1999.
- BOAS, Gideon. *Public international law*. London: Edward Elgar, 2012.
- BOBBIO, N. *O problema da guerra e as vias de paz*. São Paulo: Unesp, 2003.
- BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida Tax Review* v. 16, n. 2, 2014.
- BÜHLER, Ottmar. *Internationales Steuerrecht und Internationales Privatrecht*. Amsterdam: Internationales Steuerdokumentationsbüro, 1960.
- CIPOLLINI, Claudio. GloBE proposal and possible carve-outs: is there a future for preferential tax regime? *World Tax Journal*, May 2020.
- DUPUY, Pierre-Marie; KERBRAT, Yann. *Droit international public*. Paris: Dalloz, 2016.
- ENGLISCH, Joachim; BECKER, Johannes. International effective minimum taxation – the GloBE proposal. *World Tax Journal*, November 2019.
- ENGLISCH, Joachim; YEYGENYEVA, Anzhela, The upgrade strategy against harmful tax practices under the BEPS action plan. *British Tax Review* n. 5, 2013.
- G7, Statement from Secretary of the Treasury Janet L. Yellen on G7 Finance Ministers' Commitment to Global Minimum Tax, June 5, 2021.
- GADZO, S. *Chapter 2: legal fundamentals of income tax jurisdiction in nexus requirements for taxation of non-residents', business income – a normative evaluation in the context of the global economy*. Amsterdam: Books IBFD, 2018.
- GALENDI JR., R. A. Fundamentos da tributação de lucros no exterior. *Revista Direito Tributário Atual* v. 33. São Paulo: Dialética/IBDT, 2015.
- GANDENBERGER, Otto. *Kapitalexportneutralität versus Kapitalimportneutralität*. *7 Aufsätze zur Wirtschaftspolitik*. Forschungsinstitut für Wirtschaftspolitik na der Universtät Mainz, 1983.

- GUGGENHEIM, Paul, Lehrbuch des Völkerrechts, I, Basel, 1948.
- HERMAN, D. Taxing Portfolio Income in Global Financial Markets, Amsterdam: IBFD Books, 2002.
- HONGLER, P. *Justice in international tax law: a normative review of the international tax regime*. Amsterdam: Books IBFD, 2019.
- IBARROLA, Aitor Navarro. Consideraciones de política fiscal sobre la propuesta GloBE de tributación mínima (Pilar 2) y su implementación. *Crónica Tributária* n. 179/2021.
- JACKSON, R. H. International community beyond the cold war. In: LYONS, G. M.; MASTANDUNO, M. (ed.). *Beyond Westphalia? States sovereignty and international intervention*. Baltimore/London: Johns Hopkins University, 1995.
- JUBILUT, Liliana Lyra. Os fundamentos do direito internacional contemporâneo: da coexistência aos valores compartilhados. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). *V Anuário Brasileiro de Direito Internacional* v. 2, n. 9. Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2010.
- LAKE, David A.; MARTIN, Lisa L.; RISSE, Thomas. Challenges to the liberal order: reflections on international organization. *International organization*. Cambridge: IO Foundation, 2021.
- NETO, Luís Flávio. *Direito tributário internacional: “contextos” para interpretação e aplicação de acordos de bitributação*. São Paulo: IBDT, 2018.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. International Organizations’ Documentation IBFD, 2013.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. 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.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Commentaries on the model tax convention on income and on capital: condensed version 2017*. Paris: OECD Publishing, Paris.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Countering harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance, Action 5 – 2015 final report. Paris: OECD Publishing, 2015.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Harmful tax competition: an emerging global issue*, 1998.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Issues in international taxation n. 6: the application of the OECD Model Tax Convention to partnerships*. Paris: OECD, 1999.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Model Tax Convention on income and on capital: condensed version 2017*. Paris: OECD Publishing.

- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT.
Statement on a Two-Pillar solution to address the tax challenges arising from the digitalisation of the economy. Paris: OECD Publishing, 2021.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT
Tax challenges arising from digitalisation of the economy – commentary to the global anti-base erosion model rules (Pillar Two): inclusive framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2022.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT.
Tax challenges arising from digitalisation of the economy – global anti-base erosion model rules (Pillar Two) examples. Paris: OECD Publishing, 2022.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT.
Tax challenges arising from digitalisation – report on Pillar Two blueprint: inclusive framework on BEPS: OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2020.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT.
Tax sparing: a reconsideration. Paris: OECD Publishing, 1998.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT.
The OECD's Project on harmful tax practices: the 2001 progress report. Paris: OECD Publishing, 2002.
- PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *Cooperação fiscal internacional e troca de informações*. São Paulo: IBDT, 2020.
- PIJL, Hans. State responsibility in taxation matters. *Bulletin for International Taxation*. Amsterdam: IBFD, 2006.
- RUGGIE, John G. Multilateralism: the anatomy of an institution. *International Organization* v. 46. Cambridge: IO Foundation, 1992.
- SANTOS, Bruno Cesar Fettermann Nogueira dos. BEPS Action Plan 2 and the non-discrimination rule under the GATS. *Intertax* v. 49, issue 4. Amsterdam.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto. *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Tax sparing: a reconsideration of the reconsideration*, tax, law and development. Edward Elgar, 2013.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JR., Ricardo A. Justification and implementation of the international allocation of taxing rights: can we take on one thing at a time? In: ROCHA, Sergio A.; CHRISTIANS, A. (ed.). *Tax sovereignty in the BEPS Era. Series on International Taxation* v. 60. Amsterdam: Wolters Kluwer, 2017.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. Governança fiscal internacional: entre a fragmentação e o déficit de legitimidade. *Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário* v. 15, n. 2, jul.-dez. 2020.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; SCHOUERI, Pedro Guilherme Lindenberg. New foundations of international tax law? The OECD, Its Pillars I and II and

Covid-19. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; NETO, Luís Flávio; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (coord.). *Anais – VIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional: novos paradigmas da tributação internacional e a Covid-19*. São Paulo: IBDT, 2020.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Some considerations on the limitation of substance-based carve-out in the income inclusion rule of Pillar 2. *Bulletin for International Taxation* v. 75, 11/12, Journal Articles & Opinion Pieces IBFD. Amsterdam: IBFD.

SILVA, Mauro. *Da competição à cooperação internacional: aspectos jurídicos da promoção do desenvolvimento nacional num cenário internacionalizado*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2009.

TOURINHO, Marcos. The co-constitution of order. *International Organization* n. 75, 2021.

UNITED NATIONS. Model Double Taxation Convention between developed and developing countries update 2017, New York.

VOGEL, Klaus. Doppelsebesteuerungsabkommen, der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern von Einkommen und Vermögen. *Kommentar auf der Grundlage der Musterabkommen*. 6. ed. München: Beck, 2015.

UNITED NATIONS. World-wide vs. source taxation of income – a review and reevaluation of arguments. *Influence of tax differentials on international competitiveness*. Amsterdam: Kluwer, 1989.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Report: Taxation of Disruptive Technologies

Erlan Valverde
Master candidate at IBDT.

1. General remarks

In a time when taxpayers are still discussing adequate tax policies to deal with digital businesses that emerged a decade ago, new disruptive technologies are becoming more popular among users, and the tax policies are not keeping up with this new environment.

In the last few years, terms such as Metaverse, NFT and robots trespassed the borders of the science fiction and became a new reality in legal discussions. As any innovation tool, these technologies generate a myriad of challenges for both taxpayers and Tax Administrations around the globe.

From a tax point of view, the common topics on the discussion of disruptive technologies generally spin around on the following issues: (i) how new forms of contracting are qualified under a legal framework which originally did not preview these form of contracting; (ii) what type of taxes should be levied on those transactions; (iii) how the taxes on those transactions are shared among two different States in cross-border transactions; and, (iv) how Tax Administrations determine the correct amount of taxes to be paid and have sufficient elements to audit taxpayers.

The following sections will be dedicated to bringing some insights on the tax implications of these technologies for both taxpayers and Tax Administrations. This brief report is not intended to exhaust the discussion on the tax consequences deriving from those technologies, but rather shed some light on the challenges for the future ahead.

2. Metaverse

The current international tax framework was designed to regulate the taxation of corporeal transactions, in a context where: (i) the participants are identifiable; (ii) the transactions used to happen in fixed establishments; and, (iii) they could be qualified in traditional concepts under the civil law.

The acceleration of the digital economy, with the adoption of technologies capable of revolutionizing the traditional model of transaction generated different challenges to the Tax Administrations, especially to determine the legal nature of those transactions, the local of those transactions, the parties and which State has the right to tax.

On this basis, the development of the Metaverse technology adds an additional layer of complexity, to the extent that it transfers the activities executed in the real world to a virtual environment. Issues expected include: (i) qualification of property owned within the metaverse under the tax law; (ii) lack of sufficient information to

determine Resident and Source States; (iii) transparency on the parties transacting in the metaverse; among others.

In addition, this technology involves the interaction of a series of other digital innovation tools, such as the cryptocurrency and other crypto assets. The reunion of those technologies in a virtual reality creates a new environment with challenges to the Tax Administrations and taxpayers.

Beyond the challenges on the legal qualification of transactions occurring in the metaverse, which can be a matter subject to proper regulation by the States, the question on how the States would have to deal with transactions executed in the blockchain is becoming very relevant.

In this moment of rupture of the traditional centralized finance framework, the States should negotiate how to deal with decentralized structures in order to provide some level of transparency to the States, which also should allow a clear view on what is being transacted and the corresponding tax.

In principle, it also seems that the metaverse, along with the blockchain technology, also generates the necessity of reviewing the existing treaties in order to reallocate the right to tax, parties, taxes, and corresponding foreign tax credits.

As a conclusion, it seems that both taxpayers and Tax Administrations are far beyond legal certainty on the legal qualification of transactions occurred on this environment and on the transparency required to assess that each State is attributed to its fair share of taxes.

3. Taxation of NFTs

Last year, the world was shocked with a record-breaking USD 69 Million sale of a Non-Fungible Token (NFT) in Christie's, by the American artist known as Beeple. This sale, along with a sequence of other transactions, raised a red flag on the tax world given the tax challenges associated with this technology.

As it happens with the Metaverse, the challenges on the NFTs go beyond the legal qualification and corresponding taxation, but also on how States would assess the correct amount of taxes based on transparency requirements.

Although most of the countries interpret that all transactions involving the exchange of virtual currencies generate a taxable event, it is not entirely clear if the disposal of a NFT would have the same tax consequences, although it seems that a disposal would imply in the realization of income.

The OECD interpretation on crypto assets, for example, makes clear that an NFT is a crypto asset. However, the Brazilian law, for example, would not qualify it as such, to the extent that they are not expressed by divisible single unity. However, Tax Administrations, such as the Brazilian Tax Revenue Agency, unilaterally issued opinions that NFTs should be qualified as crypto assets under the tax law. The qualification of those goods as digital goods under the Brazilian law may add up some additional challenges, such as the taxation for VAT purposes.

In addition to the challenges on the legal qualification, the question on the transparency of those transactions is a key point for the future of NFT taxation. This concern is shared by the OECD, which recently published a public consultation to determine reporting obligations occurred in the blockchain environment.

The fact that the transactions are certified and are executed in a decentralized ledger make the reporting requirements more challenging. One of the potential solutions for this case is the use of tracing technologies based on the crypto hashes, which should be subject to further development in the coming future.

4. Robot taxation

Humanity has been increasingly experiencing a scenario where the machines (either physical or digital) are replacing humans in everyday activities. Several studies lead to the conclusion that mechatronic technologies, artificial intelligence, and machine learning have an unlimited potential to create

The development of those technologies brings several concerns to States, especially on how to deal with the potential elimination of job vacancies. Brazilian studies, for example, indicate that 54% of the formal job vacancies in the country could be eliminated by robots and artificial intelligence until the year 2026¹.

As a consequence, the States have been increasingly concerned with social security issues and on methods to reintroduce unemployed by the automation in the job market.

In addition to the obvious poverty and inequality issues, the States are becoming also concerned on the reduction of income taxes and social security taxes for the individuals that are outside of the job market. There is another important economic factor on the potential unemployment created by robots, which is the reduction on the level of consumption, which generates a reduction on the collection of VAT as a consequence.

From a tax perspective, some scholars, such as Professor Xavier Oberson, have been defending the attribution of legal personality to the robots and automated structures, so that they can become a subject of rights and responsibilities, including tax liabilities. The question is how to determine the tax liability of a robot.

To a large extent, scholars have been discussing one of the following solutions for this challenge:

- i) Attribute income to the robot, which may be challenging depending on the type of automated structure.
- ii) Implementing surplus income taxes for the companies adopting automated structures, suggesting that the increase of income should be captured and taxed accordingly, either by an additional income tax or a special tax

¹ Research by the University of Brasilia (UnB).

created for this purpose. This purpose has been subject to some critics of scholars, to the extent that it may cause competitiveness issues among the States.

- iii) Disallow expenses associated with the implementation and maintenance of robots to discourage the use of the technology and, consequently, defer the elimination of job vacancies. This is a challenging policy to adopt, given that some structures only require a start-up cost and little maintenance.
- iv) Use of other taxes, such as increased consumption or property taxes.

On the other hand, other scholars defend that specific taxation on robots may create a reverse impact on the competitiveness of States which, at the end of the day, may generate a new "race to the bottom".

For that reason, with no intention of concluding which proposal is better from a tax policy perspective, the state of development on the issue leads to the conclusion that maybe a new collaborative effort among States might be required to address the issue on a global perspective.

Metaverso – Propriedade e Qualificação nos Tratados Internacionais para evitar a Dupla Tributação

Metaverse – Property and Qualification in International Treaties to avoid Double Taxation

Fernando Aurelio Zilveti

Mestre, Doutor e Livre-docente em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT. Advogado em São Paulo.

Resumo

O vertiginoso desenvolvimento da tecnologia digital força os agentes econômicos a se apressarem a ingressar no mundo do Metaverso. A distinção entre o mundo digital e o mundo analógico está bastante acinzentada, indefinida a fronteira entre um e outro. A definição do Metaverso se presta nada mais que para endereçar a pesquisa tributária com o objetivo de problematizar a aplicação de tratados internacionais em matéria tributária. O Metaverso é explorado no campo tributário, avaliando sua aplicação no direito tributário, sob a perspectiva jurisdicional e até mesmo técnica. A medida da qualificação do objeto da tributação tem impacto direto na arrecadação, bem como na renúncia à parcela da riqueza gerada. O Metaverso, afinal, se coloca como um mundo virtual a incorporar todos os aspectos da tecnologia digital e ver tudo isso tributado sob um sistema tributário globalizado. Muitas vezes a doutrina se detém no aspecto conceitual do Metaverso, enquanto a riqueza gerada por seus recursos tecnológicos foge da autoridade arrecadatória.

Palavras-chave: metaverso, qualificação, direito tributário, tratados internacionais, bitributação.

Abstract

The dizzying development of digital technology forces economic agents to rush into the world of the Metaverse. The distinction between the digital world and the analogue world is quite grey, the boundary between one and the other is blurred. The definition of the Metaverse serves nothing more than to address tax research with the aim of problematizing the application of international treaties in tax matters. Metaverse is explored in the tax field, evaluating its application in tax law, from a jurisdictional and even technical perspective. The measurement of the qualification of the object of taxation has a direct impact on the collection, as well as the waiver of the portion of the wealth generated. The Metaverse, after all, presents itself as a virtual world incorporating all aspects of digital technology and seeing it all taxed under a globalized tax system. The doctrine often stops at the conceptual aspect of the Metaverse, while the wealth generated by its technological resources escapes the authority of the collection.

Keywords: metaverse, qualification, tax law, international treaties, double taxation.

1. Introdução

Sempre que lida com tecnologia, o pesquisador se defronta com diferentes reações. Os céticos rotulam qualquer avanço tecnológico com reflexos econômicos, como se fosse uma “bolha” prestes a estourar. Aqueles que vislumbram nesse recurso tecnológico um novo meio de expansão na economia, rapidamente passam a tratá-lo como se fosse o futuro da humanidade. Para os envolvidos em pesquisa tecnológica, o avanço com reflexos econômicos recebe, simplesmente, a alcunha de ecossistema¹. Por ecossistema podemos tratar o Metaverso e é desse campo que trataremos neste ensaio. Um ecossistema é um conjunto de comunidades que vivem em determinado local e interagem entre si e com o meio ambiente. O objetivo de rotular a nova tecnologia como ecossistema é procurar entender, com ceticismo científico, o grau de inovação e seus reflexos nas relações socioeconômicas.

O Metaverso é entendido como um mundo imersivo virtual que serve como lugar de diversos modos de trabalho ou entretenimento. De certo modo, o Metaverso se equipara ao ecossistema nesse ponto comunitário de relacionamento dentro de um meio ambiente, este virtual. Podemos dizer do Metaverso como um complemento da realidade analógica, algo que se deseja vivenciar sob aspectos experimentais. Ocorre que as experiências resultam em relações virtuais com efeitos reais. Isto interessa ao Fisco, que tem visto a erosão das bases tributárias arrasar sua capacidade de arrecadação. A erosão nesse ecossistema se estende ao próprio Estado, que encontra dificuldades jurisdicionais para lidar com tal avanço tecnológico. Para combater esse efeito “geológico”, é preciso conhecer a tipologia do Metaverso. Entendido o ecossistema Metaverso, o legislador ajusta a produção normativa à “natureza das coisas”. Isso feito, resta a demanda de eficácia da norma para impor a tributação ao Metaverso, um desafio que remonta aos pilares da teoria do estado.

Os elementos-chave do Metaverso são, basicamente, o mundo virtual, a tecnologia blockchain e a NFT. O mundo virtual divide o espaço imersivo em que seus usuários, representados por seus avatares, interagem entre si. No Metaverso vende-se de tudo, como terras para que os usuários construam seus próprios espaços, envolvendo a economia real e virtual em seus empreendimentos. Afinal, o Metaverso se torna um grande espaço social para interação e atividade comercial. Trata-se neste ensaio, afinal, da evolução tecnológica do Web3, que é a essência do Metaverso. No Web3, por sua vez, trabalha-se com criptomoedas, tokens não fungíveis, finanças descentralizadas (DeFi) e organizações autônomas descentralizadas (DAO). Estes institutos do Web3 contam com o mundo dos algoritmos. Este mundo tem seus próprios meios econômicos de transação, que em muito se assemelham aos tradicionalmente utilizados no mundo real. A diferença está na

¹ WIENER, Anna. *Vale da estranheza, fascínio e desilusão na meca da tecnologia*. Tradução de Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2022, p. 23.

nomenclatura e na correlação conceitual entre o que se tem no mundo digital e no real².

Disciplinar algoritmos representa um dos maiores desafios para as jurisdições imbuídas de conter a disrupção. Muito do que se debate em relação ao negócio digital guarda relação direta com o Metaverso. Este congrega relações eminentemente privadas, num ecossistema que em nada depende do Estado e, muitas vezes, sobre a ausência de jurisdição de direito público, com regulação de direito privado do próprio Metaverso. Afinal, conter a disrupção pode resultar num movimento análogo ao de apertar a areia entre os dedos das mãos. Pouco ou quase nada restará. A regulação mais efetiva, afinal, é aquela que leva em consideração a construção de um ambiente seguro para o contribuinte, ao mesmo passo que prepare o mundo para a evolução tecnológica. Trata-se, afinal, de comunicação humana, linguagem. Esta comunicação digital e, até certo ponto, linguagem robótica, se dá num ambiente privado, não regulado até o momento, trazendo dificuldades às relações jurídicas. Na lógica da linguagem, a denominação das coisas responde a certos fins e interesses. Isto iremos testar e, eventualmente, atestar neste ensaio³.

Comunicar-se sempre significou um predicado do ser humano, ao mesmo tempo de representar um problema de relacionamento entre seus iguais e também com outros seres. Paradoxalmente, a linguagem é a base da tecnologia digital. Este ensaio se preocupa com a comunicação e a linguagem, diante da evolução socioeconômica no ecossistema Metaverso *vis a vis* a legislação tributária. O legislador tributário sofre de um déficit cognitivo, pois não compreende os fatos da economia digital, pecando na qualificação. A evolução tecnológica da linguagem torna obsoletas as hipóteses normativas criadas pelo legislador. Existe um nítido problema de comunicação, pois o homem é capaz de desenvolver complexas equações matemáticas em seus modelos de linguagem artificial. Por outro lado, tem sofrido para desenvolver formas legislativas para tributar a renda gerada por suas criações de linguagem artificial da economia digital.

O Metaverso é a representação da explosão da inteligência artificial ocorrida nas últimas décadas. Este ecossistema trabalha com as ferramentas de linguagem digital mais modernas, como a própria inteligência artificial, o blockchain, os criptoativos, o NFT etc. Tais instrumentos permitem a percepção, a introspecção, a racionalização e o planejamento futuro, apreendidos do ser humano. A partir disso são criados modelos de linguagem digital para reprodução num dado ecossistema, como o Metaverso. Criada a realidade virtual, os seus agentes desenvolvem relações econômicas igualmente virtuais, porém de expressão monetária real.

² GONG, Jennifer Z. Defining and addressing virtual property in international treaties. Disponível em: https://www.bu.edu/jostl/files/2015/02/Gong_Web_171.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

³ SARTORI, Giovanni. *La política – lógica y método de las ciencias sociales*. Cidade de México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 33.

O direito tributário cuida dessa expressão monetária real, que além de ser compreendida, demanda do legislador um esforço normativo. A legislação tributária daí resultante, para ser eficaz, depende de jurisdição. Aqui será ensaiada a jurisdição, no campo do direito internacional, da linguagem real, a qualificação de eventos para fins dos tratados internacionais em matéria tributária. Exploramos essas questões no Metaverso, onde se nota um mix de autoridade estatal, regulação e, principalmente, ação privada de empresas no campo do Metaverso. Isto tem gerado uma certa confusão jurisdicional para os agentes envolvidos na relação obrigacional. As chamadas SPC (*super power corporations*) têm desempenhado um papel importante neste novo ambiente da linguagem digital de interesse tributário. Enfim, a quem o contribuinte deve se reportar sobre a riqueza gerada? Existem muitas perguntas a serem feitas, de poucas respostas, uma vez que as SPC não parecem dispostas a se colocar na posição de jurisdição, ao menos em sua concepção clássica da teoria do estado⁴.

As perguntas lançadas aqui almejam desenvolver a crítica tributária de alguns temas jurídicos caros à tributação, como propriedade e a qualificação de fatos, especialmente no âmbito dos tratados internacionais em matéria tributária. O mercado de “imóveis” no Metaverso atingiu a marca de 450 milhões de euros em movimentação apenas no ano de 2021, com projeção de pelo menos o dobro neste ano de 2022. Metodologicamente concentrados em casos conhecidos no Metaverso, como foco de pesquisa (Sandbox, Somnium Space, Decentraland e Criptovoxels), procura-se testar as considerações sobre propriedade virtual *vis a vis* a propriedade real. A qualificação de propriedade virtual no direito tributário já tem produzido conflitos de qualificação e interpretação dos elementos de conexão nos tratados internacionais para evitar a bitributação.

2. Metaverso e propriedade virtual

O modo tradicional de propriedade falha ao entender a necessidade de um único conceito, diante dos novos tipos de propriedade inaugurados no Metaverso. Por consequência, a base nacional de atribuição de propriedade tende a se afastar da realidade praticada na Internet atual. Por base nacional entenda-se a legislação de direito privado e de direito público que versa sobre o tema, definindo seus contornos básicos. A lacuna criada no campo legislativo por conta da evolução tecnológica, porém, demanda um novo desenho que use a analogia para ajustar a propriedade às alterações socioeconômicas do que se considera ser um *network* eletrônico. O produto alcançado por esse *network* alcança mais facilmente o objetivo qualificatório, antes mesmo que o legislador altere a legislação ou crie uma nova capaz de atender à dinâmica socioeconômica digital⁵.

⁴ GARON, Jon M. Legal implications of a ubiquitous Metaverse and a Web3 future. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4002551>. Acesso em: 20 mar. 2022, p. 8.

⁵ GARON, Jon M. Legal implications of a ubiquitous Metaverse and a Web3 future. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4002551>. Acesso em: 20 mar. 2022, p. 10.

A propriedade virtual, segundo a teoria de propriedade tradicional, estaria vinculada ao servidor de computador, que concentra os dados do bem digital em questão. Ocorre que o bem digital no Metaverso não está concentrado em um servidor de computador, mas em inúmeros computadores, localizado em jurisdições desconhecidas. A quem pertencem, afinal, os dados que compõem o Metaverso e suas diferentes concepções de propriedade? Os ativos digitais demandam uma consideração à parte, preocupando algumas jurisdições, dada a complexidade das relações tecnológicas⁶.

Existe, afinal, uma jurisdição on-line. Neste espaço atua o avatar, uma pessoa virtual que se desenvolve e desenvolve a propriedade virtual, sem perder de vista a propriedade real. Neste mundo “on-line” são efetuadas operações econômicas em tempo real, como por exemplo, a aquisição de terras. No Metaverso também pode, ainda, ocorrer litígio sobre temas agrários. O agente de aquisição, bem como do litígio, é o avatar. Este sujeito de direitos virtuais pratica ações de conteúdo econômico, como produção, compra, venda e prestação de serviços⁷.

Nesse ecossistema virtual do Metaverso, a linguagem filtra, elabora e expressa padrões estáveis daquilo que importa no mundo. O mecanismo intelectual traduz a prática virtual para algo conhecido na esfera real. Permanecesse o avatar no plano virtual estaríamos a falar de meras equações matemáticas. Mas isso não sacia a curiosidade humana, carente de relações binárias comparadas. Daí a linguagem digital de modelos de inteligência ser concebida visando a interação humana. Esta é a lógica algorítmica por trás do tipo propriedade virtual.

A primeira pergunta a ser proposta, então: o que é propriedade virtual? Começamos a ensaiar respostas a partir de alguns termos conhecidos no Metaverso, tais como nome de domínio, avatar, propriedade intelectual e bens móveis. Este último tem ganhado maior relevância em função das negociações recentes no campo das NFT, envolvendo desde artigos de luxo até obras de arte. Aqui não se trata de responsabilidade direta ou indireta por atos de contrafação, mas casos assim têm aumentado a extensão da responsabilidade objetiva e subjetiva⁸. O que se sabe até agora é que a propriedade no Metaverso está mais ligada ao contrato do que ao conceito de propriedade do direito privado tradicional. Tampouco a posse virtual se assemelha ao direito possessório do direito civil. Tais direitos decorrem de contratos de licença de uso ou de prestação de serviços que, no mundo virtual, convencionam posse e propriedade de modo particular.

⁶ LEDERMAN, Leandra. “Stranger than fiction”: taxing virtual words. *New York University Law Review*. Disponível em: <https://www.nyulawreview.org/issues/volume-82-number-6/stranger-than-fiction-taxing-virtual-worlds/>. Acesso em: 20 mar. 2022, p. 1639.

⁷ BRIDGET, J. Crawford. Tax avatars. *2008 Utah L. Rev.* 793. Disponível em: <http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/550/>.

⁸ Gucci America, Inc. v. Hall Associates United States District Court, S. D. New York, 14 de março de 2001, 135 F. Supp. 2d 409 (S.D.N.Y. 2001). Disponível em: <https://casetext.com/case/gucci-america-inc-v-hall-associates>. Acesso em: 20 mar. 2022.

Determinados ecossistemas do Metaverso, como o jogo Second Life (SL), garantem ao usuário um direito de propriedade próprio do contrato com o provedor do jogo, empresa privada. Esta entidade de direito privado se põe a determinar o direito de propriedade e posse, em contratos de prestação de serviço (Terms of Service – ToS) ou licença de uso final (End-User License Agreement – EULA). A propriedade virtual tem características próprias, que prescindem do tradicional uso, gozo e fruição, condição prevista no direito civil. Os contratos ToS ou EULA garantem, em termos, a posse e a propriedade em verdadeiros contratos de adesão. Plataformas como o SL possuem seu próprio ente regulatório para marcas e patentes, privatizando direitos em termos jurisdicionais⁹.

Quando você acessa a plataforma do Metaverso, precisa primeiro aderir aos termos do contrato de serviços (ToS), e aos termos de licença de uso (EULA). As nuances do direito de propriedade são contratualmente determinadas em tais instrumentos contratuais, cabendo ao usuário somente aderir às condições descritas. Dentre tais disposições podemos encontrar aproximações de posse e propriedade, porém com características próprias do mundo digital. Como exemplo dessas características *sui generis* de posse ou propriedade, a empresa detentora da plataforma pode determinar condições de posse, como comportamento adequado que não atente contra direitos de terceiros ou que ofenda a ordem social. A propriedade também pode ser garantida, em algumas plataformas, mediante pagamento em moeda digital de determinada qualidade. Em alguns casos, a mesma plataforma de Metaverso julga casos de direito de propriedade, exercendo jurisdição privada sobre aqueles que praticam atos negociais sob contrato¹⁰.

A venda e compra de bens no Metaverso não se dá da mesma maneira do comércio real. Muitos jogos admitem a compra e venda apenas segundo métodos desenvolvidos nas próprias plataformas. Outras plataformas, porém, estimulam o comércio entre seus usuários, figurando até na qualidade de marketplace. Algumas empresas detentoras de plataformas de jogos garantem o direito de propriedade aos usuários sobre suas criações. Tais plataformas estimulam, inclusive, a atividade empreendedora e criativa. Permitem, ainda, a venda de bens no campo do Metaverso, em moeda privada, conversível por moeda de curso forçado, como o dólar americano¹¹.

A propriedade virtual pode ser considerada para qualquer tipo de bem? Em caso afirmativo, ainda faltaria determinar o sujeito do direito de propriedade. A

⁹ GONG, Jennifer Z. Defining and addressing virtual property in international treaties. Disponível em: https://www.bu.edu/jostl/files/2015/02/Gong_Web_171.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022, p. 2011.

¹⁰ LEDERMAN, Leandra. “Stranger than fiction”: taxing virtual words. *New York University Law Review*. Disponível em: <https://www.nyulawreview.org/issues/volume-82-number-6/stranger-than-fiction-taxing-virtual-worlds/>. Acesso em: 20 mar. 2022, p. 1628.

¹¹ LEDERMAN, Leandra. “Stranger than fiction”: taxing virtual words. *New York University Law Review*. Disponível em: <https://www.nyulawreview.org/issues/volume-82-number-6/stranger-than-fiction-taxing-virtual-worlds/>. Acesso em: 20 mar. 2022, p. 1630.

consequência de tais indagações interessa o direito tributário. Um exemplo prático de propriedade virtual é o e-mail, bem de utilidade inegável e há muito objeto de imputação de direitos e obrigações, tanto no direito privado quanto no direito público. A contas digitais em websites são reconhecidamente um bem intangível, com registros comportamentais de inegável valor comercial. Muito utilizadas no período pandêmico, as salas virtuais de conversa podem ser consideradas bens intangíveis, reunindo conversas de conteúdo relacionado ao direito de intimidade e à propriedade intelectual. Afinal, muito difundidas pelas conhecidas Fintechs, as contas bancárias virtuais, consideradas inúmeras interconectividades com outros bens intangíveis e tangíveis no campo do mercado financeiros e de capitais. Os nomes de domínio talvez sejam os modos mais antigos de propriedade virtual, contrastando com os meios tridimensionais da Web3, considerados mais recentes. O futuro de tais formas de propriedade virtual está diretamente relacionado à tecnologia¹².

Curioso ponto polêmico sobre a propriedade virtual ocorre sobre o sujeito detentor do direito. Do campo virtual a propriedade é atribuída a um usuário, protegida por criptografia, de múltipla autenticação. O usuário pode atuar sob diversas denominações e até pseudônimos, sendo bastante comum a multiplicidade de usuários. Assim, em tese, uma pessoa de direito privado ou público pode representar diversos usuários. O usuário pode, ainda, no ecossistema Metaverso, apresentar-se por meio de avatares e outros elementos de inteligência artificial (IA), inclusive, atuando como pessoa física e usuário virtual, nos casos de realidade aumentada. A pessoa pode ser muitas, contrariando até mesmo a ideia de unidade. Afinal, a pessoa de direito é detentora da propriedade, porém, no campo digital, a mesma pessoa se apresenta como usuários, sob múltiplas formas.

Os termos de uso dos contratos e as condições de contrato, seja no EULA ou no ToS, podem dispor sobre propriedade, algo que não corresponde necessariamente ao direito civil do mundo real. A legislação americana, apenas como exemplo, permite que os contratos de software disponham de limitações de responsabilidade do contratante; manutenção de controle sobre o uso e distribuição; proteção de direito e interrupção do direito garantido contratualmente. Tais disposições, utilizadas no mundo digital, representam limitações ao direito de propriedade no mundo real. Além disso, o direito de reger as relações digitais é algo polêmico, pois as empresas por trás das plataformas que cedem tais direitos de propriedade, em determinados casos, se localizam em jurisdições pouco transparentes e cujo direito interno é desenhado para albergar tais negócios digitais¹³.

¹² FAIRFIELD, Joshua A. T. Virtual property. *Boston University Law Review* v. 85:1047, (1047/1102), p. 1055. Disponível em: <https://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/volume85n4/FAIRFIELD.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

¹³ GARON, Jon M. Legal implications of a ubiquitous Metaverse and a Web3 future, p. 36. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4002551>. Acesso em: 20 mar. 2022.

No Metaverso, até onde foi possível investigar neste ensaio, os negócios desenvolvidos utilizam NFTs e DAOs. Os ToS garantem direitos aos usuários que podem ir além do direito de propriedade, como, por exemplo, a segurança sobre os bens adquiridos nesse metaverso, alheios à jurisdição. Numa *Nutshell*, o NFT (*Non Fungible Token*) é uma forma de direito de propriedade garantido pela criptografia do *blockchain*. Por seu turno e, igualmente, de modo resumido, a DAO (*Decentralized Anonymous Organization*) é uma organização empresarial do mundo digital, que admite a participação de usuários sempre que invistam em criptomoedas. O curioso dessas duas formas de atuação no mundo negocial da Web3, dentro do ecossistema do Metaverso, está na mimificação de título de propriedade (NFT) e de empresas (DAO). Afinal, tanto a NFT quanto a DAO replicam estrutura de propriedade e de empresas do direito privado real, com características próprias do mundo digital. Para fins contábeis e fiscais, ambas as estruturas fogem das características aceitas pelo direito privado e público, o que dificulta a sua qualificação no mundo real¹⁴.

Replicar ações humanas no ecossistema Metaverso significa emular a sua linguagem no mundo digital. A comunicação humana virtual se dá por equações matemáticas, em linguagem que busca a identidade, mas sofre variações também comandadas por humanos. O resultado, na forma de NFT, encontra características da propriedade, programadas propositalmente distintas do mundo real. As diferenças dificultam a qualificação jurídica no campo do direito privado e do direito público. Inegável o protagonismo das pessoas de direito nas questões que envolvem propriedade e, naturalmente, para o direito tributário nacional e internacional. Este último, como veremos mais adiante, desempenha papel fulcral para as alocações contratadas entre jurisdições¹⁵.

O curioso mundo imersivo do Metaverso depende, ainda, de algumas definições importantes para fins da tributação, a saber: o ambiente regulatório; as transações essenciais de natureza econômica; os limites da intromissão governamental nas relações privadas. Diante da impossibilidade material de tratar de tantos aspectos jurídicos, limitamo-nos à qualificação da propriedade virtual no campo do direito tributário. Em seguida, trataremos da qualificação nos tratados internacionais para evitar a bitributação. Vejamos se a qualificação para o direito tributário no campo do antecedente difere da qualificação no campo do direito tributário internacional, no campo do conseqüente. O segundo depende do primeiro e este, por sua vez, classifica a propriedade virtual como um bem contratual. Este criptoativo, como veremos a seguir, tem natureza jurídica financeira para algumas finalidades, enquanto para outras, apenas natureza de entreteni-

¹⁴ GARON, Jon M. Legal implications of a ubiquitous Metaverse and a Web3 future, p. 26. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4002551>. Acesso em: 20 mar. 2022.

¹⁵ VOGEL, Klaus. Double tax treaties and their interpretation. *International Tax & Business Lawyer* v. 4:1, (1/85) p. 44.

mento. Ambas, como se testará a seguir, comungam algumas características, que autorizam uma qualificação híbrida.

3. Qualificação para o direito tributário nacional

No processo de qualificação legislativa recorre-se com bastante frequência à distinção do tipo minucioso, fundado em critérios descritivos incertos e fugazes. A norma jurídica é mais que um texto normativo. Apenas em parte está correta a afirmação de que se exige, muitas vezes, ir além do texto normativo, no exercício de interpretação¹⁶. Onde a lei define exatamente um ramo de aplicação por meio de conceitos genérico-abstratos, o trabalho jurídico pode se realizar com simples subsunção. Este pressuposto do processo legislativo tributário ganha relevância na incerteza do objeto de riqueza a ser tributado, no ecossistema do Metaverso.

Também no Metaverso o veículo introdutor da regra tributária é sempre a lei, de modo que tratar de legalidade ou legalidade estrita parece absolutamente desnecessário. O direito tributário variável enquanto reação regulatória da evolução socioeconômica, deve ter base na consequência a longo prazo, bem como na confiança nas regras da tributação. Pensar no sentido inverso resultaria numa ordem mitigada de proteção ao contribuinte¹⁷. Estamos na era da tecnologia de informação, com alterações de linguagem frequentes. Neste ambiente o tipo configura o modo de pensar mais adequado para prever as hipóteses normativas. Vimos acima o que é a propriedade virtual, uma réplica da propriedade real, porém com novas matizes a dificultar a classificação conceitual clássica. No ecossistema do Metaverso pensar tipologicamente alcança melhores resultados práticos.

A praticidade briga até certo ponto com a legalidade, no sentido de fricção, ou seja, um incômodo para a Administração, ao mesmo tempo de ser absolutamente instrumental para a eficácia normativa. Podemos falar que a tipificação tem natureza de “legalidade útil”¹⁸. O tipo é um modelo no qual o legislador se baseia na abstração legislativa. Cria-se, assim, a norma jurídica, com uma faixa de determinação tipológica que capture a realidade na “natureza das coisas” e a traga para um sistema jurídico seguro e previsível. Prescrever é classificar e, este, se confunde com o pensamento tipológico. Nas hipóteses normativas que tratam do imposto sobre a renda, a classificação tipológica atende a renda líquida enquanto princípio¹⁹. Classificar a propriedade virtual, uma equação de algoritmos, certifi-

¹⁶ ISENSEE, Josef. *Die Typisierende Verwaltung. Gesetzesvoulung im Massenverfahren am Beispiel der typisierenden Betrachtungsweise des Steuerrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1977, p. 157.

¹⁷ KIRCHHOF, Paul. *Der Sanfte Verlust der Freiheit*. Munique: Hanser, 2004, p. 95.

¹⁸ ISENSEE, Josef. *Die Typisierende Verwaltung. Gesetzesvoulung im Massenverfahren am Beispiel der typisierenden Betrachtungsweise des Steuerrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1977, p. 17.

¹⁹ HEY, Johanna. *Charakterisierung und Grundlagen der Besteuerung von Einkommen. Einführung zum EStG*. (1/49), p. 46. Disponível em: https://www.ertragsteuerrecht.de/media/EStG_Einf_282_10-2017_komplett.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

cada por meio do blockchain, faz sentido quando associada, por remissão, à propriedade real. A remissão é um recurso necessário de aproximação de dois bens essencialmente distintos. No campo tributário, esta remissão se expressa como presunção ou ficção legal, formas que o legislador se socorre tendo em vista a prática tributária.

Classificar significa também qualificar, distinguir, separar, individualizar, elementos de abstração mental de compreensão. Especificar no sentido de reparar se aproxima do tipo. A classificação, por melhor que seja, deixa sempre uma ambiguidade²⁰. A atividade legislativa como um recorte da realidade para ordenar fatos semelhantes, tentativa classificatória, nada mais é do que o *facti species*²¹. O fato gerador ou hipótese tributária, desenhado pelo legislador, ao classificar a propriedade virtual para fins tributários, atende à praticabilidade. O legislador escolhe a praticidade para ter eficiência, quando elabora o antecedente normativo.

A previsão da hipótese legal se encontra no antecedente, na elaboração do *facti species*. Todo o antecedente da norma jurídica é de algum modo desenhado mentalmente pelo legislador. Este desenho pode ser simples abstração ou uma coleta na “natureza das coisas”. A previsão como ato normativo recebe a denominação de tipicidade²². Nos tributos indiretos o tipo realiza um efeito de plausibilidade, entendido o fato da repercussão para o consumidor final²³.

A qualificação jurídica inexata, no campo do direito tributário, recebe críticas quanto à segurança jurídica do comando normativo. A ciência e a lógica atuais admitem uma gradação de características, na forma comparativa de classificação de fatos retirados da “natureza das coisas”²⁴. Qualificação está relacionada à classificação, um procedimento técnico-jurídico de ordenar os fatos da vida, normatizados por lei ou pelos costumes. No campo internacional, com efeito, é por meio da qualificação que se verifica a categoria das relações internacionais²⁵. O tipo representa a classificação e, dada a indeterminação das operações no Metaverso, pode ser o modo mais adequado para classificar os elementos, doméstica e internacionalmente.

Ao classificar a propriedade virtual como uma propriedade real, a corte fiscal alemã considerou a riqueza gerada segundo suas leis internas. Verifica-se, na

²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Petrony, 1968, p. 40.

²¹ NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Da interpretação e da aplicação das leis tributárias*. São Paulo: José Bushatsky, 1974, p. 133.

²² ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Petrony, 1968, p. 20.

²³ SEER, Roman. Vorläufiger Rechtsschutz bei ernstlichen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit eines Steuergesetzes – Aussetzung der Vollziehung Kernbrennstoffsteuerfestsetzung wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz des Bundes. *DStR*. 7/2012 (325/334), p. 333.

²⁴ KAUFMANN, Arthur. *Analogie und “Natur der Sache”*. *Zugleich, ein Beitrag Zur Lehre von Typus*. Heidelberg: R. V. Decker & C. F. Müller, 1982, p. 44.

²⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário internacional – qualificação e substituição – tributação, no Brasil, de rendimentos provenientes de sociedade de pessoas residente na Alemanha. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 54. São Paulo: Dialética, 2000, (125/139) p. 127.

prática, que os contratos virtuais no Metaverso são assinados por avatares. Os contratos de locação demonstram locadores avatares, usuários não personificados segundo a legislação real. Observa-se, no caso concreto, o interesse do fisco local em considerar o imóvel virtual como um bem em seu território, para fins de cobrança de imposto local. A corte federal de finanças entendeu que as transações no mundo virtual de jogos de entretenimento não estão sujeitas à tributação. Ao assim entender, desconsiderou a propriedade virtual para fins de mero entretenimento ou, seja, deu razão à expressão “what happens in Vegas stays in Vegas”²⁶. Por outro lado, a decisão da BFH considerou válida a operação de cunho patrimonial no mundo virtual, válida para o mundo real, quando o contribuinte efetua a troca de moeda digital por moeda real, numa dada jurisdição, onde se situam os servidores da plataforma do Metaverso, como no caso do *Second Life*. Cabe, então, ao país onde está a plataforma e se dá a conversão monetária, a qualificação do fato e consequente tributação²⁷.

Não obstante a recente decisão da Corte Federal de Finanças da Alemanha ter colocado água na fervura das operações mercantis no Metaverso, o fato é que tais transações seguem tributadas em diversas jurisdições europeias pelo imposto de consumo IVA, em alíquotas variáveis de 17% a 27%. Nos EUA, as operações envolvendo venda de propriedades virtuais também passaram a ser tributadas, em alguns estados, pelo imposto de vendas, como efeito do caso *Wayfarer*²⁸.

Sob a perspectiva do imposto de renda, os EUA consideram os criptoativos como bens móveis, intangíveis. A alienação desse criptoativo “imóvel” pode, além do imposto de consumo, comentado acima, ser ainda objeto de imposto de renda, por ganho de capital. No Brasil, a Receita Federal do Brasil – RFB segue a mesma linha classificatória prática americana. Com efeito, a RFB, por meio da normativa denominada Perguntas e Respostas do Imposto de Renda da Pessoa Física (IRPF) de 2022, manifestou que, em que pese os criptoativos não sejam considerados moeda de curso legal nos termos do marco regulatório atual, “podem ser equiparados a ativos sujeitos a ganho de capital e devem ser declarados pelo valor de aquisição na Ficha Bens e Direitos”, nas hipóteses em que o valor de aquisição de cada tipo de criptoativo for igual ou superior a R\$ 5 mil²⁹. A remissão efetuada pela RFB segue a linha de qualificação defendida neste ensaio, uma remissão própria no campo da legalidade. As operações no Metaverso envolvendo NFT

²⁶ BAL, Alexandra. German Tax Court rules renting virtual land is VAT free. Disponível em: <https://news.bloombergtax.com/daily-tax-report-international/german-tax-court-rules-renting-virtual-land-is-vat-free>. Acesso em: 20 mar. 2022.

²⁷ Alemanha – Corte Federal de Finanças (Bundesfinanzhof – BfH). Disponível em: <https://www.bundesfinanzhof.de/de/entscheidung/entscheidungen-online/detail/STRE202210041/>. Acesso em: 20 mar. 2022.

²⁸ EUA – Suprema Corte. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/21pdf/20-1800_7lho.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

²⁹ Brasil – Receita Federal do Brasil – RFB. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br>. Acesso em: 20 mar. 2022.

geram, como não poderia ser diferente, polêmica quanto ao tema da qualificação e da aplicação no campo dos tratados para evitar a bitributação.

4. Qualificação nos acordos para evitar a bitributação

A qualificação da propriedade virtual para fins de direito privado encontra determinados óbices que interferem na aplicação dos tratados internacionais em matéria tributária. A distinção entre propriedade real e propriedade virtual se apresenta praticamente crítica na aplicação dos tratados internacionais. Os tratados internacionais aplicáveis para a propriedade virtual seguem a ideia de remissão, uma forma de analogia. Ocorre que a analogia não é bem vinda em matéria tributária, especialmente para fins de aplicação das convenções internacionais para evitar a bitributação. Os acordos para evitar a dupla tributação devem lidar com a propriedade digital, num sistema de qualificação próprio da interpretação, de elementos de conexão.

Leve-se em conta que a manifestação de riqueza tributável, normalmente, se dá segundo algum instituto de direito privado, mas também ocorre manifestação de riqueza tributável oriunda do direito público, com os direitos trabalhistas pecuniários. A aproximação da realidade do direito tributário real deve ser feita por remissão legal, para não se distanciar do princípio da legalidade. A natureza jurídica da propriedade precisa ser investigada, para efeitos de enquadramento nas normas convencionais internacionais³⁰. A incerteza aqui decorre da qualificação de propriedade virtual no direito interno, que se afasta até mesmo da qualificação em tratados internacionais sobre a propriedade real, como comentado abaixo.

Soberania é um tema central nos tratados internacionais em geral. A ordem internacional depende diretamente da jurisdição nacional soberana, cujo representante subscreve os tratados. Tratados podem alterar em parte a soberania dos países signatários, porém mantêm a soberania deles de modo inegociável. Dois são os casos de qualificação, um para verificar se o Estado contratante tem competência para tributar o fato, e outro para aplicação do direito tributário nacional e do direito internacional privado³¹.

Quando se está diante de direitos como o de propriedade virtual, é mandatório tratar de aspectos específicos do direito de propriedade real, como o direito autoral, artístico, cultural, intelectual e marcário. Existem, assim, direitos de propriedade intangível, sujeitos às convenções internacionais como, por exemplo, a Convenção de Paris sobre a Propriedade Intelectual, a Convenção de Madri sobre o Registro de Marcas, a Convenção de Berna para a Proteção de Obras Artísticas e Literárias, o Acordo sobre os Aspectos Comerciais dos Direitos de Propriedade

³⁰ ROTHMANN, Gerd Willi. Problemas da qualificação na aplicação das convenções contra a bitributação internacional. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 76. São Paulo: Dialética, (33/43) p. 36.

³¹ VOGEL, Klaus. *Doppelbesteuerungsabkommen*. Munique: C. H. Beck, 1990, p. 44.

Intelectual³². Como se vê, a qualificação da propriedade no campo do direito internacional privado precede a interpretação e a aplicação sob a perspectiva do direito tributário internacional.

Notável a necessidade de ajustar o tipo propriedade ao que as convenções supranacionais estabelecem, antes de partir para a convenção bilateral sobre a mesma riqueza passível de tributação. Cada convenção internacional mencionada acima estabelece como deve ser reconhecida a propriedade intangível no mundo real. A propriedade virtual, ao emular a propriedade real, se aproxima em seus contornos, porém, como visto no item anterior, notam-se distanciamentos a impedir simples analogia. Importante discutir a definição de propriedade para fins dos tratados, pois o processo de qualificação depende de um significado ordinário, do contexto e dos objetivos do tratado internacional em matéria tributária³³. O sentido das palavras utilizadas nos tratados será interpretado de acordo com a legislação doméstica, em seu sentido mais restrito possível. Assim, a qualificação aproximativa do conceito de propriedade virtual ao conceito de propriedade real configura um risco ao contribuinte.

Em princípio, a qualificação nos tratados internacionais para evitar a bitributação é válida para a determinação da regra de alocação aplicável, as condições em que isso se concretiza e as consequências envolvidas nesse processo. Qualificar em tratados internacionais para evitar a bitributação tem outro sentido de qualificar para fins jurisdicionais internos. Não cobre e não produz efeitos em diversos aspectos do direito interno dos países contratantes³⁴. Se isso ocorre na relação entre os tratados e o direito interno, imagine como isso se dá no ecossistema do Metaverso. Pois a qualificação no direito tributário internacional se dá num momento posterior ao antecedente normativo elaborado pelo direito interno. Conceitos do direito civil utilizados pelo direito tributário geram dúvidas de interpretação³⁵. Assim, o regime jurídico nacional da propriedade virtual importa para a definição do antecedente normativo fiscal, com conseqüente de aplicação no direito tributário internacional.

A doutrina sobre a qualificação nos tratados internacionais em matéria tributária não é uma questão de aplicação. Adota-se a ideia de classificação, pois é daí que o país contratante vai partir para negociar a proporção de sua renúncia de

³² GONG, Jennifer Z. Defining and addressing virtual property in international treaties, p. 2011. Disponível em: https://www.bu.edu/jostl/files/2015/02/Gong_Web_171.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

³³ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, art. 31. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 20 mar. 2022.

³⁴ PRATS, Francisco A. G. Qualification of hybrid financial instruments in tax treaties. *Diritto e pratica tributaria internazionale* v. VIII, n. 3, Anno 2011, (977/997) p. 983.

³⁵ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Atualizado com a colaboração de Roberto Duque Estrada e Renata Emery. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2010, p. 142.

competência fiscal³⁶. Os problemas de qualificação normalmente emergem quando os tratados internacionais não alcançam fato determinado no direito interno das partes contratantes. O que dizer do fato econômico no Metaverso, em que sequer existe clareza quanto à jurisdição onde tal fato se dá, ou mesmo como se define propriedade em tal ecossistema. Num ajuste axiológico da propriedade no campo dos tratados, o Estado contratante usa a remissão, como uma regra geral, ao direito interno. As decisões isencionais e redutoras não anulam as leis internas, apenas suspendem a sua aplicação. Não modifica a lei nacional, de modo que a apuração da riqueza se dá, primeiramente no plano interno para, depois, verificar-se a aplicação da lei convencional, no sentido de qualificar a mesma hipótese como passível de tratamento de isenção ou redução³⁷.

Os conflitos de qualificação foram originariamente estudados no direito internacional privado, para dirimir dúvidas quanto ao direito aplicável. No direito tributário internacional, porém, tal dúvida não ocorre, pois o que se negocia é a alocação de regras em adição às leis fiscais internas dos países contratantes. No Metaverso, restringindo a classificação dos NFTs, é preciso dar alguns passos atrás, antes de debater a qualificação nos tratados internacionais em matéria tributária. Apenas a título exemplificativo, se os EUA definem NFT como propriedade intangível, para fins tributários, é preciso verificar como a outra jurisdição contratante atua nesse sentido. No caso do Brasil, a Receita Federal do Brasil – RFB emitiu uma norma no mesmo sentido estadunidense, embora não tenha sido específica em relação ao NFT, mas sim ao criptoativo³⁸. Ainda que o Brasil não mantenha tratado com os EUA, o raciocínio serve também para a reciprocidade.

Mais das vezes, os conflitos de qualificação nos tratados internacionais para evitar a bitributação se dão em relação à renda, menos frequentes para outros eventos econômicos. Também são estudados conflitos sobre entidades qualificadas como sujeito passivo da obrigação tributária, com atenção para as formas empresariais utilizadas nas transações internacionais. Como cada Estado contratante é livre para determinar seu sistema tributário, a qualificação é um tema interno, o que pode resultar em falta de harmonização, principalmente em relação às estruturas empresariais³⁹. A desarmonia ajustada no exemplo do NFT, ao menos nas operações entre Brasil e EUA, pode voltar à tona nas questões envol-

³⁶ VOGEL, Klaus. Double tax treaties and their interpretation. *International Tax & Business Lawyer* v. 4:1, (1/85) p. 50.

³⁷ VOGEL, Klaus. Harmonia decisória e problemática da qualificação nos acordos de bitributação. Traduzido por Luís Eduardo Schoueri. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurelio (coord.). *Direito tributário – estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998, (71/81) p. 72.

³⁸ Brasil – Receita Federal do Brasil – RFB. Instrução Normativa n. 1.888/2019.

³⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *A tributação internacional na era pós-BEPS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v. I, p. 37.

vendo entidades empresariais, como no exemplo das DAOs, não albergadas pelas leis internas de ambos os países como sociedades de direito privado. Existe, portanto, um claro risco de duplicidade de significados, da NFT e de DAO. Para evitar isso, recomenda-se uma análise da legislação interna para, superada esta fase, aplicar as regras distributivas dos tratados. Afinal, verifica-se até que ponto a legislação interna é afetada pela disposição convencional, levando em conta as regras distributivas⁴⁰.

De há muito se discute o direito do Estado de fonte de qualificar os fatos para, então, tal classificação jurídico-tributária ser seguida pelo Estado de residência⁴¹. Este posicionamento é polêmico e até mesmo contestado⁴². O fato é que, pensando no caso discutido aqui, a remissão ao direito interno demanda a qualificação da propriedade virtual tanto pelo Estado onde a riqueza é gerada, de fonte, quanto pelo Estado de residência, ou seja, onde se encontra a pessoa que detém a propriedade e a explora economicamente. Sustentar que o Estado de fonte é único competente para qualificar, segundo seu direito interno, os tipos de rendimento, não parece razoável⁴³.

O “novo” entendimento da OCDE sobre solução de conflitos de qualificação, com a ideia da recomendação de que o Estado de residência apenas verifique se o Estado de fonte tributou o fato em conformidade com as cláusulas convencionais tampouco ajuda no caso da propriedade virtual⁴⁴. No ecossistema do Metaverso, a atividade mercantil envolvendo NFT, forma de propriedade virtual, é equiparada à propriedade no mundo real, pelo Estado de residência. Este parece ter sido o posicionamento da Corte Federal de Finanças da Alemanha, conforme reportado acima. Ocorre que os EUA, segundo o entendimento do caso *Wayfarer*, atribuem ao estado federado a competência de tributar o fato econômico onde o valor é criado, a despeito de qualquer tratado internacional para evitar a bitributação, ou mesmo reciprocidade. É necessário pensar, ainda, que determinados tratados para evitar a bitributação atribuem ao Estado de fonte a competência para tributar e, naturalmente, este irá qualificar domesticamente o fato.

Afinal, o tratado internacional para evitar a tributação pode, ao alocar o rendimento para o poder de tributar a determinado Estado, estabelecer que ele exerça sua competência de acordo com o direito interno. Ocorre que, com relati-

⁴⁰ RAAD, Kees Van. Cinco regras fundamentais para a aplicação de tratados para evitar a dupla tributação. *Revista de Direito Tributário Internacional* n. 01. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 200.

⁴¹ JONES, Jon F Avery *et al.* The interpretation of tax treaties with particular reference to article 3 (2) of the OECD-Model. *British Tax Review*, 1984, p. 14.

⁴² SCHOUERI, Luís Eduardo. The residence of the employer in the “183-day clause” article 15 of the OECD’s model double taxation convention. *Intertax*, 1993, 1, (19/29) p. 22.

⁴³ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Atualizado com a colaboração de Roberto Duque Estrada e Renata Emery. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2010, p. 157.

⁴⁴ RUST, Alexander. The new approach to qualification conflicts has its limits. *Tax treaty monitor – Bulletin for International Fiscal Documentation* v. 57, No. 2. Amsterdam: IBFD, 2003, p. 47.

va frequência, o Estado de fonte recebe tal alocação, impedindo que o Estado de residência tribute a riqueza de seus próprios residentes⁴⁵. Dentro deste raciocínio, a transação econômica de um NFT, ocorrida no ecossistema do Metaverso, provoca mais dúvidas sobre a qualificação nacional e internacional.

5. Conclusão

Grandes desafios foram previstos em relação ao negócio digital há mais de duas décadas, sem que as entidades supranacionais encontrassem um norte para regular a questão de modo a minorar os efeitos da erosão das bases tributárias⁴⁶. Mesmo que se reconheça o fato, tais entidades seguem com pouca eficiência na regulação⁴⁷. A ideia de tributar onde o valor é criado faz sentido, porém tem pouca eficiência, a depender do negócio digital⁴⁸. No caso do Metaverso e, especialmente, das NFTs, o valor pode ser criado em múltiplas jurisdições, em função da tecnologia do blockchain.

A própria tecnologia do blockchain dificulta a caracterização de propriedade por um determinado país, levando em conta a certificação multifacetada, que confere o título. Além disso, a mesma tecnologia pode garantir a propriedade para tantos outros sujeitos não identificáveis. Como visto acima, o titular do direito de propriedade virtual é o usuário, que nem sempre corresponde a uma pessoa ou uma empresa. Além disso, por trás do usuário pode existir até um robô, ainda que isso seja vedado em algumas jurisdições. O fato é que o titular da propriedade virtual depende de uma regulamentação supranacional para fins da garantia de direitos e, como buscou-se enfrentar neste ensaio, para a tributação.

O fato é que os tratados internacionais apresentam um déficit na definição coerente da propriedade virtual. A analogia tem sido utilizada inadequadamente para algumas hipóteses para alcançar as novas tecnologias. Ainda no campo da qualificação, chamou a atenção a decisão da Corte Europeia de Justiça (CEJ) a palavra “evento”, qualificação nacional que definiu a prestação de serviços (IVA); segundo as leis comunitárias, o IVA é cobrado pelo país onde o serviço é prestado, com o problema de qualificação interna da palavra “evento”, além do tempo de permanência num Estado *versus* o tempo de instalação de um empreendimento⁴⁹.

⁴⁵ SANTOS, Ramon Tomazela. Os rendimentos provenientes de títulos públicos e o acordo de bitributação celebrado entre o Brasil e a Espanha. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 4. São Paulo: IBDT, 2018, (160-178) p. 173.

⁴⁶ AVI-YONAH, Reuven. International taxation of electronic commerce. *Tax Law Review* v. 52, fascículo 3. New York: New York University School of Law, p. 512.

⁴⁷ OECD. Addressing the tax challenges of the digital economy, Action 1 – 2015 final report. *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 15.

⁴⁸ BECKER, Johannes; ENGLISCH, Joachim. Taxing where value is created: what’s “user involvement” got to do with it? *Intertax* v. 47, n. 2. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2019, p. 12.

⁴⁹ Comunidade Europeia – Corte Europeia de Justiça (CEJ) – Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 13 March 2019. *Skatteverket v Srf konsulterna AB*. Request for a preliminary ruling from

Notável, por outro lado, o pragmatismo de determinadas cortes fiscais, que adotam o tipo propriedade na aplicação da legislação fiscal, determinando como competente o Estado de residência para tributar a renda das operações no Metaverso⁵⁰. Tais decisões, porém, apenas colocam mais dúvidas sobre o futuro da tributação para os casos aqui estudados, especialmente diante dos novos ambientes de negócio do Metaverso.

Referências

- ASCENSÃO, José de Oliveira. *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Petrony, 1968.
- AVI-YONAH, Reuven. International taxation of electronic commerce. *Tax Law Review* v. 52, fascículo 3. New York: New York University School of Law.
- BAL, Alexandra. German Tax Court rules renting virtual land is VAT free. Disponível em: <https://news.bloombergtax.com/daily-tax-report-international/german-tax-court-rules-renting-virtual-land-is-vat-free>. Acesso em: 20 mar. 2022.
- BECKER, Johannes; ENGLISCH, Joachim. Taxing where value is created: what's "user involvement" got to do with it? *Intertax* v. 47, n. 2. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2019.
- BRIDGET, J. Crawford. Tax avatars. *2008 Utah L. Rev.* 793. Disponível em: <http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/550/>.
- FAIRFIELD, Joshua A. T. Virtual property. *Boston University Law Review* v. 85:1047, (1047/1102), p. 1055. Disponível em: <https://www.bu.edu/law/journals-archive/bulr/volume85n4/FAIRFIELD.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.
- GARON, Jon M. Legal implications of a ubiquitous Metaverse and a Web3 future. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4002551>. Acesso em: 20 mar. 2022.
- GONG, Jennifer Z. Defining and addressing virtual property in international treaties. Disponível em: https://www.bu.edu/jostl/files/2015/02/Gong_Web_171.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.
- HEY, Johanna. Charakterisierung und Grundlagen der Besteuerung von Einkommen. *Einführung zum EStG*. (1/49). Disponível em: https://www.ertragssteuerrecht.de/media/EStG_Einf_282_10-2017_komplett.pdf. Acesso em: 20 mar. 2022.

the Högsta förvaltningsdomstolen. Reference for a preliminary ruling – Value added tax (VAT) – Directive 2006/112/EC – Article 53 – Supply of services in respect of admission to educational events – Place of taxable transactions. Case C-647/17. ECLI identifier: ECLI:EU:C:2019:195. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62017CJ0647>. Acesso em: 20 maio 2022.

⁵⁰ BAL, Alexandra. German Tax Court rules renting virtual land is VAT free. Disponível em: <https://news.bloombergtax.com/daily-tax-report-international/german-tax-court-rules-renting-virtual-land-is-vat-free>. Acesso em: 20 mar. 2022.

- ISENSEE, Josef. *Die Typisierende Verwaltung. Gesetzesvolzung im Massenverfahren am Beispiel der typisierenden Betrachtungsweise des Steuerrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1977.
- JONES, Jon F Avery *et ali*. The interpretation of tax treaties with particular reference to article 3 (2) of the OECD-Model. *British Tax Review*, 1984.
- KAUFMANN, Arthur. *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich, ein Beitrag Zur Lehre von Typus*. Heidelberg: R. V. Decker & C. F. Müller, 1982.
- KIRCHHOF, Paul. *Der Sanfte Verlust der Freiheit*. Munique: Hanser, 2004.
- LEDERMAN, Leandra. "Stranger than fiction": taxing virtual words. *New York University Law Review*. Disponível em: <https://www.nyulawreview.org/issues/volume-82-number-6/stranger-than-fiction-taxing-virtual-worlds/>. Acesso em: 20 mar. 2022.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Da interpretação e da aplicação das leis tributárias*. São Paulo: José Bushatsky, 1974.
- OECD. Addressing the tax challenges of the digital economy, Action 1 – 2015 final report. *OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD Publishing, 2015
- PRATS, Francisco A. G. Qualification of hybrid financial instruments in tax treaties. *Diritto e pratica tributaria internazionale* v. VIII, n. 3, Anno 2011.
- RAAD, Kees Van. Cinco regras fundamentais para a aplicação de tratados para evitar a dupla tributação. *Revista de Direito Tributário Internacional* n. 01. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- ROTHMANN, Gerd Willi. Problemas da qualificação na aplicação das convenções contra a bitributação internacional. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 76. São Paulo: Dialética.
- RUST, Alexander. The new approach to qualification conflicts has its limits. *Tax treaty monitor – Bulletin for International Fiscal Documentation* v. 57, No. 2. Amsterdam: IBFD, 2003.
- SANTOS, Ramon Tomazela. Os rendimentos provenientes de títulos públicos e o acordo de bitributação celebrado entre o Brasil e a Espanha. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 4. São Paulo: IBDT, 2018.
- SARTORI, Giovanni. *La política – lógica y método de las ciencias sociales*. Cidade de México: Fondo de Cultura Económica, 2000.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito tributário internacional – qualificação e substituição – tributação, no Brasil, de rendimentos provenientes de sociedade de pessoas residente na Alemanha. *Revista Dialética de Direito Tributário* n. 54. São Paulo: Dialética, 2000.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. The residence of the employer in the "183-day clause" article 15 of the OECD's model double taxation convention. *Intertax*, 1993, 1,.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *A tributação internacional na era pós-BEPS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v. I.

- SEER, Roman. Vorläufiger Rechtsschutz bei ernstlichen Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit eines Steuergesetzes – Aussetzung der Vollziehung Kernbrennstoffsteuerfestsetzung wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz des Bundes. *DStR*. 7/2012.
- VOGEL, Klaus. Double tax treaties and their interpretation. *International Tax & Business Lawyer* v. 4:1.
- VOGEL, Klaus. *Doppelbesteuerungsabkommen*. Munique: C. H. Beck, 1990, p. 44.
- VOGEL, Klaus. Double tax treaties and their interpretation. *International Tax & Business Lawyer* v. 4:1.
- VOGEL, Klaus. Harmonia decisória e problemática da qualificação nos acordos de bitributação. Traduzido por Luís Eduardo Schoueri. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; ZILVETI, Fernando Aurelio (coord.). *Direito tributário – estudos em homenagem a Brandão Machado*. São Paulo: Dialética, 1998.
- WIENER, Anna. *Vale da estranheza, fascínio e desilusão na meca da tecnologia*. Tradução de Débora Landsberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2022.
- XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Atualizado com a colaboração de Roberto Duque Estrada e Renata Emery. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2010.

Report: Exchange of Information: Opportunities and Challenges for Emerging Countries

Rodrigo Alexandre Lazaro Pinto

Preliminary remarks

The Panel 'Exchange of Information: opportunities and challenges for Emerging Countries' had four members: (i) Betina Treiger Grupenmacher (Professor of Tax Law at UFPR) as the chairman; (ii) Rodrigo Alexandre Lazaro Pinto (PhD Candidate at Universidade de Coimbra) as the moderator; (iii) Humberto Ávila (Professor of Tax Law at University of São Paulo) as the first panelist; (iv) Misabel Derzi (Professor of Tax Law at UFMG and Faculdades Milton Campos) as the second panelist; and (v) Clara Gomes Moreira (Professor of Professional Master's in International Tax and Comparative Law at IBDT) as the third panelist.

During the seventy-five minutes of duration of the panel, each panelist was entitled to make a short presentation lasting up to 20 minutes. The presentations were allocated in two major parts: transparency and the protection of taxpayers' rights and the role of transparency in international competition (discussed by Humberto Ávila and Misabel Derzi), as the first part; and international concerns involving exchange of information and the possible instruments aimed to address challenges to taxpayers' rights, as the second part (discussed by Clara Gomes Moreira).

The chairman opened and closed the panel, introducing each of the panelists and the moderator was in charge to respond questions and clarify the different connecting features among the presentations.

Opening – Chairman Betina Treiger Grupenmacher

At the opening of the Panel, the chairman expressed her gratitude for the opportunity to attend the congress and open the panel.

First Panelist – Humberto Ávila

Humberto Ávila opened the debate of the panel by presenting his perspective on the concept of "transparency" and the unbalance relationship of transparency over individuals-public authority's disclosures. Humberto Ávila argued that individuals must know that personal data will be naturally and officially be exchanged between public authorities. If individuals have the previous knowledge of which information that will be exchanged, it's possible to exercise their right to oppose to the exchange of information and take place on the discussion of relevance and need for its exchange. Therefore, even if individuals granted access of such data, individuals have no power to interfere with and exercise their fundamental rights against the control, use and manipulation of their information. Humberto Ávila defended the access to data in an intelligible way for defense and participation. In this sense, the absolute transpar-

ency would be forbidden as well as the free access to individual data then 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. Considering that article 5 (XII) of Federal Constitution clearly states that only telecommunication can be disclosed upon judicial order, therefore all other kinds of data cannot be accessed in any case. Humberto Ávila criticized the lack of consistency in the case law of Brazilian Supreme Court on this issue. The Supreme Court's precedents accepted that Public Authorities could have access to individual data without overruling article 5 (XII) of the Federal Constitution. According to Humberto Ávila, the above-mentioned case law lacks consistency which can be explained based on the different underlying interests involved in each precedent based on the political pressure arising from the developed countries interests to embrace the exchange of 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 – uncritical evaluation of the violation of the federal constitution.

Second Panelist – Misabel Derzi

Misabel Derzi made a very interesting critic about domestic and international transparency in the context of tax competition. Misabel Derzi explained the domestic and international scenarios of tax competition and the lack of transparency related to tax benefits, tax rulings and tax war. Misabel Derzi made an explanatory presentation about the report and the release of the BEPS Project, whereby one could identify a clear change of focus from tax competition and "race to the bottom" by tax havens and preferential tax regimes and BEPS Project launched the global cooperation towards the implementation of the tax transparency – for jurisdictions and taxpayers – of these tax benefits. Misabel Derzi highlighted that Action Plan 5 of the BEPS Project has parallels on Brazilian's issues related to non-transparent of tax benefits that harm direct tax's collection and impose the shifting of the tax burden to indirect taxes. Then, transparency and good tax governance are relevant to promote fair taxation and clamping down on unfair tax competition. In this sense, tax rulings and other tax benefits are disclosures for many parts in order to determine the impacts to other countries and provide elements to identify taxpayer's misconduct (eg. inspections related to substantial activities on double taxation treaties).

Third Panelist – Clara Gomes Moreira

Clara Gomes Moreira made the transition between the domestic law sensitive issues on exchange of information to the global discussions. Clara Moreira made an explanatory presentation on the modalities of exchange of information for tax purposes (i.e., on request, automatic and spontaneous). Regarding the exchange of information, Clara Moreira argued that, today, international instruments regarding the

exchange of information do not focus on taxpayers' rights, and domestic law is not enough for their protection while equally guaranteeing the efficacy of the exchange. In this sense, the rule is full transparency from taxpayers' perspective without the due consideration for the taxpayers' rights. Therefore, Clara Moreira 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 the judicial court) that taxpayers' rights could be protected. Clara Moreira highlighted that there is a necessity of international instruments to establish common standards for the protection of taxpayers' rights and avoid, for example, fishing expedition ("foreseeably relevant information"). Clara Moreira analyzed whether the standard of "foreseeable relevant" could provide enough protection for taxpayers' and cases that are not complying with the "foreseeable relevant" standard (fishing expeditions), once disclosed by the requesting State inevitably cause damages to the taxpayer. Clara Moreira explained that multilateral signatories' countries can create a digital platform in order to notify taxpayers about the information exchanged between tax authorities (right to knowledge on exchange of information on request) and give them the opportunity to exercise its taxpayer's rights, especially the access to documents, judicial protection, right to be heard and data protection.

Closing – Chairman Betina Treiger Grupenmacher

Betina Treiger Grupenmacher closed the panel by highlighting the relevance of the topic addressed in the panel, especially as far as taxpayers have the right to have access to exchanged data and the limits of the State's actions in seeking its data. Betina Treiger Grupenmacher emphasized the importance of compliance as a path to be followed by everybody and reinforced the need for guarantees against individual rights' violations.

O Papel da Transparência Fiscal Internacional na Concretização de Direitos Humanos

Rodrigo Alexandre Lazaro Pinto

Doutorando pela Universidade de Coimbra (Portugal). Mestre em Tributação Internacional pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (Brasil). Juiz do Tribunal de Impostos e Taxas de São Paulo (2020-23). Diretor Regional da Associação Nacional de Executivos de Finanças, Administração e Contabilidade – Anefac. Pesquisador do NEF-FGV, JusGov e IDP. Advogado, Contabilista e Professor.

Resumo

A transparência fiscal internacional referenda importante instrumento colaborativo para efetivar medidas para justa arrecadação fiscal e aplicação de recursos para custeio de despesas essenciais para a população dependente de serviços públicos, alinhando-se com a desejável humanização do Direito Internacional e proteção aos Direitos Humanos. Ao abrigar uma ampla divulgação de ativos financeiros de milhões de correntistas às autoridades fiscais ao redor do mundo, o presente artigo avalia se as medidas de transparência fiscal internacional, notadamente o compartilhamento automático de informações fiscais, conflitam com direitos individuais de contribuintes no contexto da proteção de Direitos Humanos, como a privacidade e a proporcionalidade das obrigações fiscais.

Palavras-chave: direitos humanos, direito internacional, transparência fiscal internacional.

1. Introdução

Ao longo das últimas décadas, os Estados assumiram o papel de custear novas despesas relacionadas ao bem-estar social, obrigando-se a buscar novas fontes de receitas para fazer frente aos crescentes dispêndios aplicados à saúde, à educação, à previdência e à assistência social.

Com o aparelhamento estatal inchado e, muitas vezes, pouco eficiente, a preocupação com a arrecadação tomou conta das jurisdições em sua agenda internacional das últimas décadas¹, com destaque aos desafios dos países em desenvolvimento (PED) para sustentar o desejável desenvolvimento econômico e social. Nas últimas décadas, como instrumento para incrementar receitas fiscais, as jurisdições aplicaram diversas políticas de indução ao investimento internacional e estímulos à expansão de atividades comerciais de empresas multinacionais – MNEs.

Cada vez mais os PED procuraram encorajar a vinda de capital internacional e investimentos de portfólio por meio da demonstração de vantagens competi-

¹ Para Portugal e Brasil, o alvo de incremento fiscal não foi diferente, mas, infelizmente, a agenda brasileira colocou em segundo plano o compromisso com a austeridade e a aplicação coerente dos gastos públicos.

vas entre as diversas jurisdições, mesmo apostando no controverso fortalecimento do sigilo bancário, fiscal e societário de investimentos *offshore*.

No entanto, diversos escândalos de ocultações de ativos e fluxos ilícitos de capitais surgiram na mídia em razão da utilização de canais de investimento em países com opacidade societária, bancária e fiscal. É o exemplo das notícias sobre os vazamentos de dados do Panama Papers, Swiss Leaks, Luxleaks e, mais recentemente, Pandora Papers, consistentes na divulgação de dados confidenciais de empresas localizadas em paraísos fiscais *offshore*. Por outro lado, diversas operações policiais e fiscais, no mesmo período, demonstraram que diversos centros financeiros internacionais movimentavam recursos ocultos dessas jurisdições.

O *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes* (Fórum Global) da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE elegeu como principais obstáculos à transparência dos mercados internacionais os sigilos bancário, fiscal e societário. Como a opacidade se caracteriza como meio facilitador de evasão e fraudes fiscais, a transparência fiscal foi considerada como o remédio para seu controle e sanção.

Assim, o Fórum Global concluiu que a impossibilidade de alcance de dados relevantes para fiscalização de ocultações de ativos em jurisdições estrangeiras, por parte das autoridades fiscais dos países de residência de seus controladores, poderia ser corrigida com a implementação de uma troca global de informações fiscais e bancárias para o combate das práticas fiscais danosas.

Dentre os métodos para alcance dos ativos potencialmente ocultos, o grupo de trabalho apresentou o compartilhamento automático de informações bancárias (*Automatic Exchange of Financial Information – AEOI*) por meio do Padrão de Declaração Comum (*Common Reporting Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information – CRS*) para informar as jurisdições estrangeiras da existência de ativos financeiros aplicados no exterior e potencialmente ocultos de declarações de rendas domésticas².

Atualmente, a rede de compartilhamento de dados conta com 154 jurisdições comprometidas com a adoção do CRS, sendo 105 jurisdições preparadas para as trocas de informações financeiras, com a previsão de inclusão de três jurisdições a partir de 2023.

Em paralelo aos trabalhos de transparência fiscal, a comunidade internacional desenvolveu esforços relacionados à identificação das pessoas físicas tidas como beneficiárias finais de entidades por meio da cooperação de instituições financeiras com dados em favor das autoridades financeira, judiciária e fiscal, a fim de combater crimes financeiros, tributários e terrorismo.

² Considerando o compartilhamento automático de dados financeiros como a forma mais ampla de divulgação de informações de interesse fiscal na CMAAT, há um recorte metodológico no presente artigo para se enfrentar a análise da perspectiva da transparência fiscal internacional no conflito com direitos individuais no contexto de direitos humanos.

Exemplo disso são os avanços promovidos pela *Financial Action Task Force* – FATF, órgão intergovernamental de combate à lavagem de dinheiro e ao terrorismo, sendo incorporados pelas legislações domésticas de diversas jurisdições, inclusive de Portugal e Brasil. Nesse sentido, os trabalhos da FATF contribuíram para que instituições financeiras realizassem a identificação compulsória do cadastro do cliente com a inclusão de seu beneficiário final, valendo-se de um conceito de influência significativa.

Com o início da troca de informações, a OCDE declarou que já foram alcançadas mais de 47 milhões de contas reportáveis aos países de residência de seus titulares, o que representa uma possibilidade de autuações fiscais sobre cerca de 4,9 trilhões de euros de ativos financeiros até 2019. Por outro lado, a OCDE informa que há grande mudança de comportamento de investidores nos tradicionais centros financeiros internacionais (exemplo: Suíça, Luxemburgo e Liechtenstein), os quais diminuíram suas movimentações financeiras em 551 bilhões de dólares americanos desde a expansão global da troca de informações até 2019 e 36% nos principais países de investimentos *offshore*, o que corresponde a uma redução de US\$ 74 bilhões de dólares em depósitos por ano³.

Em 2017, o primeiro ano em que Portugal começou a trocar informações financeiras de forma automática, foram recebidas informações de aproximadamente 732 mil contas bancárias de residentes e empresas portuguesas. Em 2018, o número de reporte cresceu para aproximadamente 931 mil contas bancárias. No caso do Brasil, segundo a Receita Federal do Brasil, foram alcançadas aproximadamente de 920 mil contas bancárias de residentes domésticos no período já compartilhado, incluindo os dados de CRS e FATCA.

Assim, o efeito dissuasor face aos agentes tangentes à norma fiscal e financeira é sentido por estarem cientes do risco de penalização por infrações mesmo com a alocação de ativos no exterior. Com base nesse novo paradigma de transparência fiscal internacional, as jurisdições aderentes aos instrumentos multilaterais poderão se valer das informações compartilhadas para impor a responsabilidade universal de contribuição de todos com a arrecadação fiscal e, em especial, alcançar contribuintes não declarantes de alta capacidade contributiva, arranjos e estruturas contratuais ou societárias criadas com objetivos ilícitos ou repatriar ativos de origem ilícita.

É evidente que a localização dos ativos financeiros ocultos, seus titulares e respectivos beneficiários finais vêm ao encontro do fortalecimento da fiscalização tributária e, por consequência, potencializa o equilíbrio fiscal entre a arrecadação e o custeio de despesas vitais ao interesse coletivo, especialmente em favor das

³ A única grande economia a não aderir ao CRS (Estados Unidos da América) experimenta um aumento de até 47% de depósitos *offshore* após a ampla implementação do CRS pelas jurisdições aderentes, possibilitando que os Estados Unidos da América ganhem um status de “estados de sigilo” e poderão ser um novo paraíso fiscal, conforme relatam Lauri Finer e Antti Tokola.

populações carentes. Nesse particular, a abordagem da transparência conecta-se ao interesse imediato de proteção dos direitos humanos, considerando a justiça fiscal como um dos meios diretos de fortalecer a humanização do Direito Internacional⁴.

No entanto, considerando a divulgação de dados de milhões de indivíduos e empresas, a transparência proposta em face dos contribuintes sobre seus bens, rendimentos e ativos mitiga algumas proteções aos direitos humanos de primeira geração, ligadas às liberdades dos indivíduos de viverem sem uma ostensiva interferência na sua vida privada pelo poder estatal.

O compartilhamento de dados financeiros e a relação direta de um indivíduo ao exercício social como beneficiário final de determinada atividade econômica *offshore* alcançam diretamente a privacidade e proteção de dados de milhões de contribuintes na tensa relação entre Estado-particular, atingindo a universalidade de contribuintes, indistintamente, infratores ou não da legislação fiscal e financeira. Se, de um lado, o poder estatal *perquire*, idealmente, o interesse coletivo da justa arrecadação tributária, de outro, o contribuinte, individualmente, não pode ser alvo de infração aos seus direitos humanos, dentre eles, a privacidade, a proporcionalidade das obrigações fiscais e a previsibilidade na defesa de seus direitos à privacidade por um procedimento legalmente previsto.

O objetivo do presente artigo é avaliar e, de modo fundamentado, concluir como a transparência fiscal internacional endereçada pelo CRS se apresenta na agenda de humanização do Direito Internacional e se tal compromisso poderá conflitar com direitos individuais no contexto de direitos humanos.

2. Transparência fiscal no direito internacional

A norma tributária possui aplicação sobre fatos jurídicos realizados no território de sua jurisdição e sobre fatos dotados de estraneidade, sendo os fatos geradores extraterritoriais com aparente dificuldade para se impor a necessária força coativa da norma tributária (*jurisdiction to enforce*). Nesse particular, nenhum contribuinte se sentirá coagido a respeitar a conformidade fiscal com a norma tributária na hipótese de saber que sua jurisdição não pode exercer atos coativos em outra jurisdição, ou seja, não há o efeito dissuasor de potencial penalidade doméstica no caso de infração legal.

⁴ Dentre as modalidades de cooperação internacional previstas pela CMAAT, além da troca automática de informações, destacam-se a fiscalização simultânea em duas ou mais jurisdições e a colaboração em cobrança de créditos tributários em favor de outras jurisdições. Ademais, a CMAAT permite a flexibilidade na escolha de quais parceiros de tratados pretendem se comprometer e qual instrumento de cooperação fiscal internacional é interessante para a jurisdição aderente (troca de informações nas modalidades espontânea, a pedido e automáticas, fiscalizações tributárias simultâneas e no exterior, assistência à cobrança de créditos tributários e medidas cautelares).

Em regra, um Estado não poderá fazer valer sua norma jurídica interna em outra jurisdição soberana, considerando o disciplinamento normativo que veda exercício de poder em outro Estado (territorialidade negativa), salvo em situações de colaboração entre as jurisdições envolvidas nesse fato jurídico-tributário de interesse comum.

O Fórum Global promoveu a edição da Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária – CMAAT, instrumento que prevê diversas formas de cooperação administrativa em matéria fiscal. A CMAAT veicula regras sobre confidencialidade e uso adequado de informações para fins fiscais, além de permitir a troca automática de informações bancárias para fins fiscais.

Ao tratar do intercâmbio automático de informações bancárias para fins fiscais, a CMAAT exige um Acordo entre as Autoridades Competentes – CAA para operacionalizar a troca automática entre as jurisdições em uma base bilateral de compartilhamento de dados e um Acordo Multilateral de Autoridades Competentes – MCAA para ativar a troca bilateral por centena de jurisdições.

Assim, o MCAA regula o internamento, em Portugal e no Brasil⁵, do CRS e endereça a base legal para a troca automática de informações fiscais. Por outro lado, o MCAA veicula regras específicas para a formatação do relatório padrão do CRS e as diligências devidas (*due diligences*) para apoiar a troca automática de informações bancárias.

Nesta senda, as instituições financeiras globais de países subscritores do CMAAT e CAA ou MCAA, por meio do CRS, ficam obrigadas a compartilhar informações financeiras de correntistas residentes ou domiciliados em países parceiros dos tratados citados com a autoridade fiscal local para posterior remessa à jurisdição interessada nos dados. Como se vê, o CRS pode ser reputado como um verdadeiro dever instrumental das instituições financeiras em benefício de jurisdições consignatárias do CAA ou MCAA firmado com a autoridade competente de residência dessas instituições.

As instituições financeiras devem cumprir exigências padronizadas de *due diligence* para identificar os titulares e o beneficiário final dos ativos financeiros, pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras, a fim de relatar informações às autorida-

⁵ Por força da Diretiva 2014/107/UE e seu internamento ao ordenamento jurídico pelo Decreto-lei n. 64/2016, a jurisdição portuguesa implementou a troca automática de informações financeiras para fins fiscais a partir de 1º de janeiro de 2016. A legislação portuguesa consagrou a *wider approach* para troca de informações fiscais, como, por exemplo, a aplicação dos procedimentos de identificação de contas e de auditoria em relação a todos os titulares de contas financeiras que não sejam residentes em território português.

Por seu turno, o Brasil se comprometeu a realizar a primeira troca de informações automática no ano de 2018, sendo internalizado o citado instrumento pelo Decreto Legislativo n. 105/2016 e pelo Decreto Federal n. 842/2016, bem como implementando o CRS por meio da edição da Instrução Normativa RFB n. 1.680, de 2017.

des fiscais de residência, que, a seu turno, as enviarão aos demais países signatários do intercâmbio de informações de forma automática. Em síntese, a instituição financeira estrangeira, a autoridade fiscal onde se localiza o investimento e autoridade fiscal de residência do correntista estarão com a posse dos referidos dados sigilosos sob o manto de sigilo.

Por outro lado, as jurisdições subscritoras dos instrumentos multilaterais assumem um compromisso de adotar uma infraestrutura para manter a base de dados em absoluto sigilo, sendo apenas compartilhado seu conteúdo em favor da autoridade fiscal doméstica. Assim, não se espera que os dados bancários sejam destinados a terceiros ou mesmo vazados, sendo a proteção dos dados anteriormente protegidos por sigilo bancário, em posse de uma instituição financeira, sob tutela do sigilo fiscal, com sua recepção pelas autoridades fiscais estrangeiras e domésticas.

No mesmo giro, as autoridades fiscais dos países signatários da CAA e do MCAA estarão em posse de grande volume de informações financeiras de seus residentes ou domiciliados domésticos, nomeadamente os montantes brutos totais de seus ativos financeiros no exterior, incluindo os juros, dividendos e outras rendas pagas ou creditadas, assim como as receitas de venda ou resgate de ativos financeiros pagos ou creditados na conta durante o ano-calendário ou período equivalente.

Assim, a Autoridade Tributária e Aduaneira de Portugal e a Receita Federal do Brasil recebem apenas uma “fotografia” da posição financeira da conta reportável estrangeira de seus residentes ou domiciliados domésticos no último dia do ano ou período equivalente, possibilitando o início de uma fiscalização sobre eventual omissão de rendimentos de ativos financeiros localizados no exterior e a constatação de eventual evolução patrimonial a descoberto no período fiscalizado.

Deveras, a manifestação de riqueza sobre renda no exterior reportada pelo CRS poderá ser relevante em relação à fiscalização do titular da conta, pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada em Portugal ou no Brasil, seja por eventual omissão em sua declaração doméstica, seja pela divergência com outras informações financeiras de posse da autoridade fiscal doméstica.

3. A transparência fiscal como instrumento de arrecadação de fatos geradores dotados de estraneidade

É fato notório o papel da tributação como fonte primária de custeio de serviços públicos essenciais à população. Se, por um lado, o Estado possui o dever de cobrar tributos de forma equilibrada e universal por parte de sua população, por outro, espera-se do Estado a execução dos serviços essenciais ao exercício pleno da cidadania. Assim, a sensação, na população, de concretização do almejado equilíbrio na imposição fiscal em suas manifestações de riqueza e devolução do sacrifício de todos em serviços está diretamente relacionada com a con-

formidade fiscal, com a moralidade e com o respectivo sucesso de sua sujeição fiscal por seus contribuintes.

Os Estados buscam intensificar meios para alcançar o equilíbrio em questão. A proposta do Orçamento do Estado Português para 2022 busca apoiar as famílias com filhos e combater a pobreza na infância, formalizando uma política pública de “Garantia para a Infância”⁶. As ações sociais em questão buscam apoiar 18,4% da população em taxa de risco de pobreza (2020) e diminuir a desigualdade existente na distribuição de rendimentos⁷.

Por outro lado, na perspectiva de PED, grande parte da população tem desconfiança no funcionamento de seus sistemas tributários, baseada, especialmente, na noção de cargas tributárias desiguais⁸ e na ineficiência estratégica de converter receitas fiscais em serviços públicos essenciais⁹.

No espeque da desigualdade na carga fiscal de PED, é importante notar que a tributação sobre rendimentos e ganhos de capital enfrenta diversos desafios de operacionalização no mundo contemporâneo¹⁰. Assim, os PED optam por concentrar grande parte da tributação no consumo de bens e serviços, sabidamente mais regressiva e incrementadora do indesejável desequilíbrio da carga suportada pelos mais pobres, como é o caso do Brasil¹¹. Por sua vez, nos países de média e alta renda, a preocupação sobre a justiça fiscal repousa na omissão voluntária de renda por meio de planejamentos fiscais abusivos e evasão fiscal.

Há um consenso crescente entre todas as jurisdições de que o desafio para melhorar a arrecadação está em ampliar a base de contribuintes de alta capacidade contributiva em desconformidade fiscal e, ao mesmo tempo, garantir que to-

⁶ Com uma perspectiva de recuperação econômica e redução da taxa de desemprego, o equilíbrio fiscal é um desafio perene na política macroeconômica portuguesa, conforme relatório do Banco de Portugal. Projeções para Portugal atualizadas em: 24 de março de 2022. Disponível em: <https://www.bportugal.pt/page/projecoes-economicas>. Acesso em: 24 abr. 2022.

⁷ Cf. Instituto Nacional de Estatísticas. Disponível em: https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpgid=ine_tema&xpid=INE&tema_cod=1110&xlang=pt. Acesso em: 24 abr. 2022.

⁸ Na América Latina, a confiança no governo pode ser tão baixa quanto 17% (Brasil). OCDE (2020). Em Portugal, há notícia de insatisfação na qualidade dos serviços públicos. Cf. Banco Mundial. Innovations in tax compliance. Building trust, navigating politics, and tailoring reform. Roel Dom, Anna Custers. Disponível em: <https://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/978-1-4648-1755-7>. Acesso em: 24 abr. 2022.

⁹ Pontos de Vista. Portugueses dão nota negativa na qualidade dos serviços públicos. Disponível em: <https://pontosdevista.pt/2019/09/25/portugueses-dao-nota-negativa-qualidade-dos-servicos-publicos/>. Acesso em: 24 abr. 2022.

¹⁰ O Banco Mundial apresenta dados de que apenas 5% da população dos países de baixa renda está registrada no imposto de renda de pessoa física (contra 50% nos países de alta renda), cobrindo apenas 15% de rendimentos produzidos nesses países (FMI 2011).

¹¹ Cf. Banco Mundial. Indirect tax incidence in Brazil assessing the distributional effects of potential tax reforms. Gabriel Lara Ibarra. Rafael Macedo Rubião. Eduardo Fleury. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/36783/Indirect-Tax-Incidence-in-Brazil-Assessing-the-Distributional-Effects-of-Potential-Tax-Reforms.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 abr. 2022.

dos os contribuintes que já constam na base de arrecadação fiscal estejam pagando o que deveriam pagar.

A questão crítica é então: onde estão as maiores lacunas na arrecadação de IRS nas quais os administradores fiscais devem se concentrar? A OCDE respondeu, em parte, esta questão ao indicar que as autoridades tributárias irão tomar conhecimento, por meio da colaboração fiscal internacional, em especial, a troca automática e o pedido de informações, de fatos dotados de estraneidade que possam ser fiscalmente relevantes para a tributação local.

Em Portugal, a preocupação é crescente quanto à regularidade fiscal de residentes nacionais que possuem renda e ativos no exterior, como é o caso de nômades digitais (*freelancers*), residentes não habituais, contribuintes aderentes ao programa de residência por investimento e a recente multiplicação de contribuintes portugueses com investimentos no exterior. No caso do Brasil, há uma década a BBC já informava que ricos brasileiros têm uma das maiores fortunas do mundo em paraísos fiscais¹².

A inovação, no Direito Internacional, é a busca coordenada dos Estados para exercerem seu poder sobre fatos geradores ocorridos em território de outros Estados, possibilitando sancionar fatos que transcendem o princípio da territorialidade em seu sentido formal.

Os contribuintes com ativos financeiros no exterior passaram a ser medidos, mapeados e monitorados, sendo a transparência fiscal o pilar fundamental para essa busca de conformidade fiscal. Segundo a OCDE, os progressos em matéria de transparência e intercâmbio de informações ajudaram a recolher aos cofres públicos cerca de 107 bilhões de euros em receitas tributárias por meio de programas de declaração voluntária de ativos (exemplo: repatriação de valores com anistia parcial de juros e multas) e esforços conjuntos em diligências fiscais internacionais¹³.

Desses 107 bilhões de euros de incremento fiscal baseado na transparência fiscal, aproximadamente 12 bilhões foram arrecadados no Brasil, com a declaração de ativos no exterior que somaram cerca de 51 bilhões de euros.

No caso de Portugal, como sua adesão ao programa de transparência europeu iniciou antes da concretização do movimento coordenado pelo Fórum Global, os Regimes Extraordinários de Regularização Tributária – RERT renderam, ao longo dos anos, as arrecadações extraordinárias de 43 milhões de euros (820 milhões declarados), 83 milhões de euros (1.660 milhões declarados) e 258,4 milhões de euros (3,4 mil milhões declarados)¹⁴.

¹² Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/07/120722_ricos_evasao_brasil_rp. Acesso em: 21 maio 2021.

¹³ OCDE. Tax transparency and exchange of information in times of Covid-19 – 2020 Global Forum Annual Report. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/global-forum-annual-report-2020.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022.

¹⁴ Sapo. Perdões fiscais rendem centenas de milhões. Disponível em: <https://sol.sapo.pt/artigo/67577/perdoes-fiscais-rendem-centenas-de-milhoes>. Acesso em: 24 abr. 2022.

As formas de cooperação internacional em matéria fiscal estão encampando novas oportunidades de localização de fontes de arrecadação, especialmente em momento de crise fiscal global pós-Covid-19, como no exemplo citado pela OCDE no uso de *Exchange of Information on Request* – EIOR, que permitiu a cobrança de cerca de 10 bilhões de euros em receitas fiscais adicionais apenas no ano de 2020. As iniciativas regionais estimularam novos avanços no compartilhamento de dados para fins fiscais, fazendo surgir novas ferramentas e abordagens inovadoras pelos seus membros, especialmente durante a pandemia¹⁵.

O incremento à arrecadação fiscal como suporte financeiro primário para custeio dos serviços públicos poderá ser ampliado pela transparência fiscal, especialmente pela busca da conformidade voluntária de contribuintes cientes do efeito dissuasor por potenciais infrações fiscais e a possibilidade de localização de receitas ocultas aos olhos da fiscalização tributária de diversas jurisdições.

No entanto, o acesso ostensivo aos dados de milhões de pessoas de forma antecipada a um procedimento fiscal em curso ou mesmo realizando a coleta de provas (informações bancárias) por meio de quebra do sigilo bancário sem qualquer passo anterior para se verificar se a utilização dos dados é relevante a um potencial processo fiscal é questão que se debate intensamente na última década.

4. Os direitos humanos na perspectiva do contribuinte com dados compartilhados pelo AEOI

4.1. A proteção da privacidade e sigilo bancário

O fundamento para existência dos direitos humanos está na historicidade de suas conquistas sociais que se afirmaram após muitas lutas entre oprimidos e excluídos contra o poder dominante no decorrer dos tempos, buscando, dentre outros, a proteção mínima da liberdade, da vida privada, da não intervenção na atividade econômica e da dignidade da pessoa humana, a fim de viabilizar uma sobrevivência coletiva pacífica.

A intimidade é um pressuposto à autonomia privada e consiste em excluir do conhecimento dos demais o que se refere somente ao indivíduo, sendo controlada a indiscrição alheia em assuntos particulares que só a ele interesse. Assim, os dados dos indivíduos são protegidos por sigilo, sendo estes conformados com proteções especiais e sua quebra extraordinária deve ser fundamentada em um valor constitucional.

Deveras, mesmo quando previsto um direito do indivíduo, esta previsão é heterogênea e, às vezes, incompatível com outros direitos também garantidos internacionalmente por estatutos e incorporados pelas constituições, como é o caso de se solicitar a quebra de sigilo bancário para se provar uma infração à lei.

¹⁵ Cf. OECD. Tax transparency and exchange of information in times of Covid-19 – 2020 Global Forum Annual Report. Paris, 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/global-forum-annual-report-2020.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022.

Não se pode disfarçar que há uma relativização do direito à privacidade e sigilo absoluto de dados pessoais após a ampla incorporação do arcabouço normativo relativo ao compartilhamento internacional de dados financeiros e a demonstração compulsória de seu beneficiário final.

A limitação do princípio da privacidade de dados pessoais quanto aos dados financeiros compartilhados de forma automática é relativizada em face do interesse da fiscalização tributária no contexto de ser um elemento probatório relevante para o exercício do poder-dever de cobrar tributos no escopo da justiça fiscal, inclusive referendada por diversos tribunais constitucionais¹⁶, reconhecendo que a privacidade e o sigilo bancário não se sobrepõem ao interesse do Estado pela justa distribuição dos encargos tributários entre os contribuintes.

No entanto, a Declaração de Direitos Humanos das Nações Unidas afasta a exceção à proteção da intimidade no caso de “interferência arbitrária”, sendo evidenciado que o direito à privacidade não se trata de um direito absoluto, mas deve ser respeitado em caso de abusos por parte da autoridade pública.

Viktoria Wöhrer¹⁷ reforça a importância do CRS como elemento fundamental para localização de omissões de renda, mas ressalta que as salvaguardas processuais de compartilhamento de dados de contribuintes devem estar em conformidade com as garantias de proteção de dados das normas internacionais de compartilhamento e, em especial, o tratamento de informações de seus titulares (correntistas).

A citada autora lembra que, além de o MCAA não prever explicitamente que os titulares das contas sejam informados do compartilhamento e seu respectivo conteúdo, não existe garantias processuais de se contrapor ao seu compartilhamento e ao conteúdo divulgado às autoridades fiscais, o que impede a demonstração que o compartilhamento (*in concreto*) é desnecessário ou desproporcional para fins fiscais e em violação ao Princípio da Transparência da *General Data Protection Regulation* – GDPR.

Assim, a autora defende que a proteção de dados sigilosos exige que os titulares dos dados tenham o direito de serem informados sobre o compartilhamento e respectivo tratamento de seus dados pelas autoridades fiscais. Arrematando este ponto, a autora sustenta a necessidade de maior regulação ao compartilhamento de dados dos contribuintes para se evitar que a troca de informações para

¹⁶ Cf. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 2.390, n. 2.386, n. 2.397 e n. 2.859: o art. 6º da Lei Complementar (LC) n. 105/2001, que permite à Receita Federal receber dados bancários de contribuintes fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial, é constitucional e se fundamenta na inexistência de quebra de sigilo, já que há apenas a transferência de sigilo bancário da órbita bancária para o sigilo fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros.

¹⁷ WÖHRER, Viktoria. Data protection and taxpayers' rights: challenges created by automatic exchange of information series. *WU – Tax Law and Policy Series* v. 10. Last reviewed: 21 Feb. 2018. Publicado em 17 de setembro de 2018.

fins fiscais esteja em desconformidade com as normas de proteção de dados na União Europeia, instrumento sob aplicação no ordenamento jurídico português.

No contexto brasileiro, com íntima relação com a GDPR, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei n. 13.709, de 14 de agosto de 2018) referenda o Princípio da Transparência no compartilhamento e, conseqüente, tratamento de dados na relação com particular e autoridade pública, impondo a ciência do titular do dado compartilhado acerca de seu conteúdo e respectivo tratamento pela autoridade pública¹⁸.

É importante notar que o contexto de edição do AEOI não trata de um compartilhamento de dados pressupondo um procedimento fiscal em curso, visando alcançar um determinado indivíduo ou empresa em específico, com um processo ou decisão anterior para fundamentar uma quebra de sigilo ou mesmo o início de coleta de provas para fundamentar uma fiscalização tributária.

No entanto, é importante entender se a intimação de compartilhamento de dados prevista no contexto das GDPR e LGPD para contrapor a utilidade do seu compartilhamento ou correção de alguma informação se mostra útil ao correntista e a autoridade fiscal doméstica. Como não há um procedimento fiscal em curso para a formalização da suposta oposição ao compartilhamento, será necessário criar um procedimento para ciência sobre o dado e oportunização de sua recursa.

Ademais, é importante lembrar que o correntista possui ciência inequívoca dos seus dados bancários no final do exercício, possuindo acesso aos seus extratos e posição do investimento fornecida pela instituição financeira estrangeira no período base de compartilhamento. É a informação ali disponível ao correntista, sob tutela de sigilo fiscal, que será apresentada à autoridade fiscal de sua residência.

Por outro lado, é preciso entender se encontra terra firme, nos direitos humanos e no Direito Internacional, uma ampla e universal garantia para a resistência do indivíduo ao compartilhamento de seus dados em caso de interesse da arrecadação e fiscalização tributária.

Por hipótese, a oposição ao compartilhamento poderia ser de um contribuinte sustentar que é dispensável seus dados serem objeto de compartilhamento internacional e transitarem, de forma desnecessária, por duas autoridades fiscais porque está em regularidade fiscal perante a autoridade fiscal doméstica, ao declarar previamente seu ativo financeiro perante suas declarações de renda domésticas e não existiria, supostamente, o interesse da arrecadação e fiscalização tributária em dado que não poderá gerar qualquer efeito à fiscalização. Outro motivo para se opor ao compartilhamento do CRS, em hipótese, é a existência de um potencial erro nos dados compartilhados e que poderão suscitar um indesejável e custoso procedimento fiscalizatório desnecessário, gerando-se, por exemplo, gastos ao indivíduo para contratar um advogado e dessabor em se defender

¹⁸ Cf. art. 6º, incisos I, II, III, IV, VI e art. 7º, inciso II, alínea b, da Lei n. 13.709/2018.

de algo supostamente ilegítimo, assim como há perda de escasso esforço da fiscalização e eficiência da autoridade fiscalizatória envolvida.

Por outro lado, se o contribuinte não está em conformidade fiscal, a razão para sustentar a desnecessidade de compartilhamento se esvazia pela impossibilidade de se defender alegando sua própria torpeza (*venire contra factum proprium*).

No entanto, faria sentido intimar o contribuinte do conteúdo compartilhado antes mesmo de um procedimento fiscalizatório iniciado? A movimentação de recursos estatais e esforço antecipado de milhares de contribuintes, anualmente, para analisar dados de todos os interessados a se oporem ao compartilhamento e apresentar antecipadamente uma prova de que já declarou seus ativos perante a autoridade fiscal, a fim de se verem livres do compartilhamento de dados, não se mostra razoável e proporcional.

O princípio da razoabilidade condiciona a aferição do grau de insuportabilidade de determinada medida e a avaliação de padrões de razoabilidade destinados a neutralizar excessos de ordem fiscal eventualmente praticados pelo Poder Público. O respeito na aplicação do princípio da razoabilidade condiciona o Poder Público a não impor deveres inviáveis, excessivamente onerosos, desnecessários ou ineficazes¹⁹.

Por sua vez, o princípio da proporcionalidade leva em consideração o balanço entre valores protetivos de determinado bem tutelado. Sua consecução exige proporcionalidade entre os meios de que se utilize a Administração e os fins que ela tem que realizar. Assim, o princípio da proporcionalidade veda as prescrições irrazoáveis das partes, sendo possível a avaliação racional da medida e seu custo ao indivíduo²⁰.

Um primeiro valor a ser observado na presente hipótese é a verificação antecipada da regularidade fiscal dos contribuintes que não desejarem ter seus dados transmitidos por outras jurisdições. Ora, se os contribuintes possuem a informação a ser compartilhada com base na posição financeira declarada pela instituição financeira e estão cientes que serão submetidos ao regramento de compartilhamento de dados pelo AEOI, assim como os dados sigilosos permaneceram sobre segredo, não há uma razão pela qual se possa entender ferido o estatuto de transparência para proteção de dados dos contribuintes.

Em relação à informação sobre tratamento de dados pela autoridade fiscal, há a necessária exceção à informação sobre tratamento na hipótese do exercício do poder de polícia sobre fiscalização da renda de contribuinte em possível situa-

¹⁹ Cf. TAKANO, Caio Augusto. *Limitações aos deveres instrumentais tributários (aplicação do art. 113, § 2º do Código Tributário Nacional)*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

²⁰ Cf. TAKANO, Caio Augusto. *Limitações aos deveres instrumentais tributários (aplicação do art. 113, § 2º do Código Tributário Nacional)*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

ção de omissão ou fraude, sendo uma extensão da soberania em relação a fatos com elementos de conexão válidos para atingir uma exação sobre a potencial omissão ou subtração fraudulenta de renda²¹.

Da mesma forma, vale repisar que a utilidade de o contribuinte receber a informação objeto de compartilhamento antes da transmissão do CRS à autoridade fiscal para se opor contra eventual erro nos dados compartilhados pode ser de interesse de todos os envolvidos em caso de erros, mas se torna redundante ao considerar que a informação é disponível ao contribuinte ao simples acesso de seu extrato disponível pela instituição financeira e, caso o erro seja na declaração de renda do contribuinte, é passível de regularização por meio de retificações voluntárias de suas obrigações acessórias.

Noutro giro, a prática internacional estabelece que a participação do contribuinte em procedimentos de troca internacional de informações deve ser evitada nas situações em que existem suspeitas ou indícios de fraude fiscal²². Assim, a sua participação em procedimento anterior à lavratura de auto de infração, especialmente na obtenção de dados sensíveis relacionados ao objeto de compartilhamento de informações fiscais, poderá ser questionável pelo próprio fundamento de existência do CRS: combate de omissões ilícitas, a fim de que sejam evitadas, controladas e sancionadas.

Como muitas legislações domésticas outorgam garantia de acesso à informação ao contribuinte em relação aos seus dados disponíveis em cadastro da administração pública, em especial, aqueles recepcionados de outras jurisdições por meio do CRS, é possível ao interessado solicitar a informação em cadastro para autoridade fiscal nacional. Assim, com base nos dados fornecidos pela autoridade fiscal em relação ao compartilhamento do CRS, o contribuinte poderá corrigir eventual omissão em suas obrigações acessórias e realizar eventual denúncia espontânea de diferença de tributos em suas informações fiscais, atingindo sua regularidade fiscal antes do início de uma futura fiscalização.

Considerando que as informações são fornecidas em um determinado mês (exemplo: setembro) subsequente ao ano-calendário reportado pelo CRS, o início de um processo fiscalizatório poderá não ocorrer de imediato, porquanto não é inusitado pensar que o contribuinte possui um tempo razoável para ajustar suas informações fiscais em caso de divergência com as informações recepcionadas pela autoridade fiscal.

Neste sentido, se é possível obter seu conteúdo antes de uma fiscalização em concreto, o CRS acaba perdendo o “efeito surpresa” de atuar o contribuinte irregular, razão pela qual seu objeto estará mais desenhado para aquele sonegador

²¹ Art. 6º, incisos I, II, III, IV, VI e art. 7º, inciso II, alínea b, da Lei n. 13.709/2018.

²² Cf. TONELLI JÚNIOR, Renato Adolfo. *A troca internacional de informações em matéria tributária e a cláusula due process of law. Uma análise do contexto brasileiro*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2017, p. 120.

contumaz e consciente dos riscos fiscais e criminais inerentes à sua ação ou omissão dolosa ou ao agente que, sabidamente, evade recursos de forma criminosa para esconder um crime antecedente.

Por outro lado, a evidência de um dado incorreto em poder da autoridade fiscal doméstica por conta de um erro de processamento de dados pela instituição financeira estrangeira ou autoridade fiscal da jurisdição da fonte poderá ser desafiada por um requerimento de retificação ou mesmo remédios processuais, como *habeas data*²³, desde que o contribuinte demonstre sua incorreção com provas documentais pré-constituídas e possibilite análise de plano pela autoridade responsável por sua análise.

Embora sejam indicadas as problemáticas acima, os apelos por maior transparência financeira dos contribuintes são decorrentes de uma extensão do poder coercitivo da autoridade pública para o fim de se obter uma informação presumivelmente relevante para uma eventual fiscalização tributária.

4.2. A proporcionalidade do compartilhamento de dados para início de uma fiscalização

A massa de dados compartilhada pode sequer não ser aproveitada por muitas jurisdições, como é o caso de autoridades fiscais que não possuem os recursos tecnológicos ou estruturais para realizar o cruzamento eficiente de dados com a renda e o patrimônio declarados pelos contribuintes em suas obrigações acessórias domésticas.

Segundo Lauri Finér e Antti Tokola, em relação à aplicação da Savings Directive (2003/48) da União Europeia e em Acordos de Dupla Tributação – ADT, em muitos casos, não foi possível identificar os contribuintes eletronicamente, pois os dados de identificação estavam com defeito²⁴. Na Suécia, por exemplo, os dados compartilhados automaticamente por outras jurisdições não eram sequer usados se os contribuintes não pudessem ser identificados eletronicamente. Na opinião das autoridades fiscais suecas, 90% dos contribuintes podem ser identificados automaticamente no compartilhamento fornecido pelos países nórdicos. O percentual para alguns países correspondeu a apenas 50%. Muitos países também enviaram informações com muitos anos de atraso ou sem conteúdo.

²³ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXXII – conceder-se-á *habeas data*:

a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
b) para a retificação de dados, quando não se prefera fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;”

²⁴ Cf. 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.

Mesmo que a informação seja utilizada integralmente pela autoridade fiscal, é importante referendar uma preocupação relevante em relação à limitação do dado compartilhado pelo CRS. Por ser o fornecimento de dados globais do ativo financeiro no final do exercício financeiro ou período equivalente e não se tratando de uma evolução mensal do saldo em conta, não é possível realizar o arbitramento e correspondente autuação fiscal apenas com base na informação fornecida pelo relatório do CRS, o que demanda a realização de uma fiscalização completa em face de indícios de potencial omissão de rendimentos tributáveis.

Se há grande dúvida sobre a efetividade do uso do CRS, qual é a razão de se quebrar o sigilo bancário de milhões de pessoas para garantir um colossal banco de dados? Faz sentido que a intimidade e o sigilo sejam postos de lado para que se faça essa varredura global?

É relevante repisar que as jurisdições domésticas não possuem meios de localizar ativos ocultos em outras jurisdições, o que torna evidente a imprescindibilidade da informação prestada pela sistemática de cooperação internacional em relação a fatos cujo conhecimento é impossível de se obter.

No entanto, obter informações de interesse da fiscalização por meio de instrumentos normativos fundados no Direito Internacional é um assunto enfrentado em tribunais internacionais sob o ponto de vista da razoabilidade e da proporcionalidade, em especial, no expediente de *fishing expedition*. No caso do *fishing expedition*, busca-se coletar provas em outra jurisdição de um particular de forma irregular, sem indicar o objeto e a finalidade da respectiva inspeção, realizando, indiscriminadamente, diligências sem dispor de uma suspeita concreta.

Assim, com base no art. 26 da Convenção Modelo de Dupla Tributação da OCDE (CMDT-OCDE) e nos Acordos de Troca de Informação Fiscal – TIEA, uma autoridade fiscal internacional colabora, por meio do EIoR, em resposta a uma solicitação de coleta de provas de indivíduos residente no Estado onde se localiza a autoridade fiscal requisitante, mediante a demonstração da necessidade de sua coleta e existência de provas de elementos de conexão necessários para a imposição fiscal.

Em um procedimento regular de EIoR, a autoridade de um país possui ampla oportunidade de coleta de provas em colaboração internacional, como, por exemplo, solicitar à autoridade do outro país a existência de ativos financeiros e não financeiros em nome ou cujo beneficiário seja seu contribuinte, participação desse mesmo sujeito em empresas localizadas no outro país, seus registros contábeis e provas de despesas de custeio de ativos não declarados em nome de terceiros (“laranjas”). Assim, a relevância das informações para a administração tributária e aplicação da legislação tributária nacional possui importância fundamental para dar início ao cumprimento das diligências no exterior.

O Tribunal de Justiça da União Europeia condena o expediente do *fishing expedition* por extrapolar os limites das vedações probatórias por ser uma investigação especulativa indiscriminada, sem objetivo certo ou declarado, a fim de

obter eventual prova para subsidiar um lançamento fiscal, como no acórdão do Processo C37/13P do Tribunal de Justiça da União Europeia:

“Para as decisões de inspeção da Comissão, o conteúdo e o alcance do dever de fundamentação são precisados no artigo 20º, nº 4, segundo período, do Regulamento nº 1/2003. De acordo com esta disposição, tais decisões devem indicar, em particular, o objeto e a finalidade da respetiva inspeção. Esta exigência tem por objetivo evitar que a Comissão realize indiscriminadamente investigações, sem dispor de suspeitas concretas – uma prática para a qual é utilizada frequentemente a expressão inglesa ‘fishing expeditions’.”

No caso *Janyr (Requête n. 42937/08 Janyr C. République Tchèque)*²⁵ a Corte Europeia de Direitos Humanos decidiu que a troca de informações entre autoridades fiscais na modalidade EIoR sem a participação do acusado não pode ser questionada por esse, mas impôs que sua obtenção seja relevante e reputada como o único modo de obter as informações para imposição tributária do Estado solicitante. No âmbito brasileiro, o Supremo Tribunal Federal também sustenta sua invalidade em casos de perseguições criminais²⁶.

Por seu turno, o CRS não possui procedimento fiscal prévio para fundamentar a finalidade da coleta da prova e, ainda, conforma a produção de provas sem a participação do particular envolvido em potencial fiscalização. No entanto, a prévia imprescindibilidade da prova torna a existência do CRS distinta de um *fishing expedition* ao se estabelecer que não existiria outro meio para se obter a informação de posição financeira e cadastral de ativos financeiros no exterior sem o CRS, especialmente sobre a existência da renda eventualmente não declarada em local sem meios para o exercício de poder-dever fiscalizatório da autoridade fiscal doméstica.

Em resumo, no caso do CRS, a informação solicitada é “previsivelmente relevante” ou *forseeably relevant*, como defende a OCDE, por ser o seu compartilhamento a única forma de exercício de seu direito de fiscalizar a renda forânea de eventual interposição de pessoas ou ocultação artificial de renda no exterior.

Por outro lado, é evidente que o contribuinte poderá se manifestar sobre a prova produzida pelo CRS em potencial procedimento fiscal de lançamento de ofício de diferença de tributos, tornando-se capaz de contrapor eventual acusação fiscal sob escrutínio da ampla defesa e do contraditório.

Deveras, há ganhos com o combate à evasão fiscal, não apenas de arrecadação, mas na promoção de garantias à localização de manifestações de riqueza em outros territórios, superando eventuais externalidades sobre a mitigação ao direi-

²⁵ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Janyr v. República Tcheca*. Case 42937/08. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>. Acesso em: 24 abr. 2022.

²⁶ Cf. HC n. 106.566, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 16.12.2014, processo eletrônico, *DJe-053* 19.3.2015.

to à intimidade e a intimação de contribuintes cuja renda já tenha sido declarada ou sob eventual incorreção dos dados compartilhados pelo CRS²⁷.

5. Conclusão

O presente texto demonstra a possibilidade de se sustentar a regularidade do compartilhamento automático de informações bancárias para fins fiscais no âmbito internacional no espeque da proteção aos direitos humanos dos contribuintes, em especial no enfrentamento da mitigação da proteção à intimidade, ao sigilo e à proporcionalidade.

Importante retomar o fato de que os governos criaram as políticas fiscais que, até muito recentemente, permitiram às multinacionais e indivíduos de alta riqueza transferirem capital globalmente, empregar seus ativos em pessoas jurídicas *offshore* e se resguardar em leis de sigilo em paraísos fiscais. Nesse mesmo quadro, existia o encorajamento de grandes multinacionais para expansão de suas atividades no exterior, o que redundou em buscarem estruturas fiscais com baixa ou nenhuma carga fiscal suportada em determinadas jurisdições.

Uma vez adotado o amplo compartilhamento de dados pelas jurisdições e vencido o sigilo bancário e societário, diversos programas de repatriação e regularização tributária surgiram como meio para se equilibrar, mesmo que parcialmente, o *status quo* de contribuintes inseridos nesta quebra de paradigma de transparência.

Se, de um lado, o contribuinte é compulsoriamente exposto em sua intimidade e vida privada em relação aos ativos no exterior, de outro, observa-se um apelo da população para que a autoridade pública atenda a agenda internacional de transparência fiscal (*accountability*) e governança eficiente da aplicação de recursos no custeio de serviços públicos essenciais à cidadania.

No caso das autoridades fiscais brasileiras, é importante notar que a sensação da população, em relação ao compromisso com a transparência fiscal, não é bilateral em razão da duvidosa eficiência da aplicação de recursos públicos em favor da proteção aos direitos humanos, em que pese os contribuintes, ainda assim, serem obrigados a expor informações completas e serem sujeitos a uma vigilância detalhada de suas atividades financeiras e econômicas. No caso português, as recentes críticas apresentadas sobre a transparência das medidas restritivas impostas pela pandemia demonstra que a bilateralidade é um ponto de atenção para a autoridade pública portuguesa.

Ao direcionar uma mudança de comportamento dos contribuintes em relação à transparência na cooperação internacional pelo AEOI, espera-se que a au-

²⁷ Cf. TAKANO, Caio Augusto. *Limitações aos deveres instrumentais tributários (aplicação do art. 113, § 2º do Código Tributário Nacional)*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

toridade pública se mobilize para fazer sua parte para atingir o prisma da transparência com políticas que diminuam a justificada descrença da população em relação ao esforço na aplicação coerente dos gastos públicos, revertendo o desequilíbrio da carga fiscal face à base da população mais carente e concretize a justiça fiscal face à desconformidade de contribuintes de relevante capacidade contributiva.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. *Tributação internacional da renda: a competitividade brasileira à luz das ordens tributárias e econômica*. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de; PINTO, Rodrigo Alexandre Lazaro. *Common Reporting Standard – CRS ante a pandemia de Covid-19 no Brasil. Anais do VII Congresso Brasileiro de Direito Tributário*. São Paulo: IBDT, 2021.
- ARAÚJO, Clara Rodrigues. *A troca automática de informações fiscais por parte das instituições financeiras – Common Reporting Standard*. Dissertação de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa, 2016.
- BANCO DE PORTUGAL. Projeções para Portugal atualizadas em: 24 de março de 2022. Disponível em: <https://www.bportugal.pt/page/projecoes-economicas>. Acesso em: 24 abr. 2022.
- BANCO MUNDIAL. Innovations in tax compliance. Building trust, navigating politics, and tailoring reform. Roel Dom, Anna Custers. Disponível em: <https://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/978-1-4648-1755-7>. Acesso em: 24 abr. 2022.
- BANCO MUNDIAL. Indirect tax incidence in Brazil assessing the distributional effects of potential tax reforms. Gabriel Lara Ibarra. Rafael Macedo Rubião. Eduardo Fleury. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/36783/Indirect-Tax-Incidence-in-Brazil-Assessing-the-Distributional-Effects-of-Potential-Tax-Reforms.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 abr. 2022.
- BBC. Ricos brasileiros têm quarta maior fortuna do mundo em paraísos fiscais. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/07/120722_ricos_evasao_brasil_rp. Acesso em: 21 maio 2021.
- BISCAIA, Nádia Rubia; SILVEIRA, Rodrigo Frota; PINTO, Rodrigo Alexandre Lazaro. *Compliance cooperativo como fator de redução do contencioso tributário*. In: GOMES, Daniel de Paiva; CONRADO, Paulo Cesar. *Processo administrativo, judicial e execução fiscal do século XXI*. . São Paulo: Max Limonad, 2021. v. 2.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Janyr v. República Tcheca. Case 42937/08. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#>. Acesso em: 24 abr. 2022.

- 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.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTATÍSTICAS. Disponível em: https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpgid=ine_tema&xpid=INE&tema_cod=1110&xlang=pt. Acesso em: 24 abr. 2022.
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Tese de doutoramento, 4 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015.
- NABAIS, José Casalta. Reflexões sobre quem paga a conta do estado social. *Revista Ciência e Técnica Fiscal* n. 421. Coimbra: Centro de Estudos Fiscais.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. 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: 21 maio 2021.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. 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: 21 maio 2021.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. 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: 21 maio 2021.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Tax transparency and exchange of information in times of Covid-19. – 2020 Global Forum Annual Report. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/global-forum-annual-report-2020.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Tax transparency and exchange of information in times of Covid-19 – 2020 Global Forum Annual Report. Paris: 2020. Disponível em <https://www.oecd.org/tax/transparency/documents/global-forum-annual-report-2020.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2022.
- 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. Controvérsias sobre a política fiscal internacional pós-BEPS. *Revista Tributária e de Finanças Públicas* n. 133. São Paulo: Academia Brasileira de Direito Tributário, maio de 2019.

- PONTOS DE VISTA. Portugueses dão nota negativa na qualidade dos serviços públicos. Disponível em: <https://pontosdevista.pt/2019/09/25/portugueses-dao-nota-negativa-qualidade-dos-servicos-publicos/>. Acesso em: 24 abr. 2022.
- 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: 21 maio 2021.
- SANCHES, José Luís Saldanha. *Justiça fiscal*. Com colaboração de João Taborda da Gama. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2010.
- SAPO. Perdões fiscais rendem centenas de milhões. Disponível em: <https://sol.sapo.pt/artigo/67577/perdoes-fiscais-rendem-centenas-de-milhoes>. Acesso em: 24 abr. 2022.
- TAKANO, Caio Augusto. *Limitações aos deveres instrumentais tributários (aplicação do art. 113, § 2º do Código Tributário Nacional)*. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.
- TONELLI JÚNIOR, Renato Adolfo. *A troca internacional de informações em matéria tributária e a cláusula due process of law. Uma análise do contexto brasileiro*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2017.
- UTUMI, Ana Cláudia; PINTO, Rodrigo Alexandre Lazaro. Reflexões sobre a cooperação internacional na cobrança de créditos tributários. In: GOMES, Daniel de Paiva; CONRADO, Paulo Cesar. *Processo administrativo, judicial e execução fiscal do século XXI*. São Paulo: Max Limonad, 2021.
- UTUMI, Ana Cláudia; PINTO, Rodrigo Alexandre Lazaro. Reflexões sobre a cooperação internacional na cobrança de créditos tributários II. In: GOMES, Daniel de Paiva; CONRADO, Paulo Cesar. *Processo administrativo, judicial e execução fiscal do século XXI*. São Paulo: Max Limonad, 2021.
- 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.

Transparência e Concorrência Tributária Prejudicial: Contexto e Iniciativas no Plano Internacional e Interno

Misabel Abreu Machado Derzi

Professora Titular de Direito Financeiro e Tributário da UFMG e das Faculdades Milton Campos. Presidente Honorária da ABRADT. Consultora, Advogada e Conselheira Federal da OAB/MG.

Frederico Menezes Breyner

Mestre e Doutor em Direito Tributário, com Residência Pós-doutoral, pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito Tributário do Mestrado Acadêmico e Graduação em Direito da Faculdade de Direito Milton Campos. Advogado.

1. Introdução

O presente artigo se dedica à análise da relação entre a transparência fiscal e a concorrência tributária. Este último fenômeno se verifica tanto no plano internacional quanto no plano interno, e tem como fator comum o uso do sistema tributário como fator de atração de atividades econômicas em detrimento da base tributária de jurisdições concorrentes.

A partir do momento em que se conclui que essa concorrência tributária passa a ser prejudicial, a discussão passa a abranger não apenas a validade ou a conformidade dessas práticas com princípios e regras, quer sejam eles estabelecidos em *soft law* internacional ou em prescrições constitucionais do plano interno. A abordagem dessa prática passa pela necessária transparência tributária, uma vez que o conhecimento acerca dos regimes tributários impulsionadores da concorrência tributária prejudicial torna possível lidar com o problema.

O artigo então analisa a situação da concorrência tributária internacional sob o prisma da globalização e da regra geralmente admitida em tratados internacionais baseados no modelo da OCDE, concluindo pela sua feição de fatores que impulsionaram a concorrência tributária. Em seguida, a transparência tributária relativa ao desvelamento dos regimes tributários que institucionalizam a concorrência tributária é analisada a partir de suas iniciativas, tanto no plano interno quanto no plano internacional.

A conclusão endereçará o caráter acessório das regras de transparência enquanto instrumentos para abordagem dos regimes tributários preferenciais.

2. Globalização e concorrência tributária internacional

A globalização se caracteriza pela aniquilação de distâncias geográficas e empecilhos comunicacionais que antes determinavam uma relação próxima de causa e efeito entre eventos, pois “acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância”¹. Essa consolidação de relações so-

¹ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 69.

ciais em escala global não se resume a um âmbito específico, espalhando-se, pelas relações sociais, políticas e econômicas, “já que agora não é possível que as relações sejam observadas somente com base nos limites territoriais de um Estado-nação”².

Sob um olhar crítico, Chesnais³ rejeita a palavra “globalização”, preferindo referir-se à “mundialização”, com o objetivo de revelar que não se trata de um sentimento de proximidade entre países. O autor verifica a formatação de um modelo político, econômico e social em escala mundial baseado na dominação e na manutenção da situação de regiões em desenvolvimento em favor dos polos mundiais desenvolvidos, que conseguem explorar tal status forçando a adoção de mecanismos favoráveis à concentração de lucros no capital financeiro.

Essa construção se viabiliza com a aquisição de grande mobilidade do capital, o que é fruto não apenas do avanço da tecnologia, mas também da liberalização dos investimentos. Quanto ao tema da fiscalidade a mundialização afeta as finanças públicas como um todo, provocando uma queda de arrecadação pela desconexão territorial de capitais, pressionando os salários e consequentemente encarecendo o consumo (bases tributárias de reduzida mobilidade).

O Estado nacional se vê impossibilitado de adotar medidas de compensação, pois “a mobilidade do capital permite que as empresas obriguem os países a alinharem suas legislações trabalhistas e de proteção social àquelas do Estado onde forem mais favoráveis a elas (isto é, onde a proteção for mais fraca)”⁴.

Para Höffe⁵ a globalização não é necessariamente negativa, apesar de afirmar que dela decorrem “ônus intrínsecos à economia, como por exemplo o desemprego, e prejuízos extrínsecos à economia, como os danos ambientais”⁶. Höffe vê a globalização como um aspecto do movimento de “destituição do Estado”, sendo que “na maior parte dos atuais problemas de globalização, não se vê operar nem a autodestituição pura nem a destituição externa pura, mas a terceira forma básica de destituição – ‘a autodestituição não intencional’”⁷. E, dentre outros

² PINHEIRO, Priscila Tinelli; MOREIRA, Nelson Camatta. Globalização, invisibilidade social e reconhecimento: uma análise da (so)negação de direitos sociais aos catadores de materiais recicláveis. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM* v. 13, n. 1. Santa Maria/RS, abr. 2018, p. 209-237, p. 212. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369428699>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/28699>. Acesso em: 20 abr. 2020.

³ CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. Tradução Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996.

⁴ CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. Tradução Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996, p. 306.

⁵ HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 7.

⁶ HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 13.

⁷ HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 193.

exemplos, demonstra essa “perda de poder” não intencional por meio das consequências sobre as finanças públicas⁸.

As distintas visões de mundo enxergam na globalização um dos fatores que acometem os países de uma incapacidade de gerir suas finanças públicas de forma totalmente soberana e autônoma. A mobilidade do capital os impulsiona a abrir mão da instituição de tributos sobre essa base tributária, sob pena de não se apresentarem como destino desejável de investimentos externos.

A globalização impacta diretamente a tributação pelos países, que a estruturam como atrativo de capital, ao menos pelo curto espaço de tempo que a mobilidade e a exagerada reação às expectativas de lucratividade permitem. Agrava-se assim a concorrência tributária internacional, na qual os países competem em uma verdadeira “corrida ao fundo do poço”⁹. Essa corrida é empreendida de forma peculiar pelos países em desenvolvimento que, dada suas “desvantagens estruturais”¹⁰ (economias desprovidas de atrativos como a infraestrutura, segurança, qualificação de mão de obra etc.), têm a oferecer quase que apenas as suas receitas tributárias por meio de benefícios fiscais, receitas estas que seriam utilizadas justamente na consecução de importantes objetivos sociais junto à sua população.

3. Tratados internacionais e a concorrência tributária internacional

Dado o reconhecimento alcançado, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) tem seus atos qualificados como *soft law*¹¹. Dentre eles, destaca-se sua “Convenção Modelo de tributação da renda e do capital”¹², que propõe regras de direito tributário internacional com base nas quais os países entabulam os tratados internacionais, procedendo a alterações específicas para atender os termos da negociação.

O art. 7º da Convenção Modelo da OCDE prevê que os lucros empresariais recaem na competência tributária exclusiva do país de residência da empresa. A menção ao “residente de um Estado contratante” implica que uma pessoa, pelas

⁸ HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 194.

⁹ OLIVEIRA, Ludmila Mara Monteiro de. *Direito tributário, globalização e competição*: por que só harmonizar não basta. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016, p. 51.

¹⁰ ENGLISCH, Joachim; YEVGENYEVA, Anzhela. The “upgraded” strategy against harmful tax practices under the BEPS action plan. *British Tax Review* v. 5, 2013, p. 620-637, p. 624.

¹¹ VEGA, Alberto. International governance through soft law: the case of the OECD transfer pricing guidelines. *Working Paper for the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance* n. 2012-05, Munique, jul. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2100341>. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2100341. Acesso em: 10 jun. 2019.

¹² ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Model tax convention on income and on capital. Paris: OECD Publishing, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1787/g2g972ee-en>. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en. Acesso em: 8 jun. 2019.

leis do país, é qualificada como contribuinte “em razão de seu domicílio, residência, local de direção ou qualquer outro critério de natureza similar” (art. 3º). Ao país da fonte se reserva a tributação dos lucros que forem atribuídos a um “estabelecimento permanente” nele encontrado, de acordo com a previsão do seu art. 5º.

No contexto anterior à globalização, empresas e jurisdições fiscais mantinham ligação de origem e vínculo territorial mais intensos com o país de sua constituição. Os países assim tinham um instrumental mais poderoso para formular exigências tributárias de acordo com sua agenda política, econômica e social. No contexto em que as distâncias e barreiras comunicacionais ainda não tinham sido anuladas, a mudança de um estabelecimento permanente de um país para outro implicava custos mais consideráveis.

Isso se altera com a transformação e a soma de duas características da globalização. A liberalização regulatória propicia maior margem de escolha da residência pelas empresas, transpondo facilmente os vínculos de origem. O crescimento e desenvolvimento tecnológico das operações financeiras dispensa a mobilização de bens materiais, dada a maior facilidade com que investimentos internacionais podem ser feitos e retirados, a depender de uma regulação e tributação mais ou menos favoráveis. Tem-se o fenômeno da “desterritorialização” das relações¹³ entre contribuintes e Estados.

A interpolação desses fatores fáticos e jurídicos faz com que, como afirma Avi-Yonah¹⁴, os lucros se apresentem como uma manifestação de riqueza com alta probabilidade de escapar da tributação. A residência, a quem compete o exclusivo direito de tributar esses lucros na ausência de um estabelecimento permanente na fonte, pode não se dispor a exigir impostos sobre o lucro, por potencialmente afugentar para outro país a residência da empresa. Já o país da fonte, que tem o direito de tributar esses lucros quando relativos a um estabelecimento permanente nele localizado, teme exigir tributos por potencialmente impulsionar investimentos ativos fixos presentes em outro local, reduzindo assim os lucros derivados do seu território e, conseqüentemente, sua base de tributação.

Esse cenário inspirou a proposição de alternativas para evitar a perda de base tributária por meio do Plano BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), elaborado no âmbito da OCDE¹⁵. O plano propõe políticas tributárias enquanto meio

¹³ FORNASIER, Mateus de Oliveira; BEDIN, Gilmar Antonio; LEVES, Aline Pedron. Democracia, globalização e normatividade jurídica: a relativização da soberania e a eficácia dos direitos fundamentais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM* v. 14, n. 2, e32548. Santa Maria/RS, maio/ago. 2019. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369432548>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32548>. Acesso em: 20 fev. 2020.

¹⁴ AVI-YONAH, Reuven S. Globalization, tax competition, and the fiscal crisis of the welfare state. *Harvard Law Review* v. 113, n. 7. Cambridge, maio 2000, p. 1573-676. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=articles>. Acesso em: 10 jun. 2019.

¹⁵ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Action plan on base erosion and profit shifting*. Paris: OECD Publishing, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1787/>

para lidar com a erosão da base tributável no contexto da economia global-digital, e foi dividido em 15 ações¹⁶.

Apesar de as ações manterem relações entre si, sendo muitas vezes difícil compreendê-las isoladamente, para o objeto do presente trabalho importa o foco na Ação 5 do Plano BEPS. Ela toca de perto a questão da transparência fiscal sob a ótica estatal da concessão de regimes preferenciais, como será abordado mais detalhadamente no tópico seguinte.

4. A Ação 5 do Plano BEPS

A relação entre a transparência fiscal e a concorrência tributária foi debatida no Fórum Internacional sobre práticas tributárias prejudiciais (FHTP – *OECD Forum on Harmful Tax Practices*), que se ocupou da análise de regimes preferenciais que podem prejudicar a base tributária de outros países. No trabalho seminal de 1988¹⁷, a falta de transparência foi um dos principais fatores de identificação de competição tributária prejudicial, conforme síntese de Owens:

“A falta de transparência ao operacionalizar um regime tornará mais difícil para o país de origem tomar medidas defensivas. A falta de transparência pode surgir da forma como um regime é instituído e administrado. A ausência de transparência é um conceito amplo que inclui, entre outros, aplicação favorável de leis e regulamentos, negociações fiscais e falha em tornar amplamente disponíveis práticas administrativas.”¹⁸

Os trabalhos iniciados em 1988 foram abordados também no Plano BEPS, por meio da Ação 5. Seus objetivos se adéquam ao diagnóstico acerca dos efeitos da mobilidade de atividades em um contexto de globalização liberalizante. Como declarado na introdução do relatório final da Ação 5 do Plano BEPS, trata-se de assegurar a integridade dos sistemas tributários diante de atividades dotadas de alta mobilidade que podem usar regimes preferenciais de forma danosa¹⁹, distorcendo a alocação de capital e serviços, fazendo com que o vazio deixado por essa

9789264202719-en. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting_9789264202719-en. Acesso em: 10 jun. 2019.

¹⁶ Para uma visão crítica do Plano BEPS mediante analogia com uma estratégia militar oriunda de um “Alto Comando”, vide: SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *A tributação internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v. I, p. 29-52.

¹⁷ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Harmful tax competition: an emerging global issue*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 1998.

¹⁸ OWENS, Jeffrey. Tax transparency: the “new normal”. *Revista da Receita Federal: estudos tributários e aduaneiros* v. 1, n. 2, 2015, p. 32-49, p. 45. Tradução livre dos autores.

¹⁹ PROSS, Achim; SHOON, Kevin; DEJONG, Melissa. Harmful tax incentives critically curtailed: BEPS Action 5 in action. *Int'l Tax Rev.*, v. 28, 2017, p. 14.

distorção seja preenchido por uma tributação mais intensa sobre bases menos móveis como trabalho, consumo e propriedade²⁰.

A Ação 5 tem por objeto um mecanismo de transparência acerca desses regimes, prevendo a troca automática de informações relativas a *tax rulings* que viabilizem a uma pessoa usufruir de um regime fiscal preferencial.

O alvo principal da ação são os regimes tributários sobre propriedade intelectual (IP) e preços de transferência. Segundo Schoueri, a Ação 5 reformula os trabalhos do Fórum, “dando propriedade ao aumento da transparência, sobretudo à troca de informações sobre as normas relativas aos regimes preferenciais, e à obrigação de exigir uma atividade substancial para qualquer regime privilegiado”²¹. A preocupação é embasada no discurso da mobilidade dessas atividades, que permitiria sua transferência apenas para que se possa usufruir desses regimes sobre rendimentos que não tenham um nexos com gastos em pesquisa e desenvolvimento. A Ação 5 demanda que os regimes preferenciais estejam conectados à presença de uma atividade substancial, propondo-se inclusive uma reformulação no texto dos tratados sobre dupla tributação da renda e patrimônio para que “conste a exigência de substância ou atividade substancial no preâmbulo e o compromisso dos Estados signatários de combaterem os ‘planejamentos tributários agressivos’”²².

Quanto ao seu escopo, a Ação 5 pretende uma abrangência para além dos países-membros da OCDE, apresentando-se como um mecanismo de troca e diálogo global²³. O escopo objetivo da ação é limitado às decisões administrativas individuais (*taxpayer-specific rulings*), não abrangendo atos ou decisões normativas e impositivas²⁴. E dentre essas decisões há ainda uma segunda limitação de escopo pela identificação do seu conteúdo, pois apenas seis categorias de *tax rulings* são contempladas no mecanismo de troca automática de informações objeto da Ação 5²⁵.

²⁰ 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. 11.

²¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In: GOMES, Marcus Lívio; SHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *A tributação internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v. I, p. 42.

²² ROSENBLATT, Paulo. Normas gerais antielisivas como princípio de direito internacional: os desafios do Brasil em se compatibilizar ao BEPS. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 2. São Paulo: IBDT, 2022, p. 232-254. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTIA-tual/article/view/1827>. Acesso em: 24 mar. 2022, p. 250.

²³ SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In: GOMES, Marcus Lívio; SHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *A tributação internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v. I, p. 42.

²⁴ 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. 47.

²⁵ 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. 49.

Ao lidar com as práticas tributárias danosas ou prejudiciais, a Ação 5 do Plano BEPS não se apresenta um mecanismo de harmonização tributária ou estabelece determinações a serem adotadas na tributação pelos países. Trata-se de encorajar um ambiente justo de competição tributária, permitindo a reação contra práticas danosas, o que acaba por dar suporte à soberania tributária²⁶, requerendo para tanto a transparência fiscal entre países por meio da troca de informações.

Muitas críticas são dirigidas à Ação 5 do Plano BEPS. Dentre elas, registre-se a acusação de indeterminação na identificação dos regimes preferenciais cuja relevância deve ser aferida para fins de aplicação de normas internacionais de troca automática de informações²⁷. Além disso, critica-se que sua observância impõe grandes custos de conformidade aos países em desenvolvimento, muitas vezes desprovidos de estrutura necessária ao cumprimento dos *standards* necessários de informação e das garantias de sigilo, o que poderia alijá-los da rede de troca de informações.

5. A abordagem da “guerra fiscal” do ICMS no plano nacional e a transparência tributária

É amplamente conhecida a chamada “guerra fiscal” entre os Estados-membros no Brasil, em matéria do imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços (ICMS). Segundo Batista Júnior²⁸, trata-se de “uma versão interna da mesma guerra que ocorre entre Estados nacionais no cenário macro. O fenômeno é o mesmo e os efeitos danosos também”.

A diferença jurídica se dá porque, tratando-se de ordens jurídicas parciais dentro de um país soberano, a Constituição determinou mecanismos que projetam a chamada guerra fiscal para a inconstitucionalidade. O art. 155, § 2º, XII, “g”, da Constituição estabeleceu que a concessão de benefícios fiscais deve ser precedida de deliberação entre os Estados e o Distrito Federal, a ser realizada nos termos de lei complementar. A Lei Complementar n. 24, de 1975, regulamentando a matéria, estabeleceu a necessidade de unanimidade para viabilizar a concessão dos benefícios (art. 2º, § 2º).

A própria regra da unanimidade é objeto de controvérsias. Observam-se posições segundo as quais ela não foi recepcionada pela Constituição, ao principal argumento de que ela tornaria cada um dos Estados em um ente com poder de

²⁶ 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. 12.

²⁷ ENGLISCH, Joachim; YEVGENYEVA, Anzhela. The “upgraded” strategy against harmful tax practices under the BEPS action plan. *British Tax Review* v. 5, 2013, p. 620-637, p. 633.

²⁸ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Por que a “guerra fiscal”? Os desafios do estado na modernidade líquida. *Revista Brasileira de Estudos Políticos* v. 102, 2011, p. 305-342, p. 337.

veto, ainda que a federação consubstanciada na união dos entes federados majoritariamente aprove o benefício²⁹; bem como posições que entendem ser a unanimidade adequada a deliberações baseadas em interesses que podem quebrar a uniformidade e a neutralidade do imposto³⁰.

Essa discussão, contudo, sequer é necessária para a análise que se pretende fazer. A guerra fiscal no âmbito do ICMS não se deu por desrespeito à regra da unanimidade prevista na Lei Complementar n. 24, de 1975, mas sim à regra constitucional que determina prévia deliberação. Os benefícios fiscais foram concedidos de forma unilateral³¹, o que demonstrou a ausência de efetividade³² dos mecanismos de convivência entre os Estados e o Distrito Federal que visavam evitar a guerra fiscal.

No que interessa ao presente artigo, essa concessão unilateral dos benefícios se deu muitas vezes em caráter individual, e não por meio de leis abstratas e gerais. Basta ver que, no início, a impugnação aos benefícios fiscais de ICMS concedidos unilateralmente se dava por meio de ações diretas de inconstitucionalidade, próprias para atacar “lei ou ato normativo estadual” (art. 102, I, “a”, da Constituição)³³. Posteriormente, contudo, a impugnação judicial desses benefícios passou a ser feita também por meio de ações civis públicas, uma vez que não mais se impugnava uma lei ou ato normativo, mas sim um ato ou contrato dirigido ou firmado individualmente junto ao contribuinte³⁴.

Nota-se então, mais uma vez, a similaridade para com o plano internacional. Assim como a Ação 5 do Plano BEPS preocupou-se com a divulgação de *tax rulings* enquanto concessões individuais de benefícios fiscais, também no plano na-

²⁹ OLIVEIRA, Regis Fernandes. Exigência da unanimidade na concessão e estímulos fiscais e a constitucionalidade da LC 24/75 (sanções para quem descumpra a glosa de créditos). *Congresso Nacional de Estudos Tributários – sistema tributário nacional e a estabilidade da federação brasileira*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 848-9.

³⁰ DERZI, Misabel Abreu Machado; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. Levando a democracia a sério: uma abordagem da regra decisória ideal para o Confaz. *Revista Jurídica da Presidência* v. 19, n. 117, 2017, p. 73-97.

³¹ Para uma análise da inconstitucionalidade dessa prática, vide: BREYNER, Frederico Menezes. *Benefícios fiscais inconstitucionais e a proteção da confiança do contribuinte*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

³² Discutindo essa ausência de efetividade, em interessante comparação com os mecanismos internacionais acerca da competição tributária, vide: MARINS, Daniel Vieira; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. Competição tributária ou guerra fiscal? Do plano internacional à Lei Complementar nº 160/2017. *REI – Revista Estudos Institucionais* v. 4, n. 1, [S.l.], ago. 2018, p. 158-185. ISSN 2447-5467. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/265>. Acesso em: 27 mar. 2022. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v4i1.265>.

³³ Compilando diversas ações diretas de inconstitucionalidade com esse objeto, vide: BREYNER, Frederico Menezes. *Benefícios fiscais inconstitucionais e a proteção da confiança do contribuinte*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

³⁴ Nesse sentido o STF julgou pela legitimidade ativa do Ministério Público para questionar benefícios dessa espécie em ação civil pública: STF, Pleno, RE n. 576.155/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, *Dje* 4.11.2010.

cional a concessão individual de benefícios fiscais de ICMS se evidenciou uma prática que poderia dificultar o conhecimento dos mecanismos de guerra fiscal.

A questão da transparência fiscal entre Estados (ou a falta dela) foi abordada nos mecanismos nacionais que tentaram lidar com a guerra fiscal. Dentre suas prescrições, a Lei Complementar n. 160, de 2017, pretendeu regular a manutenção e a reinstituição dos benefícios fiscais anteriormente concedidos³⁵, viabilizando a concessão de remissão e anistia quanto aos créditos tributários que não foram pagos em razão dos benefícios concedidos em desacordo com as regras da Constituição e da Lei Complementar n. 24, de 1975³⁶. Essas medidas deveriam ser implementadas por meio de convênio, o que foi feito pelo Convênio ICMS n. 190, de 2017.

O art. 2º da Lei Complementar n. 160, de 2017, estabeleceu requisitos a serem observados para que essas medidas fossem adotadas por meio de convênio entre os Estados-membros e o Distrito Federal. Eis o teor do dispositivo:

“Art. 3º O convênio de que trata o art. 1º desta Lei Complementar atenderá, no mínimo, às seguintes condicionantes, a serem observadas pelas unidades federadas:

I – publicar, em seus respectivos diários oficiais, relação com a identificação de todos os atos normativos relativos às isenções, aos incentivos e aos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais abrangidos pelo art. 1º desta Lei Complementar;

II – efetuar o registro e o depósito, na Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Política Fazendária (Confaz), da documentação comprobatória correspondente aos atos concessivos das isenções, dos incentivos e dos benefícios fiscais ou financeiro-fiscais mencionados no inciso I deste artigo, que serão publicados no Portal Nacional da Transparência Tributária, que será instituído pelo Confaz e disponibilizado em seu sítio eletrônico.”

O não atendimento a essas regras impede que o convênio regule a remissão dos créditos tributários e a reinstituição dos benefícios, impondo ao Estado ou ao Distrito Federal o dever de revogar os atos concessivos (§ 1º). Pelo contrário, atendidas as regras, foram autorizadas a concessão e a prorrogação dos benefícios (§ 2º).

³⁵ A constitucionalidade da Lei Complementar n. 160, de 2017, é questionada nesse ponto, ao principal fundamento de que se trataria de convalidação infraconstitucional de leis inconstitucionais. A discussão está em curso no Supremo Tribunal Federal por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.902/AM.

³⁶ A Lei Complementar n. 160, de 2017, regulou outras matérias relativas à guerra fiscal, inclusive flexibilizando a regra da unanimidade para o Convênio nela previsto. Para uma perspectiva crítica dessas mudanças, vide: MARINS, Daniel Vieira; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. Competição tributária ou guerra fiscal? Do plano internacional à Lei Complementar nº 160/2017. *REI – Revista Estudos Institucionais* v. 4, n. 1, [S.l.], ago. 2018, p. 158-185. ISSN 2447-5467. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/265>. Acesso em: 27 mar. 2022. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v4i1.265>.

Nota-se, então, que se trata de um mecanismo de publicidade e troca de informações acerca dos benefícios, em nítida determinação de transparência fiscal entre os entes federativos, inclusive com o dever de manter atualizado o registro dos benefícios (art. 2º, § 8º).

Na mesma linha da Ação 5 do Plano BEPS, pode-se verificar que um dos objetivos é possibilitar uma reação dos demais entes federativos ao benefício fiscal divulgado e informado. Nesse sentido, mas sob a ótica de uma reação “positiva”, o art. 2º, § 8º, da Lei Complementar n. 160, de 2017, permite que entes da mesma região procedessem à adesão a benefícios concedidos por outro, o que se convencionou chamar de “regra da cola”.

Assim como a Ação 5, o Convênio ICMS n. 190, de 2017, trouxe uma definição de quais regimes deveriam ser considerados pelos Estados e pelo Distrito Federal (Cláusula Primeira, § 4º) para aplicação da Lei Complementar n. 160, de 2017. Embora com técnicas definitórias distintas, ambos os instrumentos pretendem estabelecer quais regimes tributários foram selecionados como potencialmente prejudiciais e colocados como alvo da abordagem empreendida para combater a concorrência tributária. A diferença se dá porque, tratando-se do plano interno, o Convênio ICMS n. 190, de 2017, definiu esses regimes em termos estruturais, mencionando atos que interferiram de alguma maneira nos elementos da obrigação tributária e suas modalidades de extinção, enquanto a Ação 5 do Plano BEPS, enquanto *soft law* internacional, se viu constrangida a adotar uma definição substancial, tentando capturar o conteúdo e os efeitos dos regimes considerados prejudiciais.

6. Conclusão

Parece haver um consenso de que a transparência tributária entre entes tributantes, quer no plano internacional quanto no interno, é parte importante, senão essencial, das estratégias de combate à concorrência tributária prejudicial.

As iniciativas, contudo, demonstram que a transparência está atrelada a conceitos substanciais, sendo o principal deles aquele que visa qualificar determinada prática concorrencial como prejudicial ou danosa (*harmful*). Essa definição encontra maiores desafios no plano internacional quando comparada no plano interno, principalmente em razão de questões de coordenação de interesses naquele plano, uma vez que internamente essa coordenação pode ser enclausurada em regras jurídicas que podem ser formuladas com abstração dos interesses que as inspiram e dos efeitos que delas decorram.

Isso demanda que a própria formulação dessas regras de transparência, enquanto instrumentos para objetivos predefinidos, a exemplo do combate à concorrência tributária prejudicial, seja feita com atenção a suas possibilidades políticas e a premissas teóricas compartilhadas.

É essencial que esse compartilhamento de premissas seja ele próprio transparente. Deve ele considerar não só o atual estágio da concorrência tributária

prejudicial, mas também o contexto no qual ela se desenvolveu, permeado pela desigualdade. Tanto no plano interno quanto internacional a desigualdade entre países e Estados-membros foi ingrediente de grande relevância. Países e Estados-membros com menor grau de desenvolvimento econômico tinham na concorrência tributária um fator que, apesar de ilícito (principalmente na ordem interna), se encontrava à disposição do poder para propiciar a atração de capital necessária ao desenvolvimento.

Sem prejuízo do combate às ilicitudes originárias na concessão de regimes tributários preferenciais, não se pode endereçar novas exigências a essas jurisdições sem que sejam elas dotadas de meios e recursos necessários ao atendimento das necessidades democráticas de suas populações. Princípios de solidariedade, que avultam em documentos normativos internos e internacionais, constituem base suficiente para que assim se proceda no combate à concorrência tributária prejudicial.

7. Referências

- AVI-YONAH, Reuven S. Globalization, tax competition, and the fiscal crisis of the welfare state. *Harvard Law Review* v. 113, n. 7. Cambridge, maio 2000. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1049&context=articles>. Acesso em: 10 jun. 2019.
- BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. Por que a “guerra fiscal”? Os desafios do estado na modernidade líquida. *Revista Brasileira de Estudos Políticos* v. 102, 2011.
- BREYNER, Frederico Menezes. *Benefícios fiscais inconstitucionais e a proteção da confiança do contribuinte*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- CHESNAIS, François. *A mundialização do capital*. Tradução Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996.
- DERZI, Misabel Abreu Machado; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. Levando a democracia a sério: uma abordagem da regra decisória ideal para o Confaz. *Revista Jurídica da Presidência* v. 19, n. 117, 2017.
- ENGLISCH, Joachim; YEVGENYEVA, Anzhela. The “upgraded” strategy against harmful tax practices under the BEPS action plan. *British Tax Review* v. 5, 2013.
- FORNASIER, Mateus de Oliveira; BEDIN, Gilmar Antonio; LEVES, Aline Pedron. Democracia, globalização e normatividade jurídica: a relativização da soberania e a eficácia dos direitos fundamentais. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM* v. 14, n. 2, e32548. Santa Maria/RS, maio/ago. 2019. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369432548>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32548>. Acesso em: 20 fev. 2020.
- GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

- HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. Tradução Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- MARINS, Daniel Vieira; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. Competição tributária ou guerra fiscal? Do plano internacional à Lei Complementar nº 160/2017. *REI – Revista Estudos Institucionais* v. 4, n. 1, [S.l.], ago. 2018. ISSN 2447-5467. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/265>. Acesso em: 27 mar. 2022. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v4i1.265>.
- OLIVEIRA, Ludmila Mara Monteiro de. *Direito tributário, globalização e competição*: por que só harmonizar não basta. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes. Exigência da unanimidade na concessão e estímulos fiscais e a constitucionalidade da LC 24/75 (sanções para quem descumpra a glosa de créditos). *Congresso Nacional de Estudos Tributários – sistema tributário nacional e a estabilidade da federação brasileira*. São Paulo: Noeses, 2012.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Model tax convention on income and on capital*. Paris: OECD Publishing, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1787/g2g972ee-en>. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2017-full-version_g2g972ee-en. Acesso em: 8 jun. 2019.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Action plan on base erosion and profit shifting*. Paris: OECD Publishing, 2012. DOI: <https://doi.org/10.1787/9789264202719-en>. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting_9789264202719-en. Acesso em: 10 jun. 2019.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (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.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). *Harmful tax competition: an emerging global issue*. Paris: Organisation for Economic Co-operation and Development, 1998.
- OWENS, Jeffrey. Tax transparency: the “new normal”. *Revista da Receita Federal: estudos tributários e aduaneiros* v. 1, n. 2, 2015.
- PINHEIRO, Priscila Tinelli; MOREIRA, Nelson Camatta. Globalização, invisibilidade social e reconhecimento: uma análise da (so)negação de direitos sociais aos catadores de materiais recicláveis. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM* v. 13, n. 1. Santa Maria/RS, abr. 2018. ISSN 1981-3694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369428699>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/28699>. Acesso em: 20 abr. 2020.
- PROSS, Achim; SHOOM, Kevin; DEJONG, Melissa. Harmful tax incentives critically curtailed: BEPS Action 5 in action. *Int'l Tax Rev.*, v. 28, 2017.
- ROSENBLATT, Paulo. Normas gerais antielisivas como princípio de direito internacional: os desafios do Brasil em se compatibilizar ao BEPS. *Revista Direi-*

to *Tributário Internacional Atual* v. 2. São Paulo: IBDT, 2022. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTIAtual/article/view/1827>. Acesso em: 24 mar. 2022.

SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: ainda uma estratégia militar. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *A tributação internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v. I.

VEGA, Alberto. International governance through soft law: the case of the OECD transfer pricing guidelines. *Working Paper for the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance* n. 2012-05, Munique, jul. 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2100341>. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2100341. Acesso em: 10 jun. 2019.

Report: ESG and International Taxation: Trends in the European Union (EU) and Emerging Countries

Fabio Luiz Gomes Gaspar de Oliveira
Master's Degree Candidate in International Taxation at the IBDT.
LL.M. in Regulatory Law, FGV Direito Rio.

1. Introduction

On April 27th, 2022, at 15:30, Brasilia time, Thais de Barros Meira, in the capacity of Chairwoman, opened the panel "ESG and International Taxation: Trends in the European Union (EU) and Emerging Countries". This panel took place on the second day of the *IX Brazilian Congress on International Tax Law*.

Thais denoted how interesting, yet challenging, the ESG theme is not only abroad, but also in Brazil. ESG stands for Environment, Social and Governance. Thais mentioned that ESG exists in the context of key stakeholders in a society: (i) Consumers, who no longer wish to have a relationship with companies practicing bad corporate behaviors (i.e., slave-analog working conditions, racism etc.); (ii) Investors, who will not invest in companies lacking good ESG practices; and (iii) Employees, especially younger generations of talent who will select responsible companies to develop their careers on¹.

The emergence of ESG practices arise because of companies' own motivation, from the convenience of their adoption or, as seen more recently, from sheer pressure from societies. ESG and Tax doesn't derive from an automatic relationship, but one that arises from the need for companies to consider fiscal practices in the design of their businesses. The pandemic is one such example, where companies willing to contribute to society's needs faced several issues around philanthropy and how to share resources with those in need without incurring in added tax burden. Another example can be observed with bills of law under discussion where carbon credits are proposed to have fiscal incentives upon trade.

Thais introduced the panel's speakers Amal Larhlid, Elidie Bifano, Joost Kutsch Lojenga and Rodrigo Araújo. Following such introduction, Thais introduced Fabio Gaspar as the panel's moderator and handed over to him.

2. Fabio Gaspar framed ESG in the context of companies' responsible tax practices, also known as ESG Tax, and proposed to offer a few thoughts on the connection of ESG Tax and international taxation.

The term ESG has been coined over the course of the 2000's, but has its roots in the 80's from Robert Freeman's work defending what he chose to name stakeholder capitalism as an alternative to Milton Friedman's shareholder capitalism in the 70's.

¹ With reference made to Fabio Colleti Barbosa.

While in the shareholder capitalism the profit is the sole drive, and the shareholder the only recipient of the benefits derived from the capital, in the stakeholder capitalism the shareholder is only one of many shareholders that are important to a company's goals. In the stakeholder capitalism, the shareholders come together in a long-term view with communities, nature, consumers etc.

Despite the lack of space for Friedman's theory in current days, the social corporate responsibility of companies in the Tax scenario is still a recent phenomenon. It seems to have started in Europe across the 2010's in the context of perceived abuse in the international tax planning space from certain multinationals.

In the wake of the 2009 global financial crisis and the ensuing fiscal austerity in Europe, the Fair Share movement gained momentum to challenge why societies had to pay alone for budget cuts when certain multinationals operated in their jurisdictions without paying taxes. In the early 2010's, British Member of Parliament Margaret Hodge denounced certain companies stating, "We are not accusing you of being illegal, we are accusing you of being immoral". Now, not only governments but also communities, consumers and young talent entering the job market would consider companies' tax practices when deciding how to regulate, relate, consume, and work for them.

The OECD hitchhiked the social and political movement to offer insights on the issue of harmful tax competition it had been cautioning since at least its 1998 report on the issue. This sequence of events led to the BEPS project and strong support not only from OECD members, but also that of the G20.

BEPS set out a myriad of principles and guidelines (soft law), many of them enacted into domestic law in several countries (hard law). However, especially in Europe, that didn't seem to be enough as different governing laws and remaining loopholes in international taxation appeared to still allow for unfair tax practices. Hence, on the second half of the 2010's, non-governmental organizations started to advocate for a series of responsible tax principles of voluntary adoption to fill the hole still perceived after BEPS (e.g., B Team). Such principles (soft law) represent the commitment to certain conduct and practice in the tax space regardless of legal force.

Examples of ESG Tax in international taxation abound. One recent case involving 'E' is Europe's ambitious Green Deal, also known as FitFor55, where the continent expects to reduce carbon emissions by 55% in 2030 – or before. Several EU Tax and Energy Directives are under review for that goal to be made possible. The recent COP26 also raised the question: "Can tax save the world?" That may be the first time tax practitioners will change the suit for a super-hero cape.

The "S" spectrum is where taxation denotes its more natural vocation. Taxation has in solidarity one of its main cornerstones. No instrument is more suited to draw resources to the State for its goals than tax. And through inductive rules or tax benefits, the state can create the right environment for companies to go further than their mere mandatory tax contributions and advance economic opportunities, as well as supplement social investments.

But it is with “G” that companies can make the most notable standalone difference when it comes to social responsibility. Tax governance has long been a subject advocated by the OECD. Through their Guidelines for Multinational Enterprises, the OECD lists principles and behaviors expected from multinationals in the tax space. It is expected, to name a few, that (i) the board of companies have oversight on tax strategy and risk, (ii) the company engage in cooperative compliance programs, (iii) companies respect not only the letter, but the spirit of the law, (iv) companies don’t seek to obtain tax benefits that are beyond those intended by the law, (v) companies are transparent, pay taxes according to where value is created etc.

Many of the above principles were captured by BEPS’ Actions and have been put into force by domestic laws. But where those were not materialized, the voluntary adoption of independent responsible tax principles can demonstrate to stakeholders that adopting companies are serious about their fair tax practices and will adopt them even where not enforceable by law. Some of those principles, as advocated by the B Team² are:

- a) “We do not use so-called ‘tax havens’ in order to avoid taxes on activities which take place elsewhere. Entities which are based in low or nil-rate jurisdictions exist for substantive and commercial reasons”;
- b) “We pay tax on profits according to where value is created within the normal course of commercial activity; we do not use artificially fragmented structures or contracts to avoid establishing a taxable presence in jurisdictions where we do business”;
- c) “We endeavour to build relationships of cooperative compliance with tax authorities where both parties engage in a proactive and constructive dialogue to discuss tax planning strategy, risks and significant transactions”;
- d) “Where we accept tax incentives offered by a Government authority to support investment, employment and economic development, we will seek to implement these in the manner intended by the relevant statutory, regulatory or administrative framework”;
- e) “Annual information that explains our overall effective tax rate and gives information on the taxes we pay at a country level, together with information on our economic activity”.

As soft law, much of ESG Tax is not mandatory. However, history has taught that, when it comes to the law as a social phenomenon, soft law tends to become hard law. Public CbCR in Europe is one good example after EU Directive 2021/2101. Here a suggestion using the words of former GE CEO, Jack Welch: “change before you have to”.

² <https://bteam.org/assets/reports/A-New-Bar-for-Responsible-Tax.pdf>.

3. Amal Larhlid brought an overview on the state of the art in Europe when it comes to ESG Tax. She started with the net-zero goals governments are pursuing around the globe, with highlight to COP26 – not as a destination, but as a milestone – and the role businesses must play in it.

Amal also called attention to the fact that investors are paying close attention to climate change as well as socially responsible business. They may be a force in driving capital behavior, which is expected to move from companies seeking profits alone to those seeking to include ESG targets. Events like the Covid 19 pandemic and Black Lives Matter helped accelerating the pressure for companies to do the right thing.

ESG is a reality in doing business in the 21st century, with clear benefits when embedded into the DNA of organizations. Research shows that 90% of companies with a clear purpose outperform competition in growth and profitability. It is good for business, it is good for society, it is good for the environment. Not adopting ESG practices bring risks to businesses, like consumers moving away from their products or limited access to capital.

But it's not all about risks, compliance and costs. It comes with opportunities as well. Not only are there opportunities to conquer new markets where ESG is an important value, but also research and development should derive into new technologies to tackle climate change. And governments are pooling capital together to make it available to fund new investments.

Tax has a very important role to play in ESG and the tax system should be a very important lever for policy makers to have a toolbox operating as carrots and sticks. Carrots include tax incentives and sources of funding, and the sticks include new taxes and wider regulations to drive the right behaviors.

On the EU, the European Green Deal is worth of notice, with the challenging ambition of making the EU the first carbon neutral continent by 2050. In the process, that should transform the EU economy and has far-reaching implications – and opportunities – for businesses. Among the changes, new environmental taxes are being introduced which mean costs and compliance. In the UK, the government is offering cash grants for green investment in activities such as wind power production and energy storage.

On the social aspects of ESG, especially recovering from the pandemic crisis, tax transparency can be seen as one of the key drivers for a sustainable tax system. Beyond the EU, other international organizations like the United Nations, the OECD and the World Economic Forum are also pushing the tax transparency agenda.

To make it more real, recent years have shown relevant investors making clear ESG Tax statements, like the Norwegian Sovereign Fund moving away from investing in companies lacking minimum tax transparency standards. More pressure is expected from capital holders, investors and society at large around tax transparency. Only recently, the EU has enacted a new public CbCR directive, as referred above, and has implemented the new 'green taxonomy' to classify investment.

On a concluding note, Amal mentioned what she has been seeing clients from a variety of business and operating across the globe strengthening the Tax function to deal with fast changing regulations and to be swifter in adapting to new ESG demands. Heads of Tax will have a critical role to play in making their companies ready to the future.

4. Elidie Bifano focused on tax morale, Cooperative Compliance and her experience in ESG Tax as a board member of Brazilian incorporated companies.

Elidie defined tax morale as the motivation to pay taxes, referring to the OECD conclusions on the matter. Data from the OECD suggests that the motivation to pay taxes is proportionate to the perception of fairness in the system. However, it is not a voluntary action and, in Brazil, derives from the National Tax Code as a mandatory obligation. Such obligation is a result of social solidarity, which according to Brazil's Supreme Court is an implicit principle in Brazil's Constitution.

Regarding the perception of fairness pointed out by the OECD, in Brazil Elidie's experience is that the lack of fairness is one of the most challenging features of the Brazilian tax system, with complexity prone to create errors and hefty penalties. Lack of legal certainty is also a known feature of taxes in Brazil, which often leads to lengthy litigation. Such features are detrimental to taxpayer's motivation to pay taxes.

Further, it seems to be a part of the Brazilian tax culture that of implementing amnesty programs to settle disputes. That can lead to bad behavior and an incentive not to pay taxes, since expectably there could be a new upcoming amnesty program forgoing penalty. On the other hand, those law-abiding taxpayers are demotivated by injustice. Finally, there is an overall feeling in Brazil that taxpayer's money is poorly invested.

On the matter of Cooperative Compliance, Elidie finds it an interesting instrument. However, in Brazil it is hard to see the taxpayer's motivation to adopt such programs given the tax morale features above. Further, contrary to other countries, Brazil lacks a Taxpayer's Code.

There are currently Cooperative Compliance programs in Brazil, such as the Brazilian Revenue Authorities' CONFIA and one in São Paulo at a state level. Elidie believes, however, that such programs are different from what can be seen in other countries such as Mexico and Spain.

Finally, on the matter of Elidie's experience as board member, she refers that in the last decades there has been an evolution in corporate governance to avoid some of the scandals public companies experienced in the past. And within the broader corporate governance theme, the tax governance stands as one branch.

In general, the corporate governance practices established over the last 15 years led to enhanced explanatory notes in companies' published financials. Elidie has seen the subject of ESG rank in company boards in recent years. ESG Tax is still rare to see in Brazil, with few examples popping up from companies that decided to voluntarily

publish Tax Reports in country. The few referred Tax Reports seen in Brazil are good news, in Elidie's perception. They provide information on Effective Tax Rate (ETR), as well as high level information on tax planning.

With regards to ETR, Elidie poses a question on whether an ETR below the nominal rate could raise concerns of underpayment from the perspective of the solidarity principle. Still from the vantage point of the solidarity principle, Elidie questions whether the typical Brazilian amnesty programs, and underlying pardon of penalties, would configure an infringement.

Elidie shared the concern foreign clients raised in the past regarding whether the deemed profit regime, for corporate income tax determination in Brazil, could constitute an undue benefit.

And finally, Elidie shared the opinion that ESG Tax is not supposed to be of interest of only companies and governments, but from all society. Tax reform is utterly necessary in Brazil and, building from the Spanish and Mexican experience, should include topics of tax transparency and ESG practices.

5. Joost Kutsch Lojenga acknowledged the European and Brazilian societies may be at different points when it comes to how communities look at multinationals and the taxes they pay. He suggested that concerns with social corporate responsibility in the tax space should soon reach Brazilian multinationals. Dare to share, because if you are not at the table, you may be on the menu.

Joost started with three main observations. First, taxes are a vital source of revenue for countries around the world. They help to fund essential services like education, health care and roads. And in times of crisis, such as the Covid-19 pandemic and the turmoil in and around Ukraine, revenues from taxes become even more important, because they are central to government policies to support people's lives and livelihoods.

Second, the expectations people have from businesses have never been higher than they are today. People expect to see business behaving as a responsible member of society, making a positive contribution. Behaving responsibly includes, among many other things, respecting human rights, operating safely... and paying the right amount of tax in the right place. Companies can only show people whether they are meeting these expectations if they are transparent about what they do.

Third, greater transparency by companies helps governments develop fair, stable, effective tax systems that ensure robust public revenues, invite private investment, and help businesses to grow so they can create sustainable jobs.

So, it is important that companies pay their fair share of taxes, and it is important they are transparent about how much they pay. Joost then moved to share his own experience in a multinational that decided to take that step and invited everyone to check the relevant data on Shell's website.

Joost encouraged more companies to open their books and show their financial contributions to society. Because meeting society's expectations will earn them trust... and because more transparency can support the development of fair, stable and effective tax systems which are always important... today perhaps more than ever.

6. Rodrigo Araujo highlighted the fact that the ESG Tax journey is part of a much larger journey of transparency Petrobras has embarked on over the last several years in seeking to revert its reputation. Petrobras' turnaround journey has led the company to start facing the energy transition with low carbon assets that makes it one of the most competitive players around the globe in the oil and gas (O&G) space.

Rodrigo mentioned that many times companies think about ESG Tax and transparency in connection with BEPS' actions 12 and 13 and other primary obligations but it goes much beyond. Voluntarily adopting ESG Tax principles means taking risks, especially in a highly contentious country like Brazil.

Rodrigo highlights the importance of bringing the company's board of directors, as well as other departments, in the tax transparency journey. But it is of utmost relevance to have the tone being set at the top of the organization. Petrobras' first steps took place at a difficult time, some 7 years ago, and started with a close connection between the company's audit committee, Tax, Accounting and Legal departments seeking to enhance transparency on tax litigation data. How to better communicate risks more adequately with the market?

From that first step, Petrobras next sought to enhance its governance structure when it comes to principles that included taxation. How to establish a risk management model that works in a satisfactory manner? It was desired that different levels in the organization were involved in tax risk taking in matters like uncertain tax positions, which is routine in Brazil given the sheer contentious nature of the tax system in the country.

The next stage in Petrobras' journey was to prepare for added transparency seeking to publish country by country information, which took place at a moment of much change in the O&G scenery in Brazil with the change in Upstream laws. Seeking to simplify its activities, but also taking into account substance in its international activities, the standards of responsible taxation helped guiding action at times.

Shell and Petrobras shared similar moments in effecting changes recommended by BEPS and, taking advantage of that journey then in motion, to jump into more ambitious targets to voluntarily adopt the responsible tax agenda looking at the principles set forth by the B Team. How to bring those principles to Brazil and to action on it in a company that represents 4% of Brazil's GDP?

Fortunately, that journey translated into a success case, with recognition from the market like ANEFAC's³ transparency award. The success was preceded by strong

³ Brazil's National Association of Finance, Business and Accounting Executives.

engagement not only from Petrobras' Tax department, but also from the then CEO and CFO, who urged Rodrigo, then Head of Tax, to accelerate the process.

Since the first iteration, Petrobras's Tax Contribution Report has evolved to display detailed information in country and abroad. The company operates throughout Brazil and has developed heat maps to display their tax payments across the country. For instance, in some states Petrobras is responsible for half of ICMS collection in the state. The first reports were meant to be issued on a yearly basis, but soon became quarterly.

Rodrigo highlighted a recent evolution to start publishing Petrobras' tax contribution report together with other reports that touch on aspects of ESG that go beyond that of taxation, like the climate change report.

In conclusion, Rodrigo referred to several responsible tax principles which are now explicitly stated but, in reality, were already part of the day-to-day of staff, like adhering to substantive commercial reasons and relationship with authorities. But in his journey, he found that stating them explicitly enhances the level of commitment of the company. And that, despite the risks of taking that responsible tax step, the benefits outweigh the risks.

7. Closing words by Thais de Barros Meira outlined the learnings from the panel and the optimism of what the future holds in the ESG Tax space, hoping that this is just the start of a more transparent and responsible tax environment in Brazil.

ESG¹ Tax: a Herald of Change in International Tax Policy? A Perspective on Tax Morale, Soft Law, Hard Law, ESG, SCR and How Those Concepts can be Converging in the New International Tax Order

Fabio Luiz Gomes Gaspar de Oliveira²

Advogado e Professor de Direito Tributário no curso de especialização em Direito Financeiro e Tributário da UERJ. Mestrando em Direito Tributário Internacional (IBDT) e *LL.M.* em Direito Regulatório (FGV).

Abstract

The truism says in every crisis lies an opportunity. Whether that is true will depend upon those with the ability to adapt to change. Societal changes have called businesses to higher standards in recent years. That is true for several areas such as environment, human rights, freedom etc. And more recently that also became true for Tax.

Unprecedented change has led to massive transformation in tax. One such transformation is the trend for corporates to go beyond the letter and into the spirit of the law. Companies are urged to uphold better behaviors.

Meet ESG Tax. This paper will explain what each letter in “ESG” means in the context of tax and will argue the case that material change in international tax policy and practice has been shaping businesses in Europe. Those unacquainted to such imminent change may perceive it as a crisis. For those, maybe another truism: Never waste a good crisis.

Introduction

This paper aims to analyze how unprecedented change over the last couple of decades led society to urge for change while aspiring for a world with better and more responsible businesses. Starting from the urgency of climate change, the article tackles the role of tax in ESG and in shaping a more balanced environment.

The article will then move into providing context around the concept of ESG, which is an evolution from the Stakeholder Capitalism theory. Further, tax as a primary revenue source for most states – and an obligation that permeates every business decision – can be the excellence ESG instrument for a more responsible society.

While recent in other societies, especially when it comes to tax, in Europe there has been a surge in responsible business initiatives over the last decade.

¹ The acronym stands for Environment, Social and Governance. The concept will be more deeply explained in this article.

² This article represents the author’s opinions and not those of any entities the author may be involved with academically or professionally.

Higher scrutiny from society, consumers and investors led businesses to come up with new standards and best practices, such as public CbCR. The paper then argues that much of what once was best practice eventually becomes base case and/or mandatory.

Finally, considering that all signs point to higher standards becoming the new norm – and that change is inexorable, the author recommends businesses to embrace change before they are forced to.

Can tax save the world?

By late 2021, the United Kingdom hosted the 26th United Nations (UN) Climate Change Conference of the Parties, also known as COP26³. The environment is an important topic and, as such, has been getting serious attention from a myriad of players in the international scene. It can't be different if the mankind is to effectively tackle the challenge of keeping global temperatures to 1.5 °C above pre-industrial levels⁴.

Concern with the environment is not a new topic. For decades now the UN has been dedicating material efforts to seek consensus on how to tackle human interventions that are harmful to nature. From the Rio Convention⁵ to the Paris Agreement⁶, the UN has strived to find solutions to a very real issue that is climate change. COP26 brought a slightly different light into the issue, however: tax.

The question “can tax save the world” was heard more than a few times in the context of COP26. Chris Morgan and Matthew Gwyther attempted to address that question stating that “[i]t isn't often that members of the global tax community can claim that they can help save the world. But now might be one”⁷. OECD Secretary Mathias Cormann reportedly intends that the OECD pushes the development of a globally consistent carbon pricing project, similarly to how BEPS was tackled⁸.

Carbon pricing as one of the instruments to address climate change has seen a swift development in recent years. According to the World Bank, “some 40 countries and more than 20 cities, states and provinces already use carbon pricing mechanisms, with more planning to implement them in the future. Together the carbon pricing schemes now in place cover about half their emissions, which translates to about 13 percent of annual global greenhouse gas emissions.”⁹

³ HOME – UN Climate Change Conference (COP26) at the SEC – Glasgow 2021 (ukcop26.org).

⁴ See Shell's Energy Transition Report for insight into the company's environmental goals.

⁵ <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-convention/what-is-the-united-nations-framework-convention-on-climate-change>.

⁶ <https://unfccc.int/process-and-meetings/the-paris-agreement/the-paris-agreement>.

⁷ Tax can save the world – KPMG Responsible Tax.

⁸ COP26 Glasgow summit: Mathias Cormann's remarkable reinvention as a climate warrior (afr.com).

⁹ Pricing Carbon (worldbank.org).

Corollary from the Polluter Pays Principle (PPP), carbon pricing has now been strongly embraced by the OECD and by the European Union (EU). Yet, the PPP is not new. Federica Pitrone describes it as part of the OECD literature since as early as 1972:

“The ‘polluter pays’ principle, which is the cornerstone of the European Union policy on the environment, is generally considered the framework within which environmental protection and environmental taxation meet each other. In order to clarify this statement we have to analyse the origins and evolution of this principle. [...]

the ‘polluter pays’ principle was adopted for the first time by the OECD in 1972. In particular, the Recommendation on Guiding Principles Concerning International Economic Aspects of Environmental Policies enshrines the first formulation of the ‘polluter pays’ principle, as an economic principle for allocating the costs of pollution control.

According to the OECD, “The principle to be used for allocating costs of pollution prevention and control measures to encourage rational use of scarce environmental resources and to avoid distortions in international trade and investment is the so-called ‘Polluter-Pays Principle’.”¹⁰

The OECD alerts that “[a]round 60% of CO₂-emissions from all energy use in 44 OECD and G20 countries are not subject to an ECR at all, and only around 10% to a rate of at least EUR 60 per tonne. Hence, approximately 90% of emissions are priced below a mid-range estimate of the costs of CO₂-emissions to society in 2020 and a low-end estimate in 2030, being EUR 60 per tonne”¹¹. Not surprisingly, the OCDE has published the report *Taxing Energy Use in 2019: Using Taxes for Climate Action*¹², where it tracks where countries stand and makes actionable recommendations on how governments could adopt taxation as a tool to address climate change.

The EU, on the other hand, launched an ambitious initiative to be the first climate-neutral continent named Fit for 55, The European Green Deal. All 27 member states committed to making Europe carbon neutral by 2050, reducing emissions by at least 55% as early as 2030¹³. Among the several initiatives, the project’s blueprint include restructuring the Energy Taxation Directive and amending the Directive 2003/87/EC to include Carbon Pricing¹⁴.

Given the amount of initiatives to leverage tax for environmental objectives, it doesn’t sound strange the question whether tax can save the world. That can

¹⁰ PITRONE, Federica. Environmental taxation: a legal perspective. In: LUISS, Guido Carli. *Dottorato di Ricerca in “Diritto degli Affari e Tributario dell’Impresa”*, 2013/2014.

¹¹ Tax and the environment – OECD.

¹² *Taxing Energy Use 2019: using taxes for climate action* | en | OECD.

¹³ https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/delivering-european-green-deal_en.

¹⁴ See Shell’s welcoming to the European Green Deal and scenarios sketch.

however be only the “E” top of the iceberg. ESG stands for Environmental, Social and Governance and contains concepts of good practice in the social corporate responsibility space, which has been brewing for decades and seem to have now come to stay. So, can ESG Tax save the world? Well, that is a rhetorical question.

CSR, ESG, morality and tax: how did we get here?

World-famous economist Milton Friedman published the article *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*¹⁵ in 1970. That article and Friedman’s thought shaped generations of businesspeople around the globe and delayed what was eventually inexorable: That businesses do have responsibility before the societies and communities they are part of. The following fragment of such a paper reveals how disconnected that thought is from contemporary eyes:

“When I hear businessmen speak eloquently about the ‘social responsibilities of business in a free-enterprise system’, I am reminded of the wonderful line about the Frenchman who discovered at the age of 70 that he had been speaking prose all his life. The businessmen believe that they are defending free enterprise when they declaim that business is not concerned ‘merely’ with profit but also with promoting desirable ‘social’ ends; that business has a ‘social conscience’ and takes seriously its responsibilities for providing employment, eliminating discrimination, avoiding pollution and whatever else may be the catchwords of the contemporary crop of reformers. In fact they are – or would be if they or anyone else took them seriously – preaching pure and unadulterated socialism. Businessmen who talk this way are unwitting puppets of the intellectual forces that have been undermining the basis of a free society these past decades.”

In today’s world companies are corporate members of society and most responsible businesses adopt the so-called stakeholder capitalism, where companies seek long-term value creation by taking into consideration the needs of a multitude of stakeholders. Those stakeholders include society, customers, employees, communities, suppliers etc.

On the role of companies considering the Shareholder theory (Friedman’s), Marcio Calvet Neves¹⁶ annotates:

“Shareholder theory is important, but many significant members of the international business community consider it outdated. In August 2019, approximately 200 CEOs in the United States’ most powerful enterprises issued a breakthrough statement redefining the purpose of a corporation, abandoning the traditional view of strict profit maximisation and acknowledging that firms have a responsibility towards a greater range of actors, such as employees, community and government. The present corporate trend comes closer to the ideas of other econo-

¹⁵ The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits (umich.edu).

¹⁶ Integration of corporate social responsibility into corporate tax strategy | International Bar Association (ibanet.org).

mists, such as Nobel Laureate and President Clinton adviser Joseph Stiglitz, according to whom payment of taxes is the first element of CSR.”

While Friedman’s shareholder capitalism in the 70’s heavily influenced the business ethics of the day, in the 80’s the world witnessed the development of the stakeholder capitalism with Robert Edward Freeman, in his book named *Strategic Management: A stakeholder approach*¹⁷.

Deriving from the stakeholder theory, Corporate Social Responsibility (CSR) seeks to operate not only within the letter, but also the spirit of the law. Further, the catalog of business principles enshrined in CSR include ethical standards and international norms that function in a self-regulating way as a company strives for long-term value¹⁸.

Pushed by former UN Secretary Kofi Annan, the report *Who Cares Wins*¹⁹ helped bolster the term ESG in 2004. The case for the adoption of an ESG approach was a moral, but also a financial one:

“Ultimately, successful investment depends on a vibrant economy, which depends on a healthy civil society, which is ultimately dependent on a sustainable planet. In the long-term, therefore, investment markets have a clear self-interest in contributing to better management of environmental and social impacts in a way that contributes to the sustainable development of global society. A better inclusion of environmental, social and corporate governance (ESG) factors in investment decisions will ultimately contribute to more stable and predictable markets, which is in the interest of all market actors.”

The connection between ESG and Tax wasn’t clear until the 2008 global financial crisis, however. Until then, Tax was seen as a complex and unwelcoming subject. Not a subject on the everyday conversation of the common citizen. That started to change when severe fiscal crises arose in the wake of the 2008 financial crisis, especially in Europe. When asked to ‘pay the bill’, common citizens questioned why they would have to pay for the crisis when certain multinationals were operating in their territories without paying corporate taxes? That moment was marked by the Fair Share movement and caused popular unrest.

In the UK, MP Margaret Hodge hosted a series of parliament hearings with companies like Starbucks, Google and Amazon where she denounced: “We are not accusing you of being illegal, we are accusing you of being immoral.”²⁰

The matter of tax morality gained momentum, with strong political support in Europe. The OECD took advantage of the moment to bring back some of the

¹⁷ FREEMAN, Robert Edward. *Strategic management: a stakeholder approach*. Pitman, 1984. Access on Internet Archive.

¹⁸ See Shell’s standards and frameworks in relation to stakeholder capitalism, ESG, the UN Global Compact, the UN SDGs and others.

¹⁹ 04-37665.global.compact_REV.2 (d306pr3pise04h.cloudfront.net).

²⁰ Starbucks, Amazon and Google accused of being “immoral” (telegraph.co.uk).

concepts it defended since the 90's with the report Harmful Tax Competition, An Emerging Global Issue²¹. With that, the BEPS project²² was born, seeking to tackle loopholes in the international tax framework that allowed base erosion and profit shifting.

OECD's report Tax Morale, What Drives People and Businesses to Pay Tax²³ describes the effect of the global crisis on international tax policy:

“Since the 2008 global financial crisis, significant attention has been paid to international tax policy issues associated with cross-border tax evasion and avoidance. This has led to a range of new tools, standards and approaches to address the challenges of undeclared offshore wealth by individuals and aggressive tax planning by MNEs.

[...] Tax morale, generally defined as the intrinsic motivation to pay taxes, is a vital aspect of the tax system, as most tax systems rely on the voluntary compliance of taxpayers for the bulk of their revenues. Improving tax morale therefore holds the potential to increase revenues with (relatively) little enforcement effort.”

BEPS was completed and with that came the question: What's next? At that point it was clear, again especially in Europe, that Tax had become a subject of the ordinary citizen. A matter in which everyone had a say, not only experts. By the second half of the 2010's it was certain that taxation was in public domain and that companies that were not perceived to pay their fair share and to act according to the expectations of a given society would “pay the price”. CSR and ESG had arrived in the Tax world.

This new reality resulted in a couple of interesting situations: (i) socially backed up, EU politicians strengthened tax avoidance countermeasures with ATAD I²⁴ and ATAD II²⁵; (ii) Socially aware consumers, employees and investors started to select companies they would relate to based on ESG standards that also includes tax principles and transparency. Tuned to that trend, companies responded seeking to raise the bar in their tax strategy, standards and transparency. Beyond applying the law, multinationals now seek to elevate their practices in alignment with moral principles while being transparent about how much, where and how they pay tax.

The case for ESG Tax adoption

On the case for ESG Tax, the Forum on Corporate Governance, Harvard Law School, points out that:

²¹ Harmful Tax Competition: an emerging global issue | OECD iLibrary (oecd-ilibrary.org).

²² Base Erosion and Profit Shifting – OECD BEPS.

²³ Tax morale: what drives people and businesses to pay tax? | OECD iLibrary (oecd-ilibrary.org).

²⁴ EUR-Lex – 32016L1164 – EN – EUR-Lex (europa.eu).

²⁵ EUR-Lex – 32017L0952 – EN – EUR-Lex (europa.eu).

“Arguments cited in support of greater engagement include that aggressive tax planning can create corporate governance risk, lead to material fines, damage corporate and brand reputation and, alone or in combination with competition among jurisdictions to attract businesses through tax incentives or holidays, deprive governments of funding needed to provide services to communities. Indeed, enhanced corporate income tax disclosure could itself lead to changes in tax laws, perhaps as a result of governments gaining insight into tax practices or public reactions to ESG disclosures.”²⁶

The matter of ESG Tax, transparency and tax morality, as well as the dilemmas arising from such themes, could translate into the greatest tax revolution since the BEPS project. Maybe it could even reshape the international tax practice established since the framework produced by the League of Nation’s Committee of Experts on Double Taxation and Tax Evasion²⁷.

The economic and social consequences are relevant. ESG Tax will translate into impacts ranging from greater scrutiny from consumers and society to the motivation and purpose of the staff. Further, companies striving for investment will need to take the ESG Tax agenda into account when aiming to attract investment. Reuters recently reported Norway’s sovereign fund strategy to avoid investment in companies that lack basic tax practices: “For first time, Norway’s wealth fund ditches firms over tax transparency.”²⁸

More and more ESG Tax has been pointed as a topic that plays a dual role covering the social as well as the financial spectrum. KPMG’s report *ESG and Tax: Increasing importance to Institutional Investors*²⁹ highlight that “regardless of level of investment or control, institutional investors could be criticized for investments in entities that do not follow ESG principles as they apply to tax. Therefore, it will be important for investors to carefully consider the consequences of investing in entities that are less than fully transparent about their tax risk profile.”

On another report, *Corporate tax: a critical part of ESG*³⁰, KPMG also points out that “Increasingly, corporate tax has become a leading governance consideration, specifically tax transparency and corporate income tax responsibility.” As mentioned before, the “E” part of ESG Tax is just the tip of the iceberg. Tax plays a crucial role in all dimensions of ESG.

However important, it is still a fact that ESG Tax is largely in use in European multinationals, but still timidly adopted by companies in other parts of the world. 2021 VBDO’s *Tax Transparency Benchmark* report³¹ shows that while 50% of

²⁶ Forum on Corporate Governance, Harvard Law School.

²⁷ Committee of Experts on Double Taxation and Tax Evasion.

²⁸ <https://www.reuters.com/article/us-norway-swf-idUSKBN2A11TR>.

²⁹ <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2021/09/esg-and-tax.pdf>.

³⁰ <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2019/03/corporate-tax-a-critical-part-of-esg.pdf>.

³¹ <https://www.vbdo.nl/en/2021/12/vbdo-applauds-growing-dutch-tax-transparency-and-use-of-gri-207-tax-standard/>.

European companies already publish CbCR data on a voluntary basis, the global benchmark is only 7%³².

Certain Brazilian companies have risen to the ESG Tax challenge though. That is the case of Petrobras, which has reported its tax data for 2019³³ and 2020³⁴. Another case is that of Natura, which is a member of the B Team³⁵ and reports ESG Tax data in their 2019³⁶ and 2020³⁷ Annual Reports.

The case for the adoption of ESG Tax practices is grounded on stakeholder capitalism and CSR standards, but also offer an opportunity for attracting investments, enhancing reputation and lowering costs. Marcio Calvet Neves explains:

“Integration of CSR into tax strategy should not be resisted by the tax industry and business executives. Bringing in a CSR specialist to discuss tax strategy will present new opportunities and reduce the never-ending cat-and-mouse game between businesses and the state, where both parties use their weapons without mercy. [...] Using CSR for tax strategy will be an important business asset in terms of reputation. Finally, integration of CSR will also reduce business costs involved in continual monitoring, sanctions, and tax compliance, all of which are extremely high in Brazil in comparison with other countries.”³⁸

In practice, ESG Tax reveals a group of principles that auto regulate an organization’s approach to tax on items such as governance, corporate structure, relationship with authorities, transparency and others. Aiming to raise the bar in that space, the B Team³⁹ has developed a series of responsible tax principles to guide the tax aspect in ESG.

One very good example of relationship with authorities as an enhanced standard is OECD’s Co-operative Compliance program. On some of the benefits for both tax administrations and taxpayers, the report Co-operative Compliance: A Framework⁴⁰ outlines the following as key advantages: (i) mutual trust, (ii) increased commercial awareness and predictability, (iii) risk management and the ability to address issues sooner and faster, (iv) certainty in advance, (v) reduced

³² See Shell’s Tax Contribution Reports for 2018, 2019 and 2020.

³³ <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/25fdf098-34f5-4608-b7fa-17d60b2de47d/344f3104-e9b6-448e-3d2c-d039341416d7?origin=2>.

³⁴ <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/25fdf098-34f5-4608-b7fa-17d60b2de47d/3d74be35-c5f0-b698-cf39-efdc0abea98?origin=2>.

³⁵ A-New-Bar-for-Responsible-Tax.pdf (bteam.org).

³⁶ Natura_annual_report_2019.pdf.

³⁷ Annual_Report_Natura_GRI_2020.pdf.

³⁸ Integration of corporate social responsibility into corporate tax strategy | International Bar Association (ibanet.org).

³⁹ A-New-Bar-for-Responsible-Tax.pdf (bteam.org).

⁴⁰ Co-operative compliance: a framework: from enhanced relationship to co-operative compliance | READ on-line (oecd-ilibrary.org).

administrative burden, (vi) better resource allocation, (vii) better public reputation etc.

The Brazilian tax authorities (RFB) are tuned to that trend. In 2021 RFB established the pilot co-operative compliance program named Confia. Key companies were invited to join the program, where it is expected that, together, tax authorities and taxpayers will design the framework for the Brazilian model⁴¹.

ESG Tax seems to be the inexorable development of what since the 80's has been taking shape as stakeholder capitalism. Hence, it is a logic corollary that, despite stronger in Europe now, ESG Tax will hit all countries as societies, consumers and employees better understand it.

PWC's Chris Woo describes the case for ESG Tax as follows:

“ESG factors are now key investment considerations for many institutional investors. Listed companies, in particular, need to make sure they remain attractive in this respect. Businesses need to stay ahead of the curve to avoid tax risks, reputational risks and other risks that might arise from being ignorant of such factors. The way to do that is to embed ESG principles throughout an entity's corporate culture, specifically including a company's tax strategy. ESG integration should not be thought of simply as negative screening; it is now simply a corporate way of life.”⁴²

Practices that were once known as nice to have, best practice or soft law have proven to become hard law over time. Thought in perspective, that seems to be the case even for basic human rights. While certain human rights can be currently taken for granted, most of them were only aspirations in more ancient times⁴³.

The classic organization of human rights in generations, as established by Karel Vasak in the 1970's⁴⁴, seem to prove the point that soft law eventually does become hard law. Evidence of that can be made through the Constitution of several countries, which encompasses human rights of first, second and third generation. That is the case of the Brazilian Constitution promulgated in 1988, which is celebrated as modern in the sense of enshrining such human rights of first, second and third generation.

It is therefore inexorable that some of what can currently be observed as soft law in the ESG Tax space will eventually be converted into hard law. That seems to be the case already. Let's take CbCR as an example.

⁴¹ Confia (Programa de Conformidade Cooperativa Fiscal) – Português (Brasil) (www.gov.br).

⁴² Taxes, ESG are potential wake-up calls to go green (pwc.com).

⁴³ Magna Carta in 1215, Petition of Rights in 1628, The Bill of Rights in 1689, the American Declaration of Independence in 1776, the French Declaration of Rights in 1789 and the Universal Declaration of Human Rights in 1948.

⁴⁴ VASAK, Karel. A 30-year struggle. The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. The Unesco Courier, 1977, p. 29. Access on UNESDOC Digital Library.

In 2015, the OECD published the BEPS Action 13 report⁴⁵ setting forth reporting standards for CbCR (soft law). Over the following years, several countries enacted domestic CbCR laws to which its taxpayers are bound to (hard law). CbCR data was then privileged, with tax administrations bound by confidentiality.

However, by 2019 a handful of multinationals were voluntarily publishing their CbCR numbers to the open public based on auto regulated ESG Tax principles (soft law). And in December 2021 the EU enacted Directive 2021/2101 to impose the disclosure of income tax information ('public CbCR') to the open public (hard law).

From a myriad of angles, ESG Tax seems to have come to stay. As a result, it should be a topic for thoughtful consideration in a company's overall tax strategy.

Final remarks

ESG has made it to the order of the day in recent years. That is a result of decades of evolution in capitalism, from Friedman's shareholder theory⁴⁶ to Freeman's stakeholder approach⁴⁷. That evolution resulted in concepts of CSR and eventually ESG. Those concepts included themes like labor, freedom, governance and environment, which were the first ones to be more widely adopted in the ESG space.

It was a matter of time before ESG reached Tax. That time has come as shown by the framing rhetorical question: Can tax save the world? It seems taxes are naturally prone to be used to power important human goals. Not by chance, scholars debate the existence of a fundamental duty to pay tax⁴⁸.

Tax compliance is an obligation. However, auto regulated principles of best practice offer an opportunity for companies to go beyond the mere obligation and act as responsible corporate citizens that contribute to society with a long-term view (one that is aligned with the stakeholder capitalism). Long term fruits should derive from enhanced consumer and staff motivation and purpose resulting in better business, and from better ranking for investment.

If the above reasons are not enough of a case for change, there is one final reason as to why ESG Tax should be adopted the earliest: It is the right thing to do. Most of what today is soft law will inexorably be converted into hard law. If corporates miss the opportunity for voluntary adoption, they will eventually be forced into mandatory compliance. As put by Jack Welch, "change before you *have to*".

⁴⁵ <https://www.oecd.org/tax/beps/transfer-pricing-documentation-and-country-by-country-reporting-action-13-2015-final-report-9789264241480-en.htm>.

⁴⁶ The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits (umich.edu).

⁴⁷ FREEMAN, Robert Edward. *Strategic management: a stakeholder approach*. Pitman, 1984. Access on Internet Archive.

⁴⁸ GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sergio André. O dever fundamental de pagar impostos: direito fundamental a uma tributação justa. *Dever fundamental de pagar impostos: o que realmente significa e como vem influenciando nossa jurisprudência?* Ed. D'Plácido, 2017, p. 31.

ESG – Tributação no Ambiente Brasileiro: a Importante Missão dos Órgãos de Administração das Empresas

ESG – Taxation in the Brazilian Environment: the Important Mission of Business Administration Instances

Elidie Palma Bifano

Bacharel pela Faculdade de Direito da USP, Mestra e Doutora em Direito Tributário pela PUC-SP, Professora no Curso de Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo (FGV) e nos Cursos de Especialização da Faculdade de Direito da PUC-SP, do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET), do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT) e da Escola de Direito do CEU (IICS). Advogada em São Paulo.

1. Introdução

1.1. Generalidades

De início, é essencial deixar claro quão elogiável e oportuna foi a escolha do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), em seu IX Congresso Internacional de Direito Tributário, no sentido de debater a questão voltada ao ESG/Tributação. No Brasil, até este momento, o trato desse assunto está restrito a alguns órgãos de administração de empresas ou a apresentações por institutos voltados a temas que envolvem a gestão de empresas¹. Indaga-se, contudo, afinal o que é o ESG/Tributação? É mais um modernismo e a adesão a ele é simplesmente para que as empresas demonstrem seu engajamento com o momento?

Para bem definirmos o que seja o ESG/Tributação, é essencial tratarmos em poucas palavras acerca do ESG, visto que o ESG/Tributação se qualifica como uma subdivisão desse grande tema, como se verá.

1.2. O que é o ESG?

Desde fins da década de 1990, com a série de escândalos corporativos que abalaram os negócios mundo afora, entidades preocupadas com a relação das empresas com o mercado e a sociedade desenvolveram importantes regras voltadas à gestão dessas entidades, usualmente desvinculadas dos sócios, por força de delegação de funções. Nesse caso podem surgir os chamados conflitos de agência quando os proprietários e os agentes, sob a concepção da teoria da agência, querendo maximizar suas utilidades, geram um conflito por possuírem interesses contrastantes com os da entidade, de tal sorte que ao privilegiar seus interesses pessoais acabam por prejudicar o andamento da organização. Para fugir desse

¹ Destacamos que grande parte de nosso aprendizado sobre o tema decorre de participação em conselho fiscal.

impasse, estabeleceu-se a chamada governança corporativa ou conjunto de estruturas e processos que dirigem e controlam as empresas. Com isso buscou-se que as empresas se tornassem mais responsáveis e transparentes em suas práticas, para os investidores, uma vez que desfrutavam de ferramentas adequadas para tanto. No Brasil o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) vem capitaneando tais iniciativas com grande sucesso². Contudo, como se verá, o aperfeiçoamento das práticas no mundo dos negócios caminhou da já consolidada governança corporativa para as práticas de ESG.

A sigla ESG (*Environmental, Social and Governance*) corresponde às práticas ambientais, sociais e de governança de uma organização, as quais surgem por provocação de investidores e entidades interessados em verificar os impactos que a empresa, como atividade produtiva, causa ou pode vir a causar no meio ambiente, na sociedade e na governança corporativa. Aqueles que investem seus recursos desejam ter a certeza de que, no futuro, não serão acusados de terem se omitido na preservação do mundo e da sociedade, no desenvolvimento de seus negócios e na sua sustentabilidade. A melhor forma para assegurar esse comportamento é implantar tal filosofia como prática dentro das organizações o que, destaque-se, tem trazido uma série de desafios sobre o tratamento desse tema, embora seja certo que a decisão de adotar melhores práticas em termos de ESG seja tarefa de todos, na empresa, e não apenas da área constituída para gerenciar tal tema.

O termo ESG apareceu pela primeira vez em 2004³, em uma publicação do Pacto Global em parceria com o Banco Mundial, chamada *Who Cares Wins*, em que o secretário-geral da ONU indaga de presidentes de grandes instituições financeiras sobre como integrar fatores sociais, ambientais e de governança no mercado de capitais. A partir daí, diversos movimentos foram efetivados, no sentido de introduzir princípios de investimento responsável.

De forma resumida, o ESG objetiva avaliar a governança ambiental, social e corporativa de uma entidade. Essa avaliação resulta em qualificar a entidade a partir de dados coletados em torno de métricas específicas que consideram os elementos ESG, de forma a atribuir créditos e credibilidade às entidades.

Os critérios ESG chegaram ao Brasil e para os *stakeholders* das empresas, hoje, essa prática parece indicar solidez, custos mais baixos, melhor reputação e, também, maior resiliência em meio a incertezas. De acordo com a evolução que tais práticas tomaram, em princípio no exterior e agora no Brasil, é certo que elas vêm se tornando essenciais para a tomada de decisões dos investidores, pois a ninguém agrada associar-se a empreendimentos danosos para o mundo e para a sociedade, como um todo. Além disso, os critérios ESG estão totalmente relacio-

² O IBGC foi criado em novembro de 1995.

³ PACTO GLOBAL. *ESG*. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/pg/esg#:~:text=O%20termo%20foi%20cunhado%20em,governan%C3%A7a%20no%20mercado%20de%20capitais>.

nados aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) como estratégia dos negócios, os quais reúnem os grandes desafios e as vulnerabilidades da sociedade.

A Bolsa de Valores do Brasil (B3) chama tais entidades que adotam boas práticas de ESG para integrarem o grupo de companhias que fazem parte do ISE, Índice de Sustentabilidade Empresarial da B3. Além disso, a estratégia ESG inclui relatórios e transparência nos negócios, de tal sorte a munir os *stakeholders* de dados essenciais na tomada de decisões.

Diante desse cenário, devem os Conselhos de Administração e os comitês que os assessoram estar preparados para o futuro negativo que a não adesão a tais práticas poderá trazer a clientes, fornecedores, consumidores, concorrência, em suma, atingindo muito além desse ambiente de negócios, o próprio ambiente social.

Por fim, a adoção das práticas ESG não está restrita apenas a empresas privadas, havendo um importante trabalho desenvolvido pelo IBGC nesse sentido⁴. Desde já, esclareça-se, para os interessados na questão, que além do IBGC há muitas e oportunas publicações que sintetizam os principais aspectos do ESG⁵.

1.3. O que é o Tax/ESG ou ESG/Tributação?

O Tax ESG surge, naturalmente, como uma especialização ou subdivisão do tema geral ESG, tratando dos impactos sociais, ambientais e de governança das empresas a partir de suas práticas, políticas e estratégias tributárias. O nascimento dessa subdivisão acompanha o fenômeno da governança corporativa tributária que surgiu, também, como uma especialização da governança corporativa voltada a temas tributários. Assim, é possível desdobrar a sigla ESG, para fins tributários, nos seguintes principais aspectos:

ENVIRONMENTAL: voltado à criação de tributos verdes, envolvendo bens e atividades não poluidores, assim como aqueles que combatem o carbono na atmosfera, incluindo incentivos verdes voltados à geração de energia limpa ou renovável;

SOCIAL: voltado à concessão de benefícios fiscais e previdenciários, contribuição através dos tributos pagos e ética tributária.

GOVERNANÇA: controle e acompanhamento de estratégias tributárias; relatórios de transparência fiscal.

Em 10 de dezembro de 2020, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) publicou a Resolução n. 14, que tornou obrigatória para as companhias abertas a elaboração e a divulgação do Relato Integrado, na forma da Orientação CPC 09 – Relato Integrado, emitida pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC).

⁴ IBGC. Conheça algumas razões para estatais adotarem agenda ESG. Disponível em: www.ibgc.org.br/blog/agenda-ESG-estatais.

⁵ Sobre o tema veja-se: PWC. ESG. Disponível em: <https://www.pwc.com.br/pt/estudos/servicos/auditoria/2020/esg-entenda-as-questoes-em-jogo-as-perspectivas-e-o-rumo-a-seguir.html>.

O Relato Integrado deverá ser objeto de asseguaração limitada por auditor independente registrado na CVM, em conformidade com as normas emitidas pelo Conselho Federal de Contabilidade. De acordo com o item 4.19 da Orientação CPC 09, o Relato Integrado deve descrever os principais resultados, entre eles os “resultados internos (por exemplo: clima organizacional, reputação da organização, receitas e fluxos de caixa) e externos (por exemplo: satisfação dos clientes, pagamentos de taxas e tributos, lealdade à marca, efeitos sociais e ambientais)”.

As empresas engajadas no ESG/Tributação devem produzir relatórios de transparência fiscal, voltados à sustentabilidade, nos quais são relatados todos os fatos tributários e correspondentes ações. Além disso, os padrões ESG exigem que os dados incluídos nesses relatórios indiquem as fontes financeiras e não financeiras utilizadas, devendo, também, evidenciar o atendimento aos padrões de agências credenciadas como a *Global Reporting Initiative* (GRI), dentre outras, organização internacional de padrões independentes que ajuda empresas, governos e outras organizações a entenderem e comunicarem seus impactos em questões como mudanças climáticas, direitos humanos e corrupção.

A estrutura de relatórios de sustentabilidade da GRI ajuda as empresas a identificar, coletar e relatar essas informações de maneira clara e comparável. A mais recente das estruturas de relatórios da GRI são os GRI Standards, desenvolvidos pelo *Global Sustainability Standards Board* (GSSB), os primeiros padrões globais para relatórios de sustentabilidade. Esses padrões são de acesso livre, considerados como um bem público gratuito⁶.

Atualmente, observa-se que algumas entidades privadas já vêm divulgando⁷, de forma espontânea, relatórios de transparência fiscal, a partir dos padrões GRI, com a finalidade de compartilhar dados sobre os tributos que a entidade paga, em suas várias operações, as estratégias de *compliance* e de planejamento tributários, bem como sua atuação socioambiental.

À vista desse fato é de todo útil comentar alguns aspectos desses relatórios, não sem antes fazer alguns comentários sobre a responsabilidade por sua emissão.

1.4. Quem é o responsável pelo Relatório de Transparência Fiscal?

Rigorosamente, em uma empresa, todos são responsáveis pelas boas práticas tributárias do ponto de vista social, ambiental e de governança. Contudo, os relatórios de uma entidade empresarial são de responsabilidade da administração e,

⁶ Conselho Global de Padrões de Sustentabilidade (GSSB), responsável por estabelecer os primeiros padrões globalmente aceitos para relatórios de sustentabilidade, Padrões GRI.

O GSSB trabalha exclusivamente no interesse público e de acordo com a visão e missão da GRI. Disponível em: https://www-globalreporting-org.translate.google.com/standards/global-sustainability-standards-board/?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=pt&_x_tr_hl=pt-BR&_x_tr_pto=sc.

⁷ Disponível em: www.cms.santander.com.br.

a depender de seu conteúdo, são afetos a certas áreas, devendo os respectivos responsáveis terem participação essencial. Os relatórios aos quais tivemos acesso, no Brasil, são subscritos, em primeira linha, pelos principais executivos da área jurídico-tributária. Não encontramos nenhum relatório produzido por um Comitê ESG.

Em decorrência dessa constatação, uma questão que vem sendo apontada pelo IBGC em diversas publicações⁸ é se os atuais Conselhos de Administração e os comitês que os assessoram têm condições de entender e avaliar a extensão das questões voltadas ao tema do ESG, ou se deveriam passar a contar com pessoas para tanto preparadas. Esse nos parece ser um tema de decisão em curto prazo, visto que as entidades passarão a ser cobradas por seus clientes, fornecedores e pela sociedade, acerca das medidas voltadas ao meio ambiente, aos empregados e à sociedade, em geral, e às práticas de boa governança, todos esses aspectos diretamente imbricados com os tributos. Nesse caso, nenhum comitê especializado em ESG poderá prescindir de um especialista em tributos.

Definir quem é responsável direto pelo relatório de transparência fiscal tem vantagem de identificar funções e evitar que o tema fique diluído no ambiente da empresa, com muitos donos, mas na verdade sem dono responsável nenhum.

2. Breves considerações sobre o ambiente tributário brasileiro

2.1. Antecedentes de Transparência Fiscal: DVA e MP 66

Não é novidade se afirmar que o ambiente tributário brasileiro é extremamente complexo, especialmente quanto: (i) ao número de tributos, por força de suas muitas espécies, como do sistema federativo e da autonomia dos entes tributantes que o compõem; (ii) ao excesso de obrigações tributárias criadas para operacionalizá-lo, a despeito de seu elevado grau de informatização; (iii) às sanções aplicadas, muitas consideradas pelos Tribunais Superiores como confiscatórias; e (iv) ao alto grau de litigiosidade entre o Fisco e os contribuintes, em montantes superiores, muitas vezes, ao Produto Interno Bruto (PIB). Por fim, embora não seja um tema tributário, propriamente, o emprego que se faz dos recursos arrecadados é sempre objeto de questionamento pelos contribuintes e os predispõem a aceitarem mal qualquer movimento fiscal no sentido de cobrar tributos.

Antes de que as práticas de ESG/Tributação se acerassem do Brasil, importantes movimentos já vinham sendo feitos no sentido de que os *stakeholders* das empresas tivessem acesso a tais elementos, pois já havia uma consciência crescente de que elas exercem função primordial na sociedade por serem geradoras de riqueza, inclusive tributável.

⁸ IBGC. *Qual é o papel do Comitê ESG?* Disponível em: <https://www.ibgc.org.br/blog/papel-do-comite-esg>.

Assim, com a edição da Lei n. 11.638/2007, que introduziu no País os padrões contábeis do IFRS (*International Financial Reporting Standards*), o art. 176 da Lei n. 6.404/1976, Lei de Sociedades por Ações, foi alterado para incluir entre as demonstrações financeiras obrigatórias, no caso das companhias abertas, a Demonstração do Valor Adicionado (DVA). De acordo com o art. 188 da mesma Lei, a DVA deve indicar, no mínimo:

[...] o valor da riqueza gerada pela companhia, a sua distribuição entre os elementos que contribuíram para a geração dessa riqueza, tais como empregados, financiadores, acionistas, governo e outros, bem como a parcela da riqueza não distribuída.

A nosso ver, esse foi um importante passo no sentido de demonstrar a contribuição de cada entidade, inclusive para fins tributários, no contexto nacional.

No Brasil nunca houve obrigação legal de identificar/comunicar, de forma aberta ou transparente, temas voltados, especificamente, à matéria tributária, tais como planejamentos, *compliance*, vantagens, riscos, dentre outros, quer para o Fisco, quer para o mercado. Somente com a Notas Explicativas às Demonstrações Financeiras, de obrigatória observância, é que esses dados eram informados. Entretanto, em 2002, foi editada a Medida Provisória n. 66, que introduzia em seu art. 13 e s. uma série de disposições objetivando criar, para fins fiscais, procedimentos de divulgação de planejamentos tributários, à guisa de regular uma alteração no Código Tributário Nacional, art. 116, parágrafo único, o que não logrou ser aprovado. Mais recentemente, houve a tentativa de introduzir, pela Medida Provisória n. 685/2015, a Declaração de Planejamento Tributário, o que tampouco foi aprovado, de tal sorte que tal objetivo pretendido pelo Fisco, até agora, se esvaiu⁹.

Com isso se pode afirmar que no Brasil não há qualquer obrigação de se identificar, de forma ampla, para o público, em geral, os procedimentos tributários adotados.

2.2. Relatório de Transparência Fiscal: seu conteúdo

2.2.1. Generalidades

Os relatórios de transparência fiscal que vêm sendo divulgados de forma espontânea, e ainda não são muitos, além de mostrarem o comprometimento dos grupos econômicos com o futuro do mundo e daqueles que os cercam, indicam a valorização da vida, no planeta e como fazer isso, concretamente. Na sequência partem para a divulgação daquilo que, a nosso ver, é a alma desses relatórios: as somas arrecadadas a título de tributos, tanto os próprios decorrentes de suas ope-

⁹ Recentemente o parágrafo único do art. 116 do CTN foi declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, de tal sorte que a matéria da desconsideração ainda necessita, a nosso ver, ser regulada. Veja-se ADI n. 2.446.

rações, bem como aqueles que têm a obrigação legal de reter e fazer chegar aos cofres públicos, na condição de fonte arrecadadora.

O *quantum* de tributo que uma entidade arrecada está diretamente vinculado, a nosso ver, à geração de riqueza, função social da empresa, objetivo previsto no Código Civil para todo e qualquer contrato e que, no caso, seja ela personificada ou não, pode ser resumida como geração de lucro. Esse, diga-se, vem sendo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quando, ao julgar questões envolvendo riscos de continuidade de empresas envolvidas em recuperações judiciais, busca meios para que estas se mantenham eficazmente produtivas, pois, além de gerar lucro para os sócios, são fonte de emprego e renda, colaborando para o desenvolvimento da economia¹⁰.

Na atualidade, além de pagarem salários em contrapartida do trabalho desenvolvido por seus empregados, as empresas desenvolvem boa parte de tarefas de incumbência do Estado, como é o caso da saúde e da educação dos funcionários, o bem-estar voltado a adequada alimentação, o custeio/fornecimento de transporte entre a casa do funcionário e o local de trabalho, a educação, inclusive da família do obreiro, e muitas outras benesses. Afora isso, as empresas estendem tais benefícios, muitas vezes, às comunidades onde atuam, como é o caso de conceder acesso, para terceiros, a escolas e hospitais originalmente criados para seus funcionários, instalar serviço de água tratada e orientar na adoção de padrões de higiene, na coleta de resíduos, no cultivo da terra e muitos outros. Esses benefícios para a coletividade também são objeto dos Relatórios de Transparência, visto que são pagos com a riqueza gerada pela atividade empresarial.

Por fim, também integram tais relatórios os gastos com pesquisa e desenvolvimento, com a proteção/recuperação do meio ambiente, além do pagamento de serviços/bens ofertados por provedores locais que prosperam à sombra das empresas ali sediadas.

3. A obrigação de pagar tributos e o Relatório de Transparência Fiscal

3.1. Moral Fiscal – *Tax Morale*¹¹

É corriqueiro afirmar-se que a ninguém agrada pagar tributos, por caracterizarem uma violação ao direito de cada um decidir o que deve fazer com seu patrimônio. Contudo, de longa data, também se formou um consenso de que todos devem contribuir para o bem comum, cabendo ao Estado executar políticas

¹⁰ Veja-se POMPEU, Gina Vidal Marcílio; SANTIAGO, Andreia Maria. Função Social da Empresa: análise doutrinária e jurisprudencial face às decisões do STJ. *Revista Brasileira de Direito Empresarial*. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/direitoempresarial/article/view/5799#:~:text=Vidal%20Marc%C3%ADlio%20Pompeu-,Resumo,princ%C3%ADpios%20da%20ordem%20econ%C3%B4mica%20constitucional>.

¹¹ OECD iLibrary. *Tax Morale: what drives people and businesses to pay tax?* Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/f3d8ea10-en/index.html?itemId=/content/publication/f3d8ea10-en>.

de distribuição do fruto da arrecadação tributária. Nesse compasso, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), órgão vinculado à União Europeia, vem estudando as razões que motivam os contribuintes a pagar tributos, por entender que ao aumentar esse conhecimento poderá permitir o redesenho dos sistemas tributários de tal sorte que leve os contribuintes a, voluntariamente, arrecadar tributos.

Dentre outros temas, o relatório produzido ao fim desse primeiro trabalho, mais voltado a países em desenvolvimento, tenta compreender e melhorar a moral tributária “definida como a motivação intrínseca para pagar impostos”, aspecto vital do sistema tributário, pois, na conclusão da OCDE, a maioria dos sistemas tributários está suportada no cumprimento voluntário de suas obrigações pelos contribuintes. Conclui que há uma série de áreas a serem consideradas na formulação de políticas tributárias, quer no desenvolvimento das administrações fiscais, quer na conformidade fiscal, o que permitirá, certamente, partir para um melhor desenho dos tributos.

Por fim, aponta a extrema relevância do apetite ou de sua falta para pagar tributos, à vista da percepção de justiça do sistema tributário. No Brasil, certamente, esse aspecto é o principal argumento de muitos, à vista da inoperância do Poder Público, da malversação de recursos e da distribuição equivocada de renda.

3.2. Solidariedade social

No entender da Ministra Regina Helena Costa¹², do Superior Tribunal de Justiça, a Constituição Federal, ao indicar em seu art. 3º os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, arrolou a “construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I), assim introduzindo “a solidariedade como uma diretriz a iluminar todo o ordenamento jurídico, orientando a interpretação e aplicação de suas normas”.

Esclarece essa autora que os Professores Marco Aurelio Greco e Marciano Seabra de Godói:

Ensinam que estudar as relações entre a tributação e a solidariedade social é investigar o “modo de ser” da tributação contemporânea, inquirindo igualmente a sua justificação (o seu “porquê”) e a sua finalidade (ou o seu para quê).

Essa afirmativa induz à conclusão de que somente pagando impostos o cidadão cumprirá com sua tarefa no Estado. Observe-se que o Supremo Tribunal Federal também navegou pelas águas da solidariedade social ao julgar a Ação de Declaração de Inconstitucionalidade n. 2.390. De fato, como se pode constatar.

¹² COSTA, Regina Helena. O princípio da solidariedade social no sistema tributário nacional. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/41334/99384>.

A Lei Complementar n. 105/2001, ao dispor sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, introduziu norma que compelia essas entidades a informarem à Secretaria da Receita Federal do Brasil sobre dados de seus clientes de interesse desse órgão. De imediato o Supremo Tribunal foi acionado pelas partes interessadas, visto que esse comportamento era vedado exceto se determinado pelo Poder Judiciário. Nesse sentido foi proposta a ADI n. 2.390, resolvida em desfavor dos proponentes, nos seguintes termos:

Ação direta de inconstitucionalidade. Julgamento conjunto das ADI n. 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859. Normas federais relativas ao sigilo das operações de instituições financeiras. Decreto n. 4.545/2002. Exaurimento da eficácia. Perda parcial do objeto da ação direta n. 2.859. Expressão “do inquérito ou”, constante no § 4º do art. 1º, da Lei Complementar n. 105/2001. **Acesso ao sigilo bancário nos autos do inquérito policial. Possibilidade. Precedentes. Art. 5º e 6º da Lei Complementar n. 105/2001 e seus decretos regulamentadores. Ausência de quebra de sigilo e de ofensa a direito fundamental. Confluência entre os deveres do contribuinte (o dever fundamental de pagar tributos) e os deveres do Fisco (o dever de bem tributar e fiscalizar). Compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de compartilhamento de informações bancárias.** Art. 1º da Lei Complementar n. 104/2001. Ausência de quebra de sigilo. Art. 3º, § 3º, da LC 105/2001. Informações necessárias à defesa judicial da atuação do Fisco. Constitucionalidade dos preceitos impugnados. ADI n. 2.859. Ação que se conhece em parte e, na parte conhecida, é julgada improcedente. ADI n. 2.390, 2.386, 2.397. Ações conhecidas e julgadas improcedentes (grifos nossos).

Observe-se que dois argumentos sustentaram a decisão: o dever fundamental de pagar tributos e os acordos internacionais do Brasil pela transparência. Esses temas podem tocar de perto, dentre outros, a decisão dos Conselhos de Administração de divulgar Relatórios de Transparência no ambiente tributário brasileiro.

3.3. Temas relevantes no Relatório de Transparência

No preparo do Relatório de Transparência, há alguns temas que sempre causam preocupação para o administrador pelo efeito que podem causar à sociedade e no ambiente brasileiro não é diferente. Dado o já comentado grau de litigiosidade das relações entre o Fisco e o contribuinte alguns aspectos usualmente objeto de divulgação, no exterior, adquirem um especial contorno no Brasil e devem ser comentados.

- i) Alíquota conjugada efetiva de Imposto sobre a Renda e Contribuição Social sobre o Lucro

A alíquota efetiva é o produto da divisão do *quantum* desses tributos que foi apurado para pagar, depois dos ajustes da base autorizados em lei, pelo lucro líquido contábil. Conquanto a alíquota conjugada nominal seja de 34%, como regra, após os ajustes previstos em lei, a alíquota efeti-

va pode ser substancialmente inferior à alíquota nominal. Esse detalhe pode ser mal compreendido por aqueles que não tenham o devido conhecimento do tema e deve ser muito bem esclarecido, pois inclusive é dado para que a empresa se posicione junto à concorrência.

ii) Incentivos fiscais

Desde a década de 1960, do século passado, muitos incentivos foram concedidos aos contribuintes, pelos três entes tributantes, gerando subvenções não tributadas que afetam o cálculo dos tributos sobre o lucro e a alíquota efetiva dos tributos sobre o lucro. Novamente, esse detalhe deve estar claro para os usuários do Relatório de Transparência para que ele não perca sua principal finalidade. Além disso, tais benefícios são concedidos como uma opção para o contribuinte, logo não se colocam à margem das boas práticas, nem as boas práticas em matéria de transparência podem levar o contribuinte ao desestímulo em sua aplicação.

iii) Programas de parcelamento de débitos

Desde o ano de 2000, o Governo Federal vem introduzindo os chamados Programas de Refinanciamento de Débitos Fiscais (REFIS)¹³ que permitem ao contribuinte que têm débitos, reconhecidos ou não, na Secretaria da Receita Federal ou na Procuradoria da Fazenda Nacional, parcelar tais débitos com substancial redução de juros e de multa, para pagamento do valor do principal em prazos longos. De acordo com o Relatório da Receita Federal, até 2017 já foram ofertados 40 diferentes programas, afora o parcelamento ordinário. Com o REFIS, o Fisco abre mão de parte de seus créditos e o contribuinte reduz seu endividamento.

É de se ressaltar que o REFIS, em seu todo, encerra uma incoerência, pois o Fisco é sempre extremamente rigoroso em suas auditorias, contudo, ao autorizar, periodicamente, financiamentos de débitos, abre mão de multa e juros, em montantes substanciais. Essa prática tem levado os contribuintes, menos preocupados com os princípios de coerência e transparência, a considerarem se, de fato, vale a pena cumprir com suas obrigações tributárias ou aguardar programas desse tipo.

iv) Refis: adoção daqui para a frente?

No caso de programas em andamento, é certo que tais negócios devem ser objeto de inclusão no Relatório de Transparência Fiscal, inclusive porque se trata de uma faculdade dada ao contribuinte, considerando a conveniência e a oportunidade do Fisco. Contudo, a opção pelo REFIS talvez seja questão mais delicada, daqui para a frente, em relação às empresas que optaram pela transparência fiscal, considerando-se os comen-

¹³ MINISTÉRIO DA FAZENDA. Estudo sobre impactos dos parcelamentos especiais. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/08/20171229-estudo-parcelamentos-especiais.pdf>.

tários sobre a suposta obrigação de pagar tributos.

- v) **Planejamentos Tributários:** a divulgação dos planejamentos tributários é obrigação de todos os que preparam seus Relatórios de Transparência. Planejar tributos, sabidamente, é direito dos contribuintes diante de opções legais legítimas e bem exercitadas. Essa, entretanto, não é sempre a visão do Fisco que atribui à expressão “planejamento tributário” sentido unívoco de fraude, simulação e similares. Pode-se observar que, nas duas tentativas de regulação legal do planejamento tributário, por parte das autoridades, houve uma equiparação ao ilícito tributário, apenando fortemente o contribuinte, por mera presunção de delito que não se configurou. Além disso, aplicada a multa majorada, por conta de configuração de suposto ilícito penal – tributário, é certo que se fará representação penal dos administradores, junto às autoridades, como já acontece.

Todos esses aspectos devem ser muito bem ponderados no momento da feitura do Relatório de Transparência para que ele não se torne um instrumento de preocupação dos administradores.

3.4. As boas intenções e a insegurança jurídica

Não se discute a importância e a validade dos relatórios de transparência fiscal no mercado de capitais, mas a insegurança jurídica no Brasil é muito grande, quer nos tribunais administrativos, quer nos judiciais. O tempo que medeia entre a operação questionada pelo Fisco e a decisão final de um tribunal judicial pode ser de mais de 15 anos. Com isso, as razões que justificavam certos comportamentos podem se perder, os tribunais podem ter mudado suas posições e o lastro que o contribuinte julgava ter para decidir pode estar perdido. Declarar o que entende como planejamento tributário pode colocar em risco importantes decisões tomadas. Talvez por essa razão os Relatórios de Transparência, até o momento, limitem-se a dizer que os planejamentos tributários estão suportados em opiniões de consultores jurídicos, sem, contudo, descrevê-los.

Por outro lado, decisões dos tribunais superiores lastreadas no dever de pagar impostos podem afastar o uso de legítimas hipóteses de economia fiscal, função do administrador de uma sociedade.

É relevante que as entidades envolvidas em eventual regulação da matéria voltada aos relatórios de transparência fiscal, se é que precise assim ser feito, tenham em conta que o tema reside muito mais na esfera da espontaneidade dos órgãos de administração do que em regras que podem não se adequar ao ambiente nacional.

4. O tema nos Conselhos e Comitês, no Brasil, e os tributaristas

É de todo oportuno que os responsáveis por Conselhos de Administração e Comitês que os assessoram coloquem o ESG em suas agendas, pois a inação pode

representar perda de musculatura e força dos grupos econômicos. Há vieses de atendimento às demandas do ESG que mostram o quão intrincado é o sistema tributário brasileiro, quer quanto à obrigação principal de pagar tributo, quer quanto às obrigações acessórias. O momento é oportuno para rever tudo isso, pois, hoje, há muitas demandas voltadas à reforma tributária. Assim, é possível avaliar hipóteses de introduzir/incrementar incentivos voltados a tributos que objetivem proteger energias renováveis, recursos naturais, gerar empregos, incentivar a escolarização e a especialização dos interessados, desenvolver tecnologias e conhecimento. Com propostas desse tipo poderemos modificar, lentamente, o tradicional roteiro dos incentivos vinculados à produção, apenas. Afinal, agora o mundo é do conhecimento.

Por fim, ao quanto podemos observar até agora, as práticas ESG/Tributação ainda não parecem ter despertado o interesse e a preocupação dos tributaristas, à exceção dos pioneiros aqui citados que atuam em companhias abertas e algumas entidades, como é o caso deste evento. Esperamos que em curto prazo o ESG/Tributação frutifique no Brasil, pois ele será componente importante do sucesso das empresas.

Report: International Taxation on Demand: Q&A (Second Day)

Clara Gomes Moreira
Roberto Codorniz Leite Pereira

1. Preliminary remarks

At the Panel 'International Taxation on Demand: Q&A', participants were encouraged to discuss questions regarding the topics dealt with by each of the panels on the second day of the Congress. The topics discussed during the second day were, in short: (i) Pillar 2; (ii) international taxation and new disruptive technologies; (iii) international tax transparency, exchange of information, and taxpayers' rights; (iv) corporate tax liability in the context of international taxation; and (v) the special lecture given by Prof. Michael Lang on the article 29 (entitlement to benefits) from the OECD Model Tax Convention. Except for this latter topic, the discussions related to the other topics aimed at addressing developing countries' concerns.

This panel had the following participants: (i) Alessandra Brandão Teixeira (chairwoman); (ii) Clara Gomes Moreira (moderator); (iii) Roberto Codorniz Leite Pereira (moderator); (iv) Paulo Victor Vieira da Rocha (debater); (v) João Dácio Rolim (debater); (vi) Bruno Cesar Fetterman (debater); (vii) Rodrigo Lazaro (debater); (viii) Erlan Valverde (debater); (ix) Fabio Gaspar (debater); and (x) Aline Nunes (debater).

Considering the several panels on the second day of the Congress, one question on each panel was selected for discussion and presented by the moderators.

2. Opening

Alessandra Brandão – as the chairwoman – opened the panel. In her opening speech, she highlighted the importance of the IBDT initiative in discussing the most relevant international taxation issues and its innovative character in discussing and suggesting the answers to the questions that may be left open during each panel presented during the day. In this sense, this panel whose main purpose is to present the questions and suggest the applicable answer is one remarkable innovation from the IBDT.

3. 1st question – Pillar 2

Questions for debate: What are the consequences for Brazil regarding the adoption of the measures recommended by the OECD under the Pillar 2 initiative? How does the income inclusion rule (IIR) interact with the Brazilian CFC rules which are based on a full-inclusion system? Does Brazil already have an IIR due to the specific features of its CFC regime? How can one explain, on the one hand, the existence of a stricter CFC regime and, on the other hand, the Brazilian claim for matching credits and tax sparing in double taxation conventions (DTC)?

The debater Bruno Fetterman was the first one to discuss the questions. According to the debater, given the fact that the measures suggested by Pillar 2 were conceived by developed countries to protect their taxable basis and to enforce the residence principle, an emerging country like Brazil – still perceived as a source state – should reject supporting Pillar 2. The bias in favor of developed nations could be seen by considering that the under-tax payment rule (UTPR) (applicable by source states) only applies on subsidiary grounds (i.e., in case the IIR cannot apply). Regarding the subject-to-tax-rule (STTR), its scope is limited (only in DTC context) and only ensures reduced rates of taxing rights to the source states. Moreover, in the DTC context, the IIR also raises questions regarding its compatibility with articles 9 and 24 from the OECD and UN Model Conventions, and the most favored nation treatment clauses. Furthermore, Fetterman understands that the Brazilian CFC regime could be deemed as a qualified IIR. Therefore, despite the differences between the Brazilian and the IIR, Brazil would already meet the standard for an IIR. Finally, regarding the matching credit and tax sparing clauses, the debater criticizes the OECD approach that disregards those clauses by only allowing the taxes effectively paid to be qualified as CFC taxes.

The debater Aline Nunes, in turn, highlighted the differences regarding the rules for the determination of income in the CFC regime vis-à-vis the rules applicable in the context of the IIR (Pillar 2). While the rules for the determination of income from subsidiaries under the CFC regime are based on the local GAAP, Pillar 2 relies on the International Financial Reporting Standards (IFRS) for the calculation of the IIR. In Brazil, Aline Nunes points out that most MNEs are subject to an effective tax rate (ETR) above 15%. Therefore, no Brazilian corporations would be subject to a top-up tax anywhere else. However, this scenario could change in case a tax benefit is provided by Brazilian domestic tax law, lowering the ETR. Finally, from her perspective, there is no consistency in supporting the Pillar 2 measures and matching credits and tax sparing as a DTC policy.

Finally, Roberto Codorniz mentioned the OECD official position in denying matching credits and tax sparing as an effective treaty policy for attracting foreign investment. He also highlighted the lack of consistency in the Brazilian position in supporting such treaty measures (a claim from developing nations) and stricter CFC rules based on a full-inclusion system (a claim from developed nations).

4. 2nd question – New disruptive technologies

Questions for debate: Much has been said about transparency in transactions on metaverse and involving non-fungible tokens (NFTs). How can we achieve transparency from a fiscal point of view, and which are the challenges? In cross-border operations involving NFTs, how can we identify the states of source and residence, since transactions occur on the blockchain? How can we establish an adequate arm's length price, considering that the NFT is not a work of art, but a right related to a photo,

video, and audio stored on the blockchain – the same happens to collectibles, games, physical property, or financial documents that can be traded or transferred digitally?

According to the debater Erlan Valverde, the great difficulty regarding the transactions involving crypto assets (which include NFTs) arises from the decentralized nature of the market. Subsequently, the contractual terms follow the same path, especially whether one considers the uncertainty about the applicable law. At the same time, the absence of financial intermediaries and central administrators prevents the typical model of third parties (financial institutions) providing information; there is even the possibility of wallets that are unaffiliated with any service provider. Therefore, the traditional connection factors of international tax law do not seem to fit in this reality. The OECD, in the public consultation document 'Crypto-Asset Reporting Framework and Amendments to the Common Reporting Standard; 22 March – 29 April 2022', suggests the significant role of intermediaries that facilitate exchanges between crypto-assets. In this view, the intermediaries ought to have tax residency and a legal personality, be organized and managed under the law of a certain jurisdiction, among other requirements. They shall also have tax reporting duties and due diligence regarding the users and transactions, certifying them. The debater demonstrated the difficulty of transferring the reporting duty to the users, especially individuals, based on the Brazilian experience concerning the report of crypto assets (Normative Ruling of the Brazilian Federal Revenue Secretariat No. 1,888/2019). The lack of effective instruments of control causes the non-enforceability of this duty. From another perspective, Valverde defends the importance of states' investments in technology to verify, e.g., IP locations, in addition to other technologies. About the arm's length price, for the debater, the contractual terms conditionate the economic value of the rights. In this sense, the OECD again stresses the importance of the provider to offer elements. Nevertheless, it is not clear whether the price must follow the buyer's or seller's expectations, besides other economic conditions that influence it.

5. 3rd question – International tax transparency and exchange of information

Questions for debate: Do international conventions provide a sufficient standard for the protection of taxpayers' rights in exchange of information among states? How could be concealed taxpayers' rights with automatic exchange of information and spontaneous exchange of information (of APAs and ATRs)?

Rodrigo Lazaro expressed the importance of promoting transparency and exchange of information regarding bank accounts and the ownership of corporate structures as a tool to promote tax justice and increase the level of tax revenues and welfare for the population. Lazaro also highlighted the deterrence effect that the exchange of information has on taxpayers' behavior by preventing them from omitting data on foreign bank accounts and corporate structures. By contrast, the debater expressed concern regarding the individual rights that could be damaged in exchanging personal data in different scenarios. He supports that taxpayers should have prior

access to the information to be exchanged regardless of the modality of exchange of information used.

João Dácio Rolim, in turn, questions whether taxpayers should be entitled to rights during the tax audits phase (i.e., before the contentious stage begins). In his perspective, regarding the automatic and spontaneous exchange of information, in principle, no concern should be raised regarding the protection of taxpayers' rights. However, in particular cases, the information to be exchanged automatically or spontaneously can raise concerns (e.g., in cases of exchange of information based on the testimony of other persons or specific documents). In this context, taxpayers should be entitled to a right of defense by offering evidence denying those collected by tax authorities. Rolim emphasized that such a perspective would be in line with Brazilian and European case law. Moreover, he supports the exchange of information regarding APAs and ATRs, provided that no information on trade and commercial secrets are disclosed.

Roberto Codorniz stressed that no international convention provides a sufficient framework for the protection of taxpayers' rights. Treaties, so far, only provide for situations whereby the requested state is entitled to deny collecting and exchanging information and the duty of the requested state to treat the information received in the same manner as the information obtained domestically. Therefore, according to Codorniz, there is a lack of a sufficient international legal framework capable of effectively addressing taxpayers' rights in the context of the exchange of information.

Finally, Aline Nunes provided some interesting insights on the exchange of information in the European environment, emphasizing the strong trend toward favoring the exchange of information. The mandatory disclosure of information and the exchange of CbC Reports are two pieces of evidence of this movement within the European Union.

6. 4th question – Article 29 from the OECD Model Tax Convention

Question for debate: Questions on the double taxation conventions ought to be always teleologically interpreted?

According to Paulo Victor da Rocha, the teleological interpretation should be one of the reasons for adopting tax treaty provisions meanings. Therefore, it shall not be the only reason for accepting the meanings. Besides, the debater indicates the difficulty of identifying the purpose of the treaties, as the regulatory end to promote the neutrality of capital circulation must be conciliated with equality and the ability to pay. Fabio Gaspar commented that the OECD commentaries play distinct roles in the interpretation, considering the particularities of the treaty and the contracting states (especially whether OECD members).

By contrast, Roberto Codorniz emphasized that the BEPS Action 6 recommended including in the title and preamble of tax treaties a reference to the wish of the contracting states to prevent tax avoidance. This fact generates doubts about if this pur-

pose was originally accepted in the treaties. That is, it is uncertain whether this statement (an express intention to prevent tax avoidance) has a declaratory nature. One could argue, however, that this construction might not be relevant according to the particular interpretations of treaties, preventing any generalization about it.

7. 5th question – Corporate tax liability in the context of international taxation

Questions for debate: What are the main touching points between Environmental Social Governmental (ESG) Tax and international taxation? Could one expect responsible tax principles to guide different behaviors in international tax practice?

Fabio Gaspar strongly emphasized the total connection between ESG Taxes and international taxation. One of the legacies of the BEPS Project was to increase the importance of the social responsibility of corporations in taxing their transactions. According to the debater, some MNEs decided to apply many of the BEPS measures in a consistent way, aligned with the importance of the collection of tax revenues to each concerned jurisdiction. Some of the initially soft law measures discussed in the context of the BEPS Project became hard law for many corporations. One remarkable example is the Action No. 13 (CbC Report). After its implementation by MNEs, perceiving the importance of increasing transparency for the public, many MNEs started to voluntarily publish their CbC Reports for public assessment. Another outstanding example is the Action No. 5 from the BEPS Project that "reintroduced" the substance required for the nexus for taxation.

João Dácio Rolim agreed with Fabio Gaspar. He stressed the importance recognized by international organizations on the use of taxes to ensure relevant outcomes in terms of environment and sustainable development. He remembered that the WTO accepts the use of taxes in a discriminatory manner when it comes to the environment and other social outcomes.

8. Conclusions

Finally, the chairwoman Alessandra Brandão closed the panel by highlighting the challenges raised by international taxation. She mentioned cryptocurrencies as one of the most recent challenges, and the need to ensure sufficient tax revenues to enable states to finance public services and human rights. Finally, she suggested the need for an international tax governance framework capable of addressing the current challenges.

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

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

PROGRAMA – 28 de abril de 2022 (Quinta-feira)
PROGRAM – April 28th, 2022 (Thursday)

Report: PPT Clauses in Double Taxation Agreements: Recent Developments

Raphael Assef Lavez

Doctorate candidate, M.Sc. in Tax Law and LL.B at the University of São Paulo (USP).

Visiting researcher at the Vienna University of Economics and Business (WU, Austria).

Post-graduated in International Tax Law at the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT).

Professor in post-graduation and specialization courses in Brazil (IBDT, Fipecafi, Ibmec/Rio).

Partner at Rivitti e Dias Advogados (São Paulo, Brazil).

The first panel on the third day of the conference focused on the recent developments on the Principal Purpose Test ("PPT") in double taxation agreements ("DTA"). The main issues discussed were the burden of proof assigned by the clause, interpretative challenges it raises, the comparison between the PPT clause and other domestic anti-abuse doctrines in Brazil and, finally, the repercussions of the Alta Energy case, decided by the Supreme Court of Canada ("SCC") in November, 2021.

The panelists were (i) Susi Hjorth Baerentzen (IBFD, the Netherlands); (ii) Andressa Pegoraro (IBDT, Brazil); (iii) Gustavo Haddad (USP/IBDT, Brazil); and (iv) Catherine Anne Brown (University of Calgary, Canada). The panel was chaired by Verônica Magalhães (Fipecafi, Brazil) and moderated by Raphael Assef Lavez (USP/IBDT, Brazil).

Each speaker dealt with the following issues:

- i) the European perspective of the burden of proof in the application of anti-abuse measures, presented by Baerentzen;
- ii) the Brazilian perspective of the burden of proof, as well as the interpretative challenges derived from the PPT clause, presented by Pegoraro;
- iii) the comparison between the PPT clause and other anti-abuse doctrines applied by Brazilian courts, presented by Haddad; and
- iv) the main features and consequences of the Alta Energy case, presented by Brown.

In her presentation, Baerentzen provided a European perspective on the counteracting of abuse in Tax Law. Many member states had enacted domestic anti-avoidance provisions, which is also present in Directives on dividends and interest/royalties. In addition, the Court of Justice of the European Union (CJEU) had developed case law on the issue, dealing with the anti-abuse doctrine, also construing it as a general principle of European Union law. The most recent development in this area were the "Danish Beneficial Ownership Cases", decided by the CJEU on 26 February 2019, when it recognized the European general principle of counteracting the abuse, preventing the abuse of the benefits derived from the European Directives. These cases highlighted the subjective element of the abuse test and the outweighing of the tax reasons against the other valid business reasons and the need for the latter to be sufficiently large in order to refute the burden of proof.

As per the burden of proof, Baerentzen recognized some common features if one compared the PPT clause of the OECD Multilateral Instrument (MLI) and the 2017 OECD Model Convention (OECD-MC) with the general anti-abuse rule of the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD). Both rules employed a reasonableness test of the subjective element, whose burden fell upon the authorities. The subjective element of both rules are quite similar: obtaining the benefit was one of the principal/main purposes with the structure. Nevertheless, according to Baerentzen, the onus shifted to the taxpayer if the authorities could refute the burden of proof; then, the taxpayer had to prove that obtaining the tax benefit was not one of the main purposes.

The second presentation began with some concerns about the standard of proof and the respective burden as assigned by the OECD PPT clause. Pegoraro stated that the expression "reasonable to conclude" led to a low standard of proof, which could make the clause easily applicable to a wide range of cases. This would lead to a high margin of arbitrariness to tax authorities when applying the clause. This outcome could be avoided if the burden to demonstrate the contravention to the object and purpose of the relevant dispositions fell upon tax authorities. Moreover, she added that the legal interpretation is an indivisible process, in the sense that all parties must comply with the PPT clause as a whole.

Moreover, Pegoraro added that the application of the clause requires the objective analysis of all "relevant facts and circumstances", which should take into account the substance of the arrangement or transaction. This consideration led to the distinction between artificial and genuine transactions. From the standpoint of the legal certainty principle, the tax authorities were required to provide clear and convincing evidence of the artificiality of the arrangement or transaction, Pegoraro remarked.

In some sense, the examples provided by the OECD Commentaries seemed to support this distinction between artificial and genuine transactions. The existence of genuine reasons for a transaction would lead to the conclusion that such purposes would prevail upon the obtaining of some treaty-based benefit.

Giving this background, Pegoraro argued that genuine transactions would not satisfy the subjective element of the PPT clause, a conclusion that would be in accordance with the object and purpose of the DTA. Notwithstanding her understanding that this would be the best interpretation of the PPT clause, Pegoraro proposed an alternative wording as it follows:

"(1) Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if the essential purpose of any arrangement or transaction was to obtain that benefit, in a way that contravenes the object and purpose of the relevant provisions, which would otherwise justify the granting of such benefit.

(2) In order to deny a benefit of this Convention, the tax authorities of the Contracting state, upon an objective analysis of the relevant facts and circumstances, must demonstrate, in a clear and convincing manner, the absence of non-tax reasons that confirms the artificiality of the arrangement or transaction.

(3) If a treaty benefit is denied, the tax consequences will be those that would have been applied in the absence of the arrangement or transaction considered artificial. In such a case, a different treaty benefit may be granted by the contracting States based on the previous factual pattern applicable to the taxpayer."

The first paragraph aimed to prevent the application of the PPT clause to genuine arrangements or transactions; the second paragraph aimed to raise the required standard of proof in attention to the legal certainty principle. Finally, the third paragraph would ensure the application of an alternative benefit; otherwise, the PPT clause would entail a penalizing effect (which would not seem to be the purpose of the clause).

The third presentation focused on the anti-abuse currently applied by Brazilian courts and their comparison with the PPT clause. Haddad drew a timeline of the Brazilian anti-abuse doctrines, from a formalistic approach to sham or simulation (late 90's and early 2000's), through the enacting of the Complementary Law 104/2001, which intended to introduce some kind of anti-abuse provision (although its wording was highly controversial and did not seem to reach this result, as recently decided by the Brazilian Supreme Court in April 2022), until the "substantial" approach to sham or simulation. Other concepts rounded this timeline, without proper legal basis, such as the abuse of law, fraud and the business purpose test.

According to Haddad, the current main doctrines applied by Brazilian courts – particularly the administrative ones – are the substantial approach to sham or simulation and the business purpose test. With regard to the substance, it would be assessed whether the transaction was effective and not artificial; whether the legal form chosen was consistent; whether all non-tax consequences were assumed and not "neutralized". Under this test, business purpose could reinforce substance, but it would not be a "must". The business purpose doctrine, by its turn, would not seem to qualify the "pure substance" as enough, since transactions must have other (or principal) non-tax purposes.

Comparing the substantial approach to simulation and the PPT clause, Haddad identified very different scopes: while the first analyzed the lack of substance and artificialism of the transaction, the second dealt with the obtaining of the benefit as one of the principal purposes of the transaction. The relevance of the object and purpose of the provision also played different roles in each test. Under the substantial approach to simulation, they would have only an indirect impact in the substance analysis, whilst they were an exception to the application of the PPT clause. Nevertheless, this consideration to the object and purpose of the provision could also lead to some substance test, a convergence of both tests. The distinction between absolute and relative sham might also have a parallel to the complete denial of treaty benefits or the concession of an alternative benefit, respectively.

The business purpose doctrine, according to Haddad, distinguished from the PPT clause majorly on the relevance of the object and purpose of the provision, which

would be irrelevant in the business purpose doctrine. In addition, the business purpose test led to the disregard of any tax effects of the transaction, without the possibility of an alternative benefit as the PPT clause could lead.

Haddad applied his analysis to an example. Considering the relocation of personnel from a parent company in Country A to a subsidiary in Country B, in order to provide services to a Brazilian entity through the company located in B. The obtaining of the benefits of the DTA between Brazil and Country B was one of the principal purposes of the relocation of personnel and provision of the services by the subsidiary and not by the parent company. According to the business purpose test, the lack of non-tax reasons for this relocation would prevent the application of the DTA. Under the substantial approach to simulation, as long as there were effective relocation of personnel to Country B and the services were effectively provided from structures located therein, the DTA would apply. Finally, under the PPT clause, although the fact that one of the principal purposes of the relocation was the obtaining of the benefit of the DTA, one should consider whether the transaction would be in accordance with the object and purpose of the DTA, i.e., the foster of economic transactions and circulation of persons and goods. According to Haddad, if the relocation was substantive, such object and purpose would have been achieved and, therefore, the DTA should apply.

Finally, the last presentation analyzed the Alta Energy case, decided by the SCC in November, 2021. Brown started her presentation reporting that, in Canada, treaty shopping is not qualified as inherently abusive, but subject to a test whether it would have frustrated the "object, spirit and purpose" of a treaty provision. Both the PPT clause and the Canadian GAAR included "an object, spirit and purpose" test. According to her, tax planning arrangements were not abusive unless they contravened this test.

As Brown reported, in *Alberta Energy v. R.* (2021), the SCC had applied the test under the GAAR to determine whether a tax treaty carve-out applied to a Luxembourg Corp that sold shares of a Canadian Corp that derived its value from Canadian real (immovable) property. If the answer was yes, Luxembourg and not Canada could tax the gain. The 6:3 decision took two very different approaches in assessing the "object, spirit and purpose" of the tax treaty provisions relied on by the taxpayer. In her presentation, Brown questioned whether there would have been lessons to be learned from *Alberta Energy* in the application of the same test under the PPT.

Regarding the facts of the Alta Energy case, in 2011, US Co established a wholly owned Canadian subsidiary (Alberta Co.) to carry on an oil and shale business in Alberta. In 2012 Alberta Luxembourg (LuxCo) was incorporated in Luxembourg. Its sole shareholder was a Canadian partnership consisting of investors (many US) who had also invested in US Co. On the same day, LuxCo acquired the Alberta Co. shares. In 2013 LuxCo sold the Alberta Co. shares and claimed an exemption for the capital gain (approx. CA\$380 million) relying on Articles 13(4) and (5) of the Canada-Luxembourg Treaty. The Minister denied the treaty exemption arguing the drafters did not intend

the treaty to benefit residents without "sufficient substantive economic connections" to the state of residence (Luxembourg).

The question brought to SCC was whether the transaction was contrary to the "object, spirit and purpose" of the tax treaty and what the "purpose" of the provisions relied on by the taxpayer would be.

Analyzing the majority decision, Brown quoted the following extract of the opinion:

"The principles of predictability, certainty and fairness ... are the bedrock of tax law...The GAAR acts as a legislative limit on tax certainty by barring abusive tax avoidance transactions, including those in which taxpayers seek to obtain treaty benefits that were never intended by the contracting states. This intention is found by going behind the text of the provisions under which a tax benefit is claimed in order to determine their object, spirit, and purpose. In the bilateral treaty context, there are two sovereign states whose intentions are relevant; a robust analysis must take both into consideration in order to give proper effect to the tax treaty as a carefully negotiated instrument."

The majority then focused on the principles of *predictability, certainty and fairness* and searched for the conditions bargained by the negotiators. More importantly, the majority opinion analyzed the intention of the drafters of the DTA when it was negotiated. The decision of the court, that granted the benefit for the taxpayer, had been mainly biased by the principle of certainty, preventing the Minister from imposing additional requirements to access the DTA benefits. The majority had relied upon the exclusion approach: as long as there were not any dispositions that restricted the concession of the benefit, it would have never been the intention of the drafter to do so.

According to her report, the minority had recognized that *"The object, spirit or purpose of the relevant provisions of the Treaty is to assign taxing rights to the state with the closest economic connection to the taxpayer's income... Here, a review of the factual matrix reveals that Alta Luxembourg utterly lacks a genuine economic connection with Luxembourg. Allowing it to benefit from art. 13(4) and (5) would frustrate the rationale of this provision and is thereby abusive"*. As reported by Brown, the minority had dismissed the majority decision, as it would have legitimized such blatantly abusive tax avoidance based on the view that Canada should have negotiated different treaty terms.

After the Alta Energy case and with regard to the PPT clause, Brown formulated three main questions:

- i) whether the intention of treaty negotiators equated to purpose, or one should look at the language and structure of the treaty as a whole;
- ii) whether the court's role in determining if a transaction abused the object spirit and purpose of a tax treaty was limited to the specific provisions relied on by the taxpayer or it would be broad enough to in effect rewrite tax treaties to prevent treaty shopping; and

- iii) how principles of predictability, certainty and fairness should be balanced in curtailing tax avoidance transactions.

According to Brown, the third question was the most relevant and such balance could vary from each country, considering the legal culture and how tax avoidance was addressed as a whole therein.

During the debates, Magalhães proposed the question of what documents a company that relied upon a treaty-based benefit should file for an eventual tax audit that could lead to the application of the PPT clause. Baerentzen recognized this aspect as one of the most relevant and suggested that everything related to corporate law aspects should be carefully filed by the taxpayer. Pegoraro agreed with her, adding that the documentation should prove the physical presence of the company, demonstrating the substance of the transaction itself. Haddad pointed out that this concern did not differ from the usual precautions taken in the domestic scenario and added that not only should the substance of the transaction be fully proved, but also the whole decision-making process should be formalized, highlighting the reasons to enact such arrangement or transaction, especially the non-tax ones.

In the end of the panel, Lavez stressed that the issue of documentation is closely related to the burden of proof, which should fall fully upon the administration. According to him, if the tax authorities did not bear the burden of establishing that the grant of the treaty benefit in those circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions, the taxpayer would find herself absolutely deprived from an effective defense against the denial of the benefit, simply because it would not be clear the reasons that had grounded the administration's decision. Lavez concluded that, if the accusation was not sufficiently delimited by the tax authorities at the very first moment of the denial of the benefit, the defense would become an unattainable effort to the taxpayer, since the grounds of the accusation might also vary as the taxpayer formulates one specific defensive argument.

Reflexões Acerca da Interpretação e Aplicação do *Principal Purpose Test* (PPT) a Partir do Caso Alta Energy

Raphael Assef Lavez

Doutorando e Mestre em Direito Tributário e Bacharel em Direito na Universidade de São Paulo. Professor em cursos de pós-graduação e especialização no Brasil.

O presente artigo foi elaborado durante estadia como pesquisador visitante no Instituto de Direito Tributário Austríaco e Internacional da Universidade de Economia e Negócios de Viena (WU) com uma bolsa de estudos da Agência Austríaca de Educação e Internacionalização (OeAD). *E-mail*: raphael.lavez@usp.br.

Resumo

Neste artigo, analisa-se o caso canadense “Alta Energy” com foco nas diferentes posições tomadas pela maioria e pela minoria na Suprema Corte do Canadá. Tendo o caso tratado da aplicação de uma regra geral antiabuso no contexto do acordo de dupla tributação entre Canadá e Luxemburgo, e considerando que a GAAR canadense compartilha algumas características com o Teste do Objetivo Principal, busca-se extrapolar as razões apresentadas naquele caso para a interpretação e aplicação do teste proposto pela OCDE. As principais contribuições do caso para esse objetivo são (i) o foco no elemento objetivo da GAAR, ou seja, a avaliação do objeto e finalidade da disposição pertinente e se a concessão do benefício é consistente com eles; e (ii) sobre quem recai o ônus de demonstrá-lo. Embora uma GAAR, no contexto dos ADT, implique uma redução teleológica da regra que prevê a concessão de determinado benefício, levando ao estabelecimento de requisitos adicionais e não expressamente escritos para acessá-lo, será demonstrado que tal abordagem teleológica deve levar em consideração a redação do próprio tratado. Uma conclusão diferente poderia resultar numa elevada arbitrariedade mediante a criação de requisitos *ad hoc* para a concessão de benefícios previstos no tratado. Além disso, dada a estrutura lógica normativa do Teste do Objetivo Principal, bem como os direitos de defesa do contribuinte, o ônus para demonstrar a divergência entre a concessão do benefício e o objeto e propósito das disposições relevantes deve recair sobre o fisco.

Palavras-chave: acordos de dupla tributação, regra geral antiabuso, teste do objetivo principal, abuso, redução teleológica, ônus argumentativo.

Abstract

This paper analyses the Alta Energy case, with focus on the different positions taken by the majority and the dissenting opinions of the Supreme Court of Canada. Since the case dealt with the application of a general anti-abuse rule in the context of the double taxation agreement between Canada and Luxembourg, and the Canadian GAAR shares some common features with the Principal Purpose Test as recommended by the OECD, this paper aims to extrapolate the reasons presented in that case to the interpretation and application of the PPT clause as prescribed in ADTs. The main contributions of

the case to this objective are (i) the focus on the objective element of the GAAR, *i.e.*, the assessment of the object and purpose of the relevant provision and whether the concession of the benefit is consistent with them; and (ii) upon whom the burden to establish it falls. Although a GAAR, in the context of tax treaties, entails a teleological reduction of the relevant provisions, leading to the establishment of additional and not expressly written requirements to access the benefits, it is demonstrated that such purposive approach should take into consideration the wording of the treaty itself. A different conclusion could lead to a high arbitrariness in the creation of *ad hoc* requirements. Moreover, given the normative logical structure of the PPT, as well as the rights of defense of the taxpayer, the burden to establish such divergence between the concession of the benefit and the object and purpose of the relevant provisions should fall upon the tax authorities.

Keywords: Double taxation agreements, General anti-abuse rule, Principal purpose test, abuse, teleological reduction, argumentative burden.

Introdução

Em novembro de 2021, a Suprema Corte do Canadá (SCC) proferiu o julgamento do caso *Alta Energy*, rejeitando o recurso das autoridades fiscais e concedendo ao contribuinte os benefícios contestados do acordo para evitar a dupla tributação entre Canadá e Luxemburgo (ADT Canadá-Luxemburgo)¹. O caso tratou de uma reestruturação societária internacional que envolveu uma empresa canadense que explorava propriedades de petróleo e gás natural em Alberta (*Alta Energy Partners Canada Ltd.*, “Alta Canadá”), cujos investidores eram uma empresa do ramo petrolífero com sede no Texas (*Alta Resources LLC*) e uma empresa de *private equity* de Nova York (*Blackstone Group LP*). Após essa reestruturação, a empresa canadense passou a ser diretamente detida por uma empresa do grupo residente em Luxemburgo (*Alta Luxemburgo*). Cerca de um ano e meio depois, *Alta Luxemburgo* vendeu sua participação na *Alta Canadá* para uma empresa não relacionada e pleiteou a não incidência do imposto de renda canadense sobre o respectivo ganho de capital com fundamento no ADT Canadá-Luxemburgo. Negada pelas autoridades fiscais canadenses, a concessão do benefício foi posteriormente assegurada pela decisão final da SCC.

Embora o caso tenha envolvido a aplicação da regra geral antiabuso (*general anti-abuse rule*, GAAR) canadense², duas razões principais demonstram a relevância da controvérsia e dos argumentos então levantados para a interpretação e aplicação do Teste do Objetivo Principal (*Principal Purpose Test*, PPT) da OCDE, conforme estabelecido no art. 29(9) da Convenção Modelo da OCDE de 2017 (CM-OCDE) e no art. 7 do Instrumento Multilateral da OCDE (MLI-OCDE).

¹ *Canada vs. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

² *Income Tax Act*, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.), s. 245.

Em primeiro lugar, a GAAR canadense (bem como sua aplicação judicial) e a cláusula PPT compartilham algumas características comuns. Basicamente, de acordo com a jurisprudência da SCC³, o processo de aplicação da GAAR canadense envolve três etapas, a saber: (i) se a operação implicou uma redução na carga tributária; (ii) se a operação qualifica-se como uma elisão tributária, no sentido de que se justificaria apenas pela obtenção da vantagem, sem que haja razões comerciais ou negociais não tributárias para tanto; e (iii) se a transação é abusiva. Na terceira etapa, a partir da análise fática da operação, sua natureza abusiva derivaria da frustração do “objeto, espírito e finalidade” das disposições em que se baseou a vantagem tributária, quando interpretadas como um todo. Funcionando como toda GAAR, portanto, uma vez atingido um certo critério (no caso, a ausência de propósitos comerciais ou negociais distintos da obtenção da vantagem tributária), o benefício pode ser negado se houver divergência entre a interpretação literal e a aplicação da própria provisão, de um lado, e seu objeto e finalidade subjacentes, de outro⁴.

É notável a semelhança entre a GAAR canadense e as duas etapas que compõem o teste proposto pela OCDE (de que um dos principais propósitos seja a obtenção do benefício⁵; a menos que a concessão do benefício esteja de acordo com o objeto e a finalidade da posição relevante)⁶. Por essa razão, o fato de o caso *Alta Energy* tratar da aplicação de uma GAAR doméstica não afasta sua relevância do ponto de vista internacional. À parte da discussão acerca da possibilidade de uma regra de direito doméstico fundamentar que se deixe de conceder um benefício prescrito num ADT – bastante controversa⁷ e não tratada neste artigo –, o funcionamento de ambas as regras é semelhante o suficiente para que se extrapolem as razões versadas pela maioria e pela minoria na SCC para casos que tratem de uma GAAR prescrita pelo próprio ADT, tal como o PPT previsto na CM-OCDE de 2017 e no MLI-OCDE.

Em segundo lugar, no caso *Alta Energy*, não houve controvérsia relevante quanto à ausência de razões não tributárias para a reorganização realizada (par-

³ *Canada vs. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49, parágrafo 31. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

⁴ Cf. SCHÖN, W. The role of “commercial reasons” and “economic reality” in the “Principal Purpose Test” under Art. 29(9) OECD Model Tax Convention 2017. *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance*. Working Paper 2022-03, fev./2022, p. 1-20 (4-5).

⁵ No entanto, a GAAR canadense parece definir um critério mais rigoroso na definição de abuso, referindo-se à completa ausência de razões econômicas. Cf. KANDEV, M. N.; LENNARD, J. J. The OECD Multilateral Instrument: A Canadian perspective on the Principal Purpose Test. *Bulletin for International Taxation*, jan./2020, p. 54-60 (58).

⁶ Cf. DUFF, D. G. Tax treaty abuse and the Principal Purpose Test – Part 1. *Canadian Tax Journal*, 66/3, 2018, p. 619-677 (622).

⁷ Cf. VOGEL, K. Steuerumgehung nach innerstaatlichem Recht und Abkommensrecht. *Steuer und Wirtschaft*, 4/1985, p. 369-381 (369); LANG, M. Treaty Shopping – Der Mißbrauch von Doppelbesteuerungsabkommen. *Steuer und Wirtschaft International*, 1991, p. 55-60 (58).

tualmente a reestruturação que levou à transferência das ações da Alta Canadá para Alta Luxemburgo). No curso do processo, não foram suscitadas quaisquer razões para a intervenção da entidade luxemburguesa, que tampouco desempenhou qualquer outra atividade comercial naquele país, explicando-se apenas pela aplicação do ADT Canadá-Luxemburgo. Em outras palavras, não se colocou em dúvida a satisfação do critério que compõe o “elemento subjetivo” da GAAR – a ausência de razões não tributárias. A controvérsia limitou-se ao “elemento objetivo”, ou seja, se a concessão do benefício estaria de acordo com o objeto e a finalidade da respectiva norma. Esse foco particular na abordagem teleológica de uma GAAR é relevante, uma vez que permite ir além da análise do elemento subjetivo do PPT, cujo critério tem sido amplamente criticado em razão da facilidade de se alcançar, já que não exige nem mesmo que a obtenção do benefício seja o único objetivo principal de um arranjo ou negócio⁸, como era o caso do *guiding principle* introduzido pela OCDE em seus Comentários em 2003⁹.

Diante desse contexto, este artigo tem como objetivo reavaliar alguns aspectos da interpretação da cláusula PPT e de sua aplicação a partir do debate suscitado entre as posições majoritária e minoritária no julgamento do caso Alta Energy pela SCC. Na primeira parte, serão analisadas as particularidades do caso, tanto do ponto de vista fático quanto normativo, bem como os diferentes argumentos levantados no julgamento pela SCC. Na segunda parte, serão propostas contribuições, a partir de tal debate, para o aprimoramento da interpretação da cláusula PPT e de sua aplicação, com vistas a um resultado mais consistente com os direitos dos contribuintes.

1. O caso Alta Energy: controvérsias e a decisão da Suprema Corte do Canadá

1.1. Fatos do caso e panorama normativo

Não houve controvérsia entre as partes acerca dos fatos do caso¹⁰. Ambas as partes, contribuinte e autoridades fiscais, concordaram com os fatos do caso. Em abril de 2011, Alta Resources LLC, uma empresa do setor petrolífero com sede no

⁸ Cf. DE BROE, L.; LUTS, J. BEPS Action 6 Treaty Abuse. *Intertax*, 43/2, 2015, p. 122-146 (132); BARRETO, P. A.; TAKANO, C. A. The prevention of tax treaty abuse in the BEPS Action 6. *Intertax*, 43/12, 2015, p. 825-838 (835); KOK, R. The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6. *Intertax*, 44/5, 2016, p. 406-412 (408); KUŽNIACKI, B. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: exploring challenges arising from its legal implementation and practical application. *World Tax Journal*, maio/2018, p. 233-294 (255-256); BURIK, S. The application of the Principal Purpose Test under tax treaties. In: LANG, M. et al. (ed.). *Tax treaty entitlement*. European and international tax law policy series. Amsterdam: IBFD, 2019, v. 11, p. 23-53 (2.1.2).

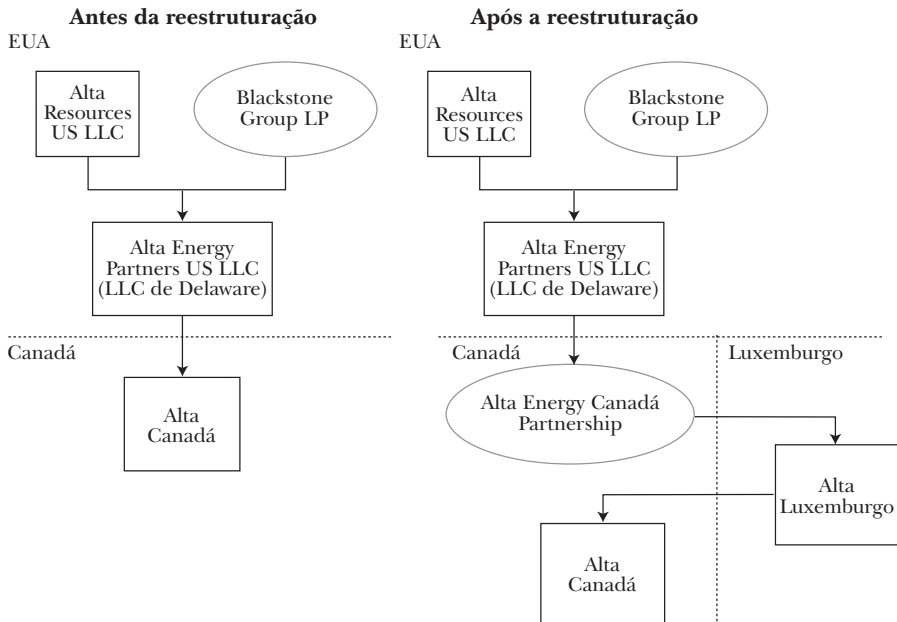
⁹ Cf. BÁEZ MORENO, A. GAARs and Treaties: from the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What have we gained from BEPS Action 6? *Intertax*, 45/6-7, 2017, p. 432-446 (435).

¹⁰ *Alta Energy Luxembourg SARL v. The Queen*, 2008 TCC 152, Apêndice A. Disponível em: <https://taxinterpretations.com/sites/default/files/content/pdf/decisions/TCC/AltaEnergy2018TCC152.pdf>.

Texas, e Blackstone Group LP, uma sociedade de *private equity* de Nova York, fundaram uma empresa de responsabilidade limitada em Delaware (Alta Energy Partners LLC) com o propósito de adquirir e desenvolver propriedades de petróleo e gás na América do Norte, sendo uma delas localizada em Alberta, Canadá. A LLC de Delaware constituiu, como sua subsidiária exclusiva, Alta Canadá para a exploração desse negócio em Alberta, bem como para investir um volume relevante de recursos nessa atividade¹¹.

Um ano depois, foi realizada uma reestruturação por meio da qual a LLC de Delaware constituiu a Alta Energy Canada Partnership, a qual, por sua vez, constituiu a Alta Luxemburgo¹². No mesmo dia, a LLC de Delaware vendeu todas as suas ações na Alta Canadá para Alta Luxemburgo – uma operação cujo ganho foi tributável no Canadá¹³. Em troca das ações, Alta Luxemburgo emitiu uma nota promissória¹⁴.

A reestruturação pode ser ilustrada da seguinte forma:



¹¹ *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49, parágrafo 11. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

¹² *Alta Energy Luxembourg SARL v. The Queen*, 2008 TCC 152, Apêndice A, parágrafo 19. Disponível em: <https://taxinterpretations.com/sites/default/files/content/pdf/decisions/TCC/AltaEnergy2018TCC152.pdf>.

¹³ *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49, parágrafo 12. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

¹⁴ *Alta Energy Luxembourg SARL v. The Queen*, 2008 TCC 152, Apêndice A, parágrafo 60. Disponível em: <https://taxinterpretations.com/sites/default/files/content/pdf/decisions/TCC/AltaEnergy2018TCC152.pdf>.

Em agosto de 2013, cerca de 18 meses após a reestruturação, Alta Luxemburgo celebrou contrato de venda de suas ações na Alta Canadá para a Chevron Canada Ltd., uma empresa não relacionada, tendo apurado ganho de capital a partir de tal alienação. Alta Luxemburgo direcionou os recursos da venda para Alta Energy Canada Partnership, compensando dívidas contratadas pela empresa luxemburguesa com as demais entidades do grupo¹⁵. Nenhum outro negócio ou investimento foi realizado pela Alta Luxemburgo após a alienação de suas ações na Alta Canadá¹⁶.

Alta Luxemburgo, então, pleiteou a não incidência do imposto canadense sobre o ganho de capital apurado na operação com base no art. 13 do ADT Canadá-Luxemburgo. Embora o valor das ações vendidas decorresse principalmente de imóveis situados no Canadá, o que levaria a uma tributação na fonte de acordo com o art. 13(4)(a) do ADT Canadá-Luxemburgo, o tratado previa uma exceção em que se afastaria a tributação do ganho de capital no Estado em que localizados os imóveis. Essa exceção, também chamada de “isenção de propriedade imobiliária empresarial”, aplica-se na hipótese em que a sociedade cujas ações foram alienadas desenvolva uma atividade empresarial nos referidos bens imóveis, desde que seja diversa de sua mera locação. Nesse caso, não se aplica a tributação na fonte prevista no art. 13(4)(a), mas a regra residual do art. 13(5), que aloca a tributação dos ganhos exclusivamente para o Estado de residência do alienante.

As autoridades fiscais canadenses reconheceram que Alta Luxemburgo era residente naquele país para fins do ADT Canadá-Luxemburgo, bem como que Alta Canadá desenvolvera uma atividade empresarial distinta da mera locação naqueles imóveis¹⁷. No entanto, o benefício foi negado sob o fundamento de que a reestruturação ocorrida anteriormente à venda teria sido abusiva, uma vez que a Alta Luxemburgo não teria qualquer conexão econômica com seu país de residência, não tendo desenvolvido qualquer outro negócio ou investimento, antes ou depois da venda. Nesse contexto, as autoridades fiscais justificaram a recusa do benefício com base na GAAR doméstica canadense.

Não tendo havido controvérsia de que a reestruturação levaria a uma vantagem tributária decorrente da aplicação do ADT Canadá-Luxemburgo, bem como ausentes razões de natureza não tributária para tanto, a questão levada à SCC cingiu-se à natureza abusiva da operação, ou seja, se teria frustrado o “objeto,

¹⁵ *Alta Energy Luxembourg SARL v. The Queen*, 2008 TCC 152, Apêndice A, parágrafos 110-116. Disponível em: <https://taxinterpretations.com/sites/default/files/content/pdf/decisions/TCC/AltaEnergy2018TCC152.pdf>.

¹⁶ *Alta Energy Luxembourg SARL v. The Queen*, 2008 TCC 152, Apêndice A, parágrafo 117. Disponível em: <https://taxinterpretations.com/sites/default/files/content/pdf/decisions/TCC/AltaEnergy2018TCC152.pdf>.

¹⁷ *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49, parágrafo 28. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

espírito e finalidade” das disposições previstas para o benefício fiscal, quando interpretadas como um todo.

1.2. Principais argumentos trazidos pela Suprema Corte do Canadá

1.2.1. A posição majoritária

A avaliação acerca do caráter abusivo da operação teve como ponto de partida a análise do “objeto, espírito e finalidade” dos arts. 1 e 4(1) do ADT Canadá-Luxemburgo, que definem o escopo subjetivo do tratado, bem como do art. 13(4) (5), que prescreve o benefício reivindicado pelo contribuinte. De acordo com a posição majoritária, as autoridades fiscais não teriam demonstrado, inequivocamente, o caráter abusivo da operação, isto é, que a intervenção de uma entidade luxemburguesa teria frustrado o objeto, espírito e finalidade das disposições mencionadas¹⁸. Além disso, concluiu-se que uma GAAR não poderia servir de pretexto para que autoridades fiscais ou judiciais alterassem, de forma unilateral, tendo, portanto, sido negado provimento ao recurso contra o contribuinte¹⁹.

Com relação aos arts. 1 e 4(1), a maioria firmou-se na premissa de que a residência em um dos Estados Contratantes constituiria o principal requisito para o acesso aos benefícios do tratado. De fato, reconheceu-se que a residência está situada “no cerne dos tratados bilaterais”²⁰, de modo que o critério determinante eleito pelo tratado foi a condição de a pessoa estar sujeita ao imposto (*liable to tax*) em um ou ambos os Estados Contratantes em razão de um dos critérios relacionados no art. 4(1). E, mais importante, os critérios ali relacionados são de natureza subjetiva e é feita referência à definição da legislação doméstica de cada Estado Contratante²¹. Daí a maioria ter reconhecido que o critério da legislação de Luxemburgo para definição da residência de pessoas jurídicas (local de incorporação) era consistente com a prática internacional²².

A partir desse raciocínio, a maioria concluiu que a falta de “conexões econômicas substantivas” de Alta Luxemburgo com o seu Estado de residência, como alegado pelas autoridades fiscais canadenses, não teria sido suficiente para frustrar o objeto, espírito e finalidade dos arts. 1 e 4(1) do ADT Canadá-Luxemburgo. Nesse sentido, tivessem os negociadores pretendido recusar essa abordagem formal ao escopo subjetivo do tratado, tal intenção teria sido minimamente refletida

¹⁸ *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49, parágrafo 93. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

¹⁹ *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49, parágrafo 9. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

²⁰ *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49, parágrafo 52. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

²¹ *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49, parágrafo 54. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

²² *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49, parágrafo 60. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

em seu texto²³. A esse respeito, é relevante a referência ao art. 28(3) do ADT Canadá-Luxemburgo, que excluiu apenas algumas *holdings* luxemburguesas beneficiárias de regime preferencial dos benefícios do tratado – mesmo sendo amplamente conhecidos, à época em que negociado o tratado, os regimes fiscais preferenciais concedidos por Luxemburgo. De acordo com a maioria, esse elemento contextual teria demonstrado que a interposição de uma empresa luxemburguesa, ainda que por razões de elisão fiscal (*tax avoidance*), foi expressamente tratada por meio da exclusão de certas *holdings* luxemburguesas, e não por qualquer outra abordagem em que se qualificassem as “conexões econômicas substantivas” como requisitos adicionais ao acesso aos benefícios do tratado por empresas luxemburguesas diversas daquelas *holdings*²⁴. O “objeto, espírito e finalidade” dos arts. 1 e 4(1) do ADT Canadá-Luxemburgo estariam centrados na permissão que os residentes de um ou ambos os Estados Contratantes acessem os benefícios do tratado, contanto que estejam expostos à tributação naquela localidade por sua condição pessoal – o que, tratando-se de pessoas jurídicas, também compreende o local de incorporação como critério internacionalmente aceito.

Em relação à própria regra distributiva que excluía a tributação do ganho de capital na fonte, tal como pleiteado pela contribuinte, a maioria rejeitou o argumento trazido pelas autoridades fiscais de que o “objeto, espírito e finalidade” do art. 13(4)(5) do ADT Canadá-Luxemburgo estariam vinculados à teoria da pertinência econômica (*economy allegiance*). De acordo com essa teoria, alegaram as autoridades fiscais, as regras distributivas do tratado teriam o propósito subjacente de alocar a tributação ao Estado Contratante ao qual rendimentos, ganhos ou lucros estivessem mais proximamente conectados. Nesse sentido, o fisco negou a concessão do benefício sob o fundamento de que a exceção do art. 13(4), relativa às propriedades imobiliárias destinadas a atividades empresariais, teria como objetivo alocar a tributação sobre os ganhos de capital exclusivamente ao Estado de residência, porque tais ganhos, nesse caso, estariam mais proximamente conectados ao Estado da residência que àquele em que situados os imóveis. Embora a maioria tenha admitido que tal vínculo econômico poderia ter norteado o tratado como um todo, reconheceu a exceção do art. 13(4) como um afastamento desse racional.

Em primeiro lugar, a CM-OCDE não incluiu tal exceção: ao contrário, os ganhos de capital derivados da alienação de propriedades imobiliárias, bem como de ações cujo valor derive de imóveis detidos pela empresa, também podem ser tributados pelo Estado em que localizados (*situs*). Em segundo lugar, a exceção

²³ *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49, parágrafo 62. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

²⁴ *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49, parágrafos 64-65. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

aplicava-se a atividades negociais desenvolvidas em uma propriedade imobiliária localizada em um Estado que, em razão de tal regra, deveria isentar o ganho de capital. Não apenas o valor das ações vendidas decorre majoritária, se não exclusivamente, de uma propriedade imobiliária (que enfatiza a conexão com o Estado do *situs*), mas também de uma atividade empresarial desenvolvida dentro de seu território, com inegável (e crucial) presença física. De acordo com a maioria, portanto, o propósito subjacente de tal exceção, afastando-se da referida teoria da pertença econômica, teria sido a atração dos investimentos estrangeiros para o Estado do *situs*, que isentaria o ganho de capital da alienação de ações cujo valor derivasse de propriedades imobiliárias nele localizadas, desde que fossem realizadas atividades empresariais em tais propriedades diversas da mera locação²⁵.

Em conclusão, a maioria baseou-se na ausência de regras que obstassem o acesso aos benefícios do tratado por entidades submetidas à baixa tributação ou desprovidas de substância, já que os negociadores optaram por excluir apenas determinadas *holdings* luxemburguesas, bem como na finalidade subjacente da exceção, que seria a atração de investimentos. Ambas as considerações refutaram, segundo a maioria, a qualificação da operação como abusiva, ainda que exclusivamente motivada para a redução da carga tributária²⁶. A SCC negou provimento ao recurso das autoridades fiscais recusando-se a modificar o tratado, deixando de impor ao contribuinte uma exigência *ad hoc* de que houvesse conexões econômicas substantivas com Estado de residência para que pudesse acessar os benefícios do tratado em geral e, especificamente, para que fosse concedida a isenção do art. 13(4)(5).

1.2.2. A posição minoritária

A posição minoritária divergiu significativamente em sua avaliação do “objeto, espírito e finalidade” das disposições pertinentes²⁷. Partindo da premissa de que uma GAAR somente se aplicaria quando um contribuinte cumprisse literalmente os estritos requisitos da disposição pertinente, a minoria rejeitou o apego à literalidade do tratado proposto pela maioria²⁸.

Sob esse raciocínio, a minoria reconheceu, como “objeto, espírito e finalidade” de um ADT como um todo, a atribuição de “competência para tributar ao Estado com o qual a renda do contribuinte possua a conexão econômica mais

²⁵ *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49, parágrafos 76-77. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

²⁶ *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49, parágrafo 85. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

²⁷ *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49, parágrafo 101. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

²⁸ *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49, parágrafo 103; 116. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

próxima”²⁹. Portanto, a teoria da pertença econômica basearia a delimitação do escopo subjetivo de um tratado para os residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes, uma vez que seriam as pessoas com vínculo econômico a um ou ambos os países em questão³⁰.

A atribuição de competência para tributar ao Estado com a conexão mais estreita com a renda do contribuinte também foi identificada pela minoria como a finalidade subjacente da exceção do art. 13(4) do ADT Canadá-Luxemburgo. Nesse sentido, o fato de a sociedade cujas ações foram alienadas desenvolver uma atividade empresarial implicaria, ainda segundo a minoria, que o contribuinte, vendedor, usufruiria de mais benefícios no Estado de sua residência em comparação ao Estado em que estão localizados os bens imóveis³¹. Consequentemente, a ausência de “conexão econômica genuína com Luxemburgo” teria frustrado o “objeto, espírito e finalidade” das disposições que atribuíram competência para tributar exclusivamente Luxemburgo nesse caso³². Além disso, também teria sido frustrado o objetivo geral de estimular o comércio e o investimento no Canadá, o que seria subjacente também à exceção da propriedade imobiliária empresarial. De acordo com a minoria, não teria havido a aquisição ou a realização de novo investimento no Canadá, mas tão somente a liquidação de um investimento já existente sem o recolhimento do imposto sobre o respectivo ganho de capital³³. Em conclusão, a minoria qualificou a operação como abusiva e negou a concessão do benefício de afastar o imposto canadense sobre o ganho de capital apurado pela Alta Luxemburgo.

2. Do caso *Alta Energy* para o teste do objetivo principal (PPT) da OCDE

2.1. O elemento objetivo: “o objeto e a finalidade das disposições pertinentes desta convenção”

O cotejo entre as razões versadas pela maioria e pela minoria no caso *Alta Energy* destaca duas abordagens diferentes quando se trata do elemento objetivo de uma GAAR. Tal análise é particularmente relevante devido ao papel central desempenhado pelo elemento teleológico no funcionamento de uma GAAR. De fato, esse tipo de medida antiabuso, na legislação doméstica ou nos tratados inter-

²⁹ No original, “to assign taxing rights to the state with the closest economic connection to the taxpayer’s income”. *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49, parágrafo 104. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

³⁰ *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49, parágrafo 152. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

³¹ *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49, parágrafos 104, 157, 164. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

³² *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49, parágrafo 179. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

³³ *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49, parágrafo 173. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

nacionais, volta-se, invariavelmente, a uma incompatibilidade entre o objeto e a finalidade de uma norma e sua literalidade. Alcançado um determinado critério prescrito pela própria regra antiabuso (no caso canadense, o caráter elisivo de uma operação que careça de razões não tributárias), a GAAR se volta ao seguinte conflito: embora, do ponto de vista literal, a regra seja aplicável (no caso de uma regra de concedente benefício fiscal) ou não aplicável (em caso de regra de incidência tributária), tal aplicação ou não aplicação, conforme o caso, frustra o objeto e a finalidade da própria regra³⁴. Assim, a aplicação da GAAR vai claramente além do sentido possível dos termos empregados na disposição normativa, levando a efeitos de redução teleológica ou analogia, conforme se trate da concessão de benefício ou da imposição de tributo. Essa é a razão pela qual a aplicação de uma GAAR implica um passo adiante na interpretação jurídica (*Rechtsauslegung*) das disposições pertinentes para a sua integração (*Rechtsfortbildung*). A principal diferença entre ambas as metodologias reside na restrição ao sentido possível dos termos empregados no dispositivo, no primeiro caso, e no desenvolvimento da regra além dela, no segundo caso³⁵.

Esse raciocínio restou bastante claro tanto na posição majoritária quanto minoritária no caso *Alta Energy*. Nem mesmo as autoridades fiscais canadenses questionaram que (i) *Alta* Luxemburgo era residente no Luxemburgo para fins tributários de acordo com a legislação local; e (ii) uma atividade empresarial distinta da mera locação foi efetivamente desenvolvida na propriedade imobiliária. A partir de uma abordagem literal, o contribuinte cumpriu os requisitos para a concessão do benefício, assertiva com relação à qual maioria e minoria concordaram. Por outro lado, a questão em debate foi a possibilidade de redução teleológica da regra convencional que afastava a tributação canadense, a fim de prescrever requisitos adicionais (e, pode-se dizer, *ad hoc*) para a concessão de tal benefício, levando em consideração o objeto e a finalidade das disposições pertinentes. A maioria concluiu que o objeto e a finalidade da exceção às propriedades imobiliárias empresariais seria o fomento ao desenvolvimento de atividades empresariais em imóveis localizados no Canadá, o que teria sido alcançado em razão do investimento do contribuinte de forma substantiva e efetiva. Por essa razão, a maioria descartou qualquer descompasso entre o cumprimento dos requisitos literais do tratado e a finalidade subjacente de suas disposições. Enquanto isso, a minoria concluiu que o objeto e a finalidade do tratado como um todo, bem como das disposições específicas, seriam tanto a atribuição de competência para tributar ao Estado ao qual a renda do contribuinte mantenha uma conexão mais pró-

³⁴ Cf. SCHÖN, W. The role of “commercial reasons” and “economic reality” in the “Principal Purpose Test” under Art. 29(9) OECD Model Tax Convention 2017. *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance*. Working Paper 2022-03, fev./2022, p. 1-20 (4-5).

³⁵ Cf. LARENZ, K.; CANARIS, C.-H. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. Ed. Berlin: Springer Verlag, 1995, p. 187.

xima quanto a atração de novos investimentos para o Estado em que localizados os imóveis. Então, embora a Alta Luxemburgo tivesse cumprido os requisitos literais para a concessão do benefício, a finalidade subjacente das disposições teria sido frustrada, levando à negação do benefício. Esse foi exatamente o ponto em que a minoria prosseguiu para a redução teleológica da regra: embora observados todos os requisitos literais, desenvolveram-se novas exigências (genuína conexão econômica com o Estado de residência e aquisição de novos investimentos) que restringiram o escopo de aplicação da regra convencional concedente do benefício, excluindo o contribuinte dele.

As considerações acima também podem ser aplicadas à cláusula PPT desenvolvida pela OCDE. Sendo alcançado o critério fixado pelo elemento subjetivo (a obtenção do benefício constituir um dos principais objetivos do arranjo ou transação do qual tal benefício teria resultado direta ou indiretamente), deve-se avaliar se a concessão do benefício em tais circunstâncias estaria de acordo com o objeto e a finalidade das disposições pertinentes. Especialmente considerando a abrangência do critério do elemento subjetivo, a avaliação do elemento objetivo (elemento central da GAAR) torna-se ainda mais relevante na cláusula PPT. A questão, portanto, à semelhança do debate travado no caso *Alta Energy*, volta-se ao estabelecimento do objeto e da finalidade das disposições pertinentes e, mais importante, os critérios para a imposição de requisitos adicionais (e possivelmente *ad hoc*) para o acesso aos benefícios do tratado.

2.1.1. A busca critérios para a redução teleológica das regras do ADT

Há duas principais diferenças, no caso *Alta Energy*, entre os raciocínios adotados pela maioria e pela minoria acerca da abordagem teleológica às disposições pertinentes do ADT Canadá-Luxemburgo. Em primeiro lugar, enquanto a maioria referia-se repetidamente à intenção dos negociadores do tratado³⁶, a minoria fazia referência mais à finalidade do tratado e à lógica subjacente às disposições dele pertinentes³⁷. Em segundo lugar, a maioria parece ter buscado analisar especificamente a finalidade das disposições pertinentes, reconhecendo suas particularidades, enquanto a minoria parece ter buscado uma finalidade subjacente ao tratado como um todo para, a partir daí, explicar a lógica das disposições relevantes.

Em relação ao primeiro aspecto, o qual se revela como uma premissa preliminar a ser estabelecida antes da avaliação do objeto e da finalidade das disposições pertinentes, deve-se reavaliar a referência à intenção (subjetiva) dos negocia-

³⁶ *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49, parágrafos 4, 8, 41-42, 59, 62, 66. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

³⁷ *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49, parágrafos 115-116, 132-133, 138. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

dores do tratado. Cada tratado é resultado de circunstâncias de negociação muito particulares³⁸; o que não significa, no entanto, que a busca do objeto e da finalidade envolva uma avaliação acerca da consciência subjetiva de cada um de seus negociadores. Na verdade, no âmbito da teoria do Direito, esse debate extrapola a disciplina dos ADT e compreende a controvérsia entre uma abordagem subjetiva (*voluntas legislatoris*) e uma abordagem objetiva (*voluntas legis*) acerca da finalidade subjacente às disposições normativas.

Sob a abordagem subjetiva, pode-se buscar o propósito dos negociadores não apenas nos materiais da negociação, mas também no contexto factual que a envolveu, no ambiente político em que os negociadores estavam inseridos etc. No entanto, há pelo menos duas falhas nessa abordagem³⁹. Em primeiro lugar, a imagem dos negociadores não passa de uma ficção criada pelo intérprete do tratado, especialmente porque não é possível individualizar a finalidade visada subjetivamente pelos negociadores, pois o tratado é resultado da confluência de amplo rol de fatores e atores, sem mencionar a aprovação legislativa pelos parlamentos de ambos os Estados Contratantes. Em segundo lugar, a autoridade do tratado, como resultado das negociações aprovadas após os procedimentos previstos constitucionalmente, deriva de seu texto, no sentido de que qualquer elemento não textual não tem autoridade para vincular suas partes. A abordagem subjetiva inverte o processo interpretativo: em vez de buscar a finalidade do próprio texto do tratado, numa análise sistemática de suas disposições, pretende-se interpretar o texto do tratado a partir de certos aspectos contextuais (e extratextuais) que teriam cercado seus negociadores. Em termos mais amplos, é muito difícil argumentar que mesmo a intenção subjetiva dos negociadores é de alguma forma diferente da enunciação do texto em si. De modo simples, os negociadores intencionaram aquilo que o texto exprime.

As considerações acima levam à conclusão de que o objeto e a finalidade do tratado devem ser interpretados especificamente a partir de suas disposições pertinentes, evitando considerações gerais que tratem o tratado como um todo, porém desconectadas do texto em si. Nesse ponto, volta-se a atenção ao segundo aspecto da divergência entre maioria e minoria, sendo a primeira posição mais consistente devido a duas razões principais. Em primeiro lugar, a principal fonte dessa busca pela finalidade subjacente é a própria redação das disposições consideradas sistematicamente. Em segundo lugar, um mesmo tratado pode visar múltiplos objetivos, com diferentes finalidades, por vezes até contraditórios entre si⁴⁰.

³⁸ Cf. VOGEL, K. Abkommensvergleich als Methode bei der Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen. *Steuerberater-Jahrbuch*, 1983/84, p. 373-391 (377-378).

³⁹ Cf. HOSSEINNEJAD, K. Interpretation in light of which “object and purpose”? *German Yearbook of International Law*, 613, p. 377-401, 2018 (385).

⁴⁰ Cf. HOSSEINNEJAD, K. Interpretation in light of which “object and purpose”? *German Yearbook of International Law*, 613, p. 377-401, 2018 (383-384).

Voltando-se a análise para as disposições pertinentes, os arts. 1 e 4(1) do ADT Canadá-Luxemburgo, que tratam do escopo subjetivo do tratado, e o art. 13(4)(5), que trata da repartição da competência para tributar os referidos ganhos de capital, devem ser avaliados pormenorizadamente, a fim de identificar o propósito subjacente das disposições. Em linhas gerais, é muito difícil acompanhar o entendimento da minoria de que a teoria da pertença econômica seria de alguma relevância no objeto e na finalidade do tratado como um todo ou das disposições relevantes especificamente. Além da vagueza que tal conceito traz consigo, a adoção dessa teoria implicaria reconhecer que um Estado teria precedência ao outro no tocante à competência para tributar determinados rendimentos. Em outras palavras, a tributação de um certo rendimento em um determinado Estado seria mais consistente com as normas de direito internacional do que no outro. Tais premissas, longe de unânimes, não explicam o amplo reconhecimento de que a mitigação da dupla tributação, embora recomendável, não constitui uma obrigação internacional, exatamente porque não há regra internacional de precedência entre os direitos tributários dos Estados de residência e fonte⁴¹.

Quando se trata da definição (e delimitação) do escopo subjetivo, tal teoria se torna ainda mais problemática. Ainda que se aceitasse que o acesso aos benefícios do tratado esteja condicionado a uma conexão genuína do contribuinte com o Estado de sua residência, seria muito difícil determinar exatamente qual a intensidade necessária para tal conexão e, mais importante, sob quais critérios tal conexão deveria ser avaliada. Na verdade, a minoria não especificou exatamente os elementos que deveriam estar presentes no caso para que se admitisse a concessão dos benefícios do tratado. Tampouco o texto do tratado em si fornecera elementos para a definição em que circunstâncias e intensidade uma conexão se consideraria “genuína”. Ao contrário, o ADT Canadá-Luxemburgo era silente quanto a requisitos adicionais, além da residência nos termos da legislação doméstica do Estado contratante, para acesso aos benefícios prescritos no tratado. A única disposição referia-se à exclusão, do escopo subjetivo, de certas *holdings* luxemburguesas. A maioria, por sua vez, valeu-se do argumento *a contrario* (referido na decisão como “doutrina de exclusão implícita”), de acordo com o qual, ausentes disposições que impusessem requisitos adicionais para o acesso aos benefícios do tratado, se trataria de um “silêncio eloquente” no sentido de permitir a concessão do benefício às situações distintas daquelas expressamente proibidas pelo tratado.

A principal dificuldade da abordagem proposta pela minoria é a arbitrariedade que ela pode levar. A falta de elementos textuais que permitam fixar crité-

⁴¹ Veja VOGEL, K. Einleitung. In: VOGEL, K.; LEHNER, M. *Doppelbesteuerungsabkommen*. 5. ed. Munique: C.H. Beck, 2008, p. 114 (Mn. 14); SCHAUMBURG, H. Normengruppen im System des Internationalen Steuerrechts. In: SCHAUMBURG, H. *Internationales Steuerrecht*. 4. ed. Colônia: Dr. Otto Schmidt, 2017, p. 7 (Mn. 2.5).

rios para avaliar “genuinidade” de uma conexão com um dos Estados Contratantes, bem como para determinar o grau de conexão genuína que se exigiria, levaria efetivamente à alteração *ad hoc* do tratado pela autoridade fiscal ou pelo juiz que pretendesse aplicar esse racional. Por outro lado, tampouco uma abordagem teleológica das disposições pertinentes levaria a essa conclusão. O objeto e a finalidade dos arts. 1 e 4(1) do ADT Canadá-Luxemburgo estão fortemente ligados à definição comum do termo “uma pessoa residente em um ou ambos os Estados Contratantes”, a fim de que as disposições do tratado possam ser propriamente aplicadas. Essa definição refere-se claramente à legislação doméstica dos Estados Contratantes, contanto que se valham, para definição do conceito de residente fiscal, de critérios relacionados à pessoa do contribuinte (subjetivos, portanto) e internacionalmente adotados, como “domicílio, residência, local de gestão ou qualquer outro critério de natureza semelhante”. Conforme corretamente reconhecido pela maioria, o critério adotado pela legislação luxemburguesa – local de incorporação –, embora formal, é aceito internacionalmente.

A ausência de regra específica que imponha qualquer requisito adicional para o acesso aos benefícios do tratado além da exclusão de certas *holdings* luxemburguesas fornece um argumento preliminar relevante em favor do contribuinte. De fato, o objeto e a finalidade das respectivas disposições não parecem ser frustrados pela concessão dos benefícios do tratado a uma entidade luxemburguesa, ainda que sujeita a uma baixa tributação naquela localidade, desde que não se trate daquelas *holdings* excluídas. Esse raciocínio não significa que a mera satisfação dos requisitos literais do benefício pleiteado seja suficiente para descartar qualquer natureza abusiva. Concluir assim seria privar a GAAR de qualquer relevância, uma vez que sua aplicação só encontra lugar onde houver divergência entre o cumprimento dos requisitos literais, de um lado, e o objeto e a finalidade das disposições pertinentes, de outro.

O que importante, aqui, é que a busca de critérios para a redução teleológica que a GAAR implica deve ter seu ponto de partida precisamente no texto do tratado. Em outras palavras, a aplicação da GAAR levará à seguinte questão: os requisitos e condições para a concessão do benefício foram substantiva e efetivamente cumpridos pelo contribuinte? Em vez de buscá-los em conceitos vagos e desconectados com o texto, como a ideia de conexão genuína, deve-se analisar a disposição textual e, a partir daí, interpretar o objeto e o propósito das regras pertinentes. Nessa tarefa, o art. 13 é muito mais relevante do que os arts. 1 e 4(1): enquanto estes últimos são disposições operacionais, o primeiro apresenta efetivamente, como objeto, a repartição de competência para tributar entre os Estados Contratantes.

Nesse sentido, é igualmente difícil concordar com a opinião dissidente de que a exceção do art. 13(4) do ADT Canadá-Luxemburgo visaria à mesma finalidade geral do tratado de alocar competência para tributar ao Estado com maior conexão com o rendimento. Na verdade, essa exceção constitui um efetivo desvio

da lógica subjacente ao art. 13. Apesar de o valor das ações vendidas derivar principalmente de imóveis situados no Canadá, cuja competência para tributar seria consistente com o princípio da fonte (*situs*) que guiou o art. 13(1) e (4), o tratado impediu o Canadá de tributar o respectivo ganho de capital, uma vez que uma atividade empresarial foi desenvolvida naqueles imóveis. Por que o princípio da fonte (*situs*) foi deixado de lado nessas condições? Destaque-se, a esse respeito, que a exceção só se aplicaria se tal atividade empresarial fosse distinta da mera locação dos imóveis. Por que os ganhos de capital derivados da venda de ações de uma empresa que realizasse o aluguel de imóveis no Canadá seriam tributados naquele país, enquanto a mesma transação, porém envolvendo empresa que realizasse negócios como uma mina ou um hotel, não? Ao fim e ao cabo, ambos os ganhos de capital derivam majoritariamente de imóveis localizados naquele Estado.

Nesse ponto, parece claro que regra em questão, justamente devido à sua natureza excepcional, foi produto de uma negociação muito específica entre os Estados Contratantes. O objetivo de tal disposição era excluir alguns ganhos de capital do racional subjacente do princípio da fonte (*situs*), enquanto sua finalidade era a atração de outros negócios distintos da simples locação de imóveis.

Nessa perspectiva (ou seja, uma busca por critérios para aplicar a abordagem teleológica das disposições pertinentes que seja baseada no texto considerado sistematicamente), as perguntas a serem respondidas são bastante diferentes daquelas levantadas pelas autoridades fiscais no caso *Alta Energy*. Primeiro, se a empresa cujas ações foram vendidas desenvolvia, substantiva e efetivamente, atividades empresariais no imóvel distintas de sua mera locação. Em segundo lugar, como exigência geral da aplicação do art. 13, se ocorreu, substantiva e efetivamente, a venda de tais ações com a apuração do respectivo ganho de capital. Pode-se até conceber uma terceira questão, se o contribuinte é substantiva e efetivamente uma entidade diferente daquelas *holdings* luxemburguesas que foram excluídas do escopo substantivo do tratado. É claro que esse terceiro aspecto traria uma maior dificuldade para que as autoridades fiscais contestassem, uma vez que o critério de exclusão adotado pelo tratado é precipuamente formal.

O mais importante, no entanto, é que nenhuma dessas questões foi levantada pelas autoridades fiscais canadenses no caso *Alta Energy*. Sua ausência para justificar a negação do benefício leva a duas conclusões: (i) os critérios que a fundamentaram eram desconectados do texto do tratado; e (ii) ao deixar de fazê-lo, o fisco não cumpriu com seu ônus de estabelecer que a operação elisiva foi, de fato, abusiva ao contrariar o objeto e a finalidade das disposições pertinentes.

2.1.2. O ônus para estabelecer a natureza (não) abusiva da operação

A decisão da SCC também destacou outro elemento relevante da aplicação de uma GAAR: sobre quem recai o ônus de estabelecer a natureza abusiva de uma transação. Essa questão é da maior importância quando se trata do PPT, uma vez

que o elemento objetivo, que carrega consigo a consideração teleológica acima examinada, decorre da seguinte redação “a menos que seja estabelecido que a concessão desse benefício nessas circunstâncias estaria de acordo com o objeto e a finalidade das disposições pertinentes desta Convenção”. Embora tal conclusão não seja expressamente apoiada pela redação da última parte da cláusula PPT, a OCDE, em seus Comentários, afirma que um benefício previsto no tratado pode ser negado quando “um dos principais propósitos de um acordo ou transação seja obter um benefício previsto nesta Convenção”. Nesse caso, o ônus de demonstrar a ausência de abuso – *i.e.*, a consonância entre a concessão do benefício em tais condições, de um lado, e o objeto e a finalidade das disposições pertinentes, de outro – recairia sobre a pessoa a quem o benefício foi negado – o contribuinte⁴². Essa conclusão deriva do emprego da expressão “a menos que”, o que poderia levar ao entendimento de que o elemento objetivo da cláusula PPT constituiria uma exceção à regra que nega o benefício caso um dos principais propósitos de um arranjo tenha sido obtê-lo⁴³. Alguns autores seguiram essa conclusão, embora com pequenas nuances⁴⁴.

Do ponto de vista lógico, pode-se argumentar que o emprego da expressão “a menos que” não leva à possibilidade da aplicação da regra exclusivamente a partir da constatação de que um dos principais propósitos de uma transação era obter algum benefício do tratado. A disposição poderia ser perfeitamente interpretada da seguinte forma:

- **se:**
 - for razoável concluir que um dos principais objetivos do arranjo tenha sido obter algum benefício do tratado;
 - e a concessão de tal benefício, nessas circunstâncias, for *contrária ao* objeto e à finalidade da disposição pertinente;
- **então**, o benefício deve ser negado.

Os elementos subjetivo e objetivo da hipótese legal da GAAR, embora possam ser divididos para fins analíticos, são partes não dissociáveis do antecedente da regra em questão por pelo menos três razões. Em primeiro lugar, apesar do termo “a menos que” conotar algum sentido de exceção, a cláusula PPT como um

⁴² Cf. OECD. Commentary on Article 29. In: OECD. *Model Tax Convention on Income and Capital: Condensed Version 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017, p. 588 (§ 170).

⁴³ Cf. DUFF, D. G. Tax Treaty Abuse and The Principal Purpose Test – Part 2. *Canadian Tax Journal*, v. 66, n. 4, 2018, p. 947-1011 (985-986).

⁴⁴ Cf. CHAND, V. The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: an in-depth analysis. *Intertax*, v. 46, n. 1, 2018, p. 18-44 (21); WEEGHEL, S. A Deconstruction of the Principal Purposes Test. *World Tax Journal*, v. 11, n. 1, 2019, p. 3-45 (14); SCHÖN, W. The role of “commercial reasons” and “economic reality” in the “Principal Purpose Test” under Art. 29(9) OECD Model Tax Convention 2017. *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance*. Working Paper 2022-03, fev./2022, p. 1-20 (19).

todo é uma exceção às regras convencionais que concedem benefícios que, de outra forma, seriam aplicáveis⁴⁵. Em segundo lugar, como visto acima, a aplicação de uma GAAR depende da divergência entre, de um lado, o cumprimento literal dos requisitos textuais de uma disposição e, de outro, a frustração de seu objeto e finalidade⁴⁶. Em outras palavras, se tal divergência não for estabelecida, simplesmente não há espaço para a aplicação de uma GAAR como a cláusula PPT. O elemento subjetivo é apenas o critério que desencadeia a abordagem teleológica que poderá levar à redução teleológica da regra convencional relevante. Sem tal demonstração, a cláusula PPT se tornaria amplamente aplicável, uma vez que os benefícios do tratado foram negociados justamente para conduzir o comportamento dos agentes econômicos, de modo que praticamente todas as operações que se enquadrem no âmbito de um benefício do tratado podem tê-lo como pelo menos um de seus principais objetivos. Tal resultado seria contrário ao princípio da eficácia que norteia a interpretação dos tratados internacionais⁴⁷. Em terceiro lugar, na medida em que as autoridades fiscais valem-se da GAAR para fundamentar a negação do benefício do tratado, cabe ao fisco demonstrar que ambos os elementos da hipótese legal da regra antiabuso estão satisfeitos.

Em relação ao terceiro argumento acima, concluir diferentemente infligiria restrição desproporcional ao princípio da observância dos direitos de defesa, tal como construído pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia⁴⁸, ou ao princípio do devido processo legal, derivado do constitucionalismo americano⁴⁹. Sendo o elemento objetivo parte essencial da hipótese normativa à qual os fatos do caso devem ser subsumidos para que a GAAR seja aplicável, tal subsunção é uma matéria de defesa do contribuinte de extrema relevância. No entanto, não arcassem as autoridades fiscais com o ônus de estabelecer que a concessão dos benefícios do tratado, naquelas circunstâncias, seria contrária ao objeto e à finalidade das disposições pertinentes, o contribuinte se veria absolutamente privado do direito a uma defesa efetiva contra a decisão de negar o benefício, simplesmente porque não restariam claramente expostas e delimitadas as razões que fundamentaram a decisão da administração.

No final da seção anterior, aventaram-se diversas questões que poderiam ter sido levantadas pelas autoridades fiscais no caso *Alta Energy*, mas não foram tra-

⁴⁵ Cf. LANG, M. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties. *Tax Notes International*, v. 74, n. 7, 2014, p. 655-664 (660).

⁴⁶ Cf. SCHÖN, W. The role of “commercial reasons” and “economic reality” in the “Principal Purpose Test” under Art. 29(9) OECD Model Tax Convention 2017. *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance*. Working Paper 2022-03, February/2022, p. 1-20 (4-5).

⁴⁷ Cf. HOSSEINNEJAD, K. Interpretation in light of which “object and purpose”? *German Yearbook of International Law*, 613, p. 377-401, 2018 (382-383).

⁴⁸ V. *inter alia* TJUE, 18 de dezembro de 2008, Processo C-349/07, *Sopropé*, EU:C:2008:746, parágrafos 33-36.

⁴⁹ Constituição dos EUA, Emenda XIV, § 1º.

zidas como fundamento para a negativa da concessão dos benefícios. Se a SCC não tivesse atribuído o ônus de demonstrar a natureza abusiva da operação às autoridades fiscais, o contribuinte teria se encontrado incapaz de formular adequadamente sua defesa, uma vez que não teria sequer conhecimento claro contra quais acusações teria que se defender. Se as autoridades fiscais canadenses negassem o benefício exclusivamente com base na ausência de objetivos não tributários da operação, estaria faltando um elemento essencial da acusação de abuso, justamente relacionada à discrepância entre a literalidade do dispositivo e o objeto e a finalidade da regra. Contra o que, então, se defenderia o contribuinte? A falta de conexões econômicas genuínas com o seu Estado de residência? A baixa tributação desses ganhos de capital em Luxemburgo? A ausência de um novo investimento no Canadá relacionado à atividade empresarial desenvolvida em propriedades imobiliárias? A conexão mais próxima do ganho de capital com o Estado canadense do que com Luxemburgo? Como se pode ver claramente, se a acusação não for suficientemente delimitada pelas autoridades fiscais no primeiro momento da negativa do benefício, a defesa torna-se um esforço hercúleo (logo, desproporcional) para o contribuinte, uma vez que os fundamentos da acusação também poderão variar à medida que o contribuinte formula um argumento defensivo específico.

2.2. O elemento subjetivo e a relevância do benefício (cuja obtenção possa ser razoavelmente concluída como um dos principais objetivos do arranjo ou negócio)

Uma última palavra deve ser dita sobre o elemento subjetivo e a relevância do conceito de benefício. Entre os argumentos levantados pela minoria no caso *Alta Energy*, é apresentada uma tradicional assertiva contrária à prática de *treaty shopping*: “a intenção comum do Canadá e de Luxemburgo não poderia ter sido fornecer uma avenida para os residentes de terceiros Estados obterem indiretamente benefícios fiscais que não poderiam obter diretamente sem qualquer conexão econômica real com Luxemburgo”⁵⁰. Quando se trata da cláusula PPT, não basta que haja um benefício, sendo necessário à sua obtenção tenha constituído um dos principais objetivos de um arranjo ou negócio. Em outras palavras, tal benefício deve ser relevante o suficiente para qualificá-lo como uma das razões que objetivamente impulsionaram a realização da operação que nele resultou. Nessa perspectiva, a cláusula PPT só poderá ser aplicada se o benefício derivado do tratado implicar uma redução efetiva da carga tributária global da operação, considerando todos os países envolvidos. Isso é crucial, pois, à primeira vista, um

⁵⁰ No original, “the common intention of Canada and Luxembourg could not have been to provide an avenue for residents of third-party states to indirectly obtain tax benefits they could not obtain directly absent any real economic connection with Luxembourg”. *Canada v. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49, parágrafo 171. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.

Estado pode qualificar qualquer redução de sua tributação como benefício; no entanto, em muitos casos, a redução ou supressão da tributação na fonte, por exemplo, só leva a uma redução do crédito tributário a ser concedido pelo Estado de residência. Constituiria, nesse exemplo, um benefício cuja obtenção poderia ser razoavelmente concluída como um dos principais objetivos de um arranjo ou negócio? Dificilmente se poderia concordar com essa perspectiva de benefício voltada isoladamente a um Estado no contexto da cláusula PPT, uma vez que o arranjo ou negócio poderia não ter trazido qualquer vantagem efetiva, mas apenas um deslocamento da competência para tributar de um Estado para o outro.

É claro que o ganho de capital apurado pela Alta Luxemburgo estava sujeito a uma baixa tributação em seu Estado de residência. Essa circunstância parece ser clara o suficiente para demonstrar que a não incidência do imposto canadense, prescrita no tratado, ensejaria uma vantagem fiscal efetiva para a operação. No entanto, como mostra o trecho do voto dissidente acima reproduzido, um dos argumentos que se poderia buscar para justificar a natureza abusiva da operação estaria no fato de que o tratado teria sido usado por residentes de países terceiros – no caso, nos Estados Unidos – para extrapolar a natureza bilateral de seus benefícios. Para que esse argumento seja minimamente consistente, no entanto, é inevitável avaliar toda a carga tributária sobre a operação considerada como um todo. Nesse sentido, vale a pena lembrar que o contribuinte era uma subsidiária de uma *partnership* canadense cuja sócia, por sua vez, era a *LL.M.* de Delaware, a qual era controlada por duas corporações norte-americanas. Avaliando a carga tributária como um todo, deve-se inevitavelmente perquirir como (e quando) os lucros obtidos pela Alta Luxemburgo a partir do ganho de capital seriam tributados pela *partnership* canadense (se forem tributados) ou mesmo pelos controladores norte-americanos. Apenas para ilustrar esse aspecto, uma hipotética legislação CFC americana que pudesse alcançar os lucros obtidos por empresas controladas no exterior simplesmente eliminaria qualquer vantagem efetiva se os cenários ante e pós-reestruturação fossem comparados.

Tal aspecto é ainda mais relevante no contexto da cláusula PPT, onde o critério do elemento subjetivo foi consideravelmente reduzido se comparado com outras GAARs baseadas no objetivo da operação (como a canadense) e até mesmo com o *guiding principle* da OCDE. Diante disso, a redução da tributação concedida pelo tratado deve implicar um resultado efetivamente favorável ao ônus tributário global da operação tomada como um todo. A mera transferência da competência para tributar de um Estado para outro, embora possa levar a alguma ligeira vantagem temporal no recolhimento do tributo, dificilmente poderia ser qualificada como um dos principais objetivos da operação em análise.

Conclusões

A decisão da SCC no caso *Alta Energy* e o cotejo entre os argumentos versados pela maioria e pela minoria fornecem relevantes contribuições para a inter-

pretação da cláusula PPT e sua aplicação, nada obstante o caso tenha envolvido a aplicação da GAAR doméstica canadense. A particular ênfase dada ao elemento teleológico das regras relevantes, a fim de verificar a natureza abusiva da operação, ao lado de definição a quem cabe o ônus de demonstrá-lo, tem impactos significativos também no contexto da cláusula PPT.

Como demonstrado acima, a aplicação da cláusula PPT – assim como de toda GAAR – vai além do sentido possível dos termos empregados, resultando em efeitos de redução teleológica da regra convencional concessiva do benefício. Em outras palavras, uma vez satisfeito o critério que perfaz o elemento subjetivo da cláusula PPT, passa-se a perquirir se há uma divergência entre a literalidade da regra concessiva do benefício e o seu objeto e finalidade. Esse aspecto foi fundamental no caso *Alta Energy*, afinal nem mesmo as autoridades fiscais canadenses questionaram que (i) *Alta* Luxemburgo era residente em Luxemburgo para fins fiscais de acordo com a legislação local; e (ii) uma atividade empresarial distinta da mera locação foi desenvolvida nas propriedades imobiliárias localizadas no Canadá. A partir de uma abordagem literal, o contribuinte cumpriu os requisitos para a concessão do benefício. A questão em debate, portanto, foi a possibilidade de uma redução teleológica da regra convencional concessiva do benefício, a fim de prescrever requisitos adicionais para a sua concessão, levando em consideração o objeto e a finalidade das disposições pertinentes.

No lugar de conceitos vagos e não baseados no texto, como a “genuinidade” da conexão entre o contribuinte e seu Estado de residência, a busca de critérios para a redução teleológica derivada da aplicação da GAAR deve orientar-se primordialmente pelo texto do tratado, considerado sistematicamente. Na perspectiva de uma busca por critérios baseados no texto do tratado, passa a ser relevante verificar se os requisitos para o acesso aos benefícios do ADT em geral e da regra distributiva em particular foram substantiva e efetivamente satisfeitos pelo contribuinte. Na medida em que as autoridades fiscais deixam de questionar a operação com base em tais critérios, como ocorrido no caso *Alta Energy*, elas igualmente deixam de se desincumbir do ônus de demonstrar que a operação teria constituído um abuso frente ao objeto e à finalidade das disposições pertinentes. A decisão da SCC nesse sentido é muito relevante no contexto da cláusula PPT, afinal, não fosse assim, se poderia argumentar que, devido ao termo “a menos que” que introduz a redação do elemento objetivo na cláusula, deveria recair sobre o contribuinte o ônus de estabelecer a concordância entre a concessão do benefício naquelas circunstâncias e o objeto e a finalidade das disposições relevantes. Essa conclusão, no entanto, não apenas carece de suporte na própria redação expressa da cláusula, como também implicaria restrição desproporcional aos direitos de defesa do contribuinte. Afinal, se as autoridades fiscais não delimitam a acusação no primeiro momento da negativa da concessão do benefício, a defesa do contribuinte torna-se uma tarefa extremamente onerosa, uma vez que

os fundamentos da acusação também poderão variar à medida que o contribuinte formula um argumento defensivo específico.

Quando se trata do elemento subjetivo, por fim, especialmente considerando o baixo critério estabelecido pela cláusula PPT, sua verificação depende que o benefício derivado do tratado implique efetiva vantagem tributária, considerando a carga tributária global incidente sobre a operação como um todo. Afinal, a mera transferência da competência para tributar de um país para outro, embora possa implicar alguma ligeira vantagem temporal, dificilmente poderia ser considerada um dos principais objetivos de um arranjo ou negócio, dada a insubsistência do próprio benefício em si.

Referências

Bibliografia

- BÁEZ MORENO, A. GAARs and Treaties: from the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What have we gained from BEPS Action 6? *Intertax*, 45/6-7, 2017, p. 432-446.
- BARRETO, P. A.; TAKANO, C. A. The prevention of tax treaty abuse in the BEPS Action 6. *Intertax*, 43/12, 2015, p. 825-838.
- BURIAK, S. The application of the Principal Purpose Test under tax treaties. In: LANG, M. *et al.* (ed.). *Tax treaty entitlement*. European and international tax law policy series. Amsterdam: IBFD, 2019. v. 11. p. 23-53.
- CHAND, V. The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: an in-depth analysis. *Intertax*, v. 46, n. 1, 2018, p. 18-44.
- DE BROE, L.; LUTS, J. BEPS Action 6 Treaty Abuse. *Intertax*, 43/2, 2015, p. 122-146.
- DUFF, D. G. Tax treaty abuse and the Principal Purpose Test – Part 1. *Canadian Tax Journal*, 66/3, 2018, p. 619-677.
- DUFF, D. G. Tax Treaty Abuse and The Principal Purpose Test – Part 2. *Canadian Tax Journal*, v. 66, n. 4, 2018, p. 947-1011.
- HOSSEINNEJAD, K. Interpretation in light of which “object and purpose”? *German Yearbook of International Law*, 61/3, p. 377-401, 2018.
- KANDEV, M. N.; LENNARD, J. J. The OECD Multilateral Instrument: A Canadian perspective on the Principal Purpose Test. *Bulletin for International Taxation*, jan./2020, p. 54-60.
- KOK, R. The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS 6. *Intertax*, 44/5, 2016, p. 406-412.
- KUŹNIACKI, B. The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: exploring challenges arising from its legal implementation and practical application. *World Tax Journal*, May/2018, p. 233-294.
- LANG, M. Treaty Shopping – Der Mißbrauch von Doppelbesteuerungsabkommen. *Steuer und Wirtschaft International*, 1991, p. 55-60.

- LANG, M. BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties. *Tax Notes International*, v. 74, n. 7, 2014, p. 655-664.
- LARENZ, K.; CANARIS, C.-H. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Third edition. Berlin: Springer Verlag, 1995.
- OECD. *Model Tax Convention on Income and Capital: Condensed Version 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017.
- SCHAUMBURG, H. *Internationales Steuerrecht*. 4. ed. Colônia: Dr. Otto Schmidt, 2017.
- SCHÖN, W. The role of “commercial reasons” and “economic reality” in the “Principal Purpose Test” under Art. 29(9) OECD Model Tax Convention 2017. *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance*. Working Paper 2022-03, fev./2022, p. 1-20.
- VOGEL, K. Abkommensvergleich als Methode bei der Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen. *Steuerberater-Jahrbuch*, 1983/84, p. 373-391.
- VOGEL, K. Steuerumgehung nach innerstaatlichem Recht und Abkommensrecht. *Steuer und Wirtschaft*, 4/1985, p. 369-381.
- VOGEL, K.; LEHNER, M. *Doppelbesteuerungsabkommen*. 5. ed. Munique: C.H. Beck, 2008.
- WEEGHEL, S. A Deconstruction of the Principal Purposes Test. *World Tax Journal*, v. 11, n. 1, 2019, p. 3-45.

Decisões citadas

- TCC, *Alta Energy Luxembourg SARL v. The Queen*, 2008 TCC 152. Disponível em: <https://taxinterpretations.com/sites/default/files/content/pdf/decisions/TCC/AltaEnergy2018TCC152.pdf>.
- SCC, *Canada vs. Alta Energy Luxembourg S.A.R.L.*, 2021 SCC 49. Disponível em: <https://decisions.scc-csc.ca/scc-csc/scc-csc/en/item/19089/index.do>.
- TJEU, 18 de dezembro de 2008, Processo C-349/07, *Sopropé*, EU:C:2008:746.

Recent Developments in the Application of the “Object, Spirit and Purpose Test” in a Tax Treaty Context: the Canadian Experience

Catherine Anne Brown
Faculty of Law, University of Calgary.

Part 1

One of the primary goals of the MLI is to prevent treaty abuse, including treaty shopping.¹ To that end the MLI introduced new anti-avoidance provisions including a principal purpose test (PPT).

Under current Canadian law, treaty shopping in and of itself is not considered to be inherently improper or abusive.² To qualify as abusive, the transaction or series would have to achieve an outcome that the treaty provision was intended to prevent, defeat the underlying rationale of the provision, and/or circumvent the treaty provision in a manner that frustrates or defeats its object, spirit, or purpose.³

The primary tool to fight treaty shopping in Canada is the general anti-avoidance rule or GAAR. A key factor in applying the GAAR to deny a benefit is that the benefit would result directly or indirectly in an abuse having regard to those provision relied upon by the taxpayer.⁴ This requires the court to go behind the words of the legislation to determine the object, spirit or purpose of the provision or provisions relied upon by the taxpayer.

While the GAAR gives wide discretion to the CRA to challenge the transactions of a taxpayer, the Supreme Court has stated that the use of the words “abuse and misuse” should not be understood as “implying moral opprobrium regarding the actions of a taxpayer to minimize tax liability... taxpayers are entitled to select

¹ Treaty shopping generally refers to tax arrangements designed to access treaty benefits that are not available directly. It occurs when the taxpayer is not entitled to the benefits of a tax treaty but can make use of another person, for example an intervening holding company, to obtain those benefits.

² In *Alta Energy v. R* (2018) TCC 152, the Tax Court maintained their position that there was nothing inherently proper or improper about treaty shopping under the existing regime.

³ *Cophorne Holdings Ltd. v. Canada*, 2011 SCC 63, [2011] 3 SCR 721, [*Cophorne*] at para 72.

⁴ The GAAR has been interpreted by the Supreme Court as “a legal mechanism whereby Parliament has conferred on the court the unusual duty of going behind the words of the legislation to determine the object, spirit or purpose of the provision or provisions relied upon by the taxpayer. While the taxpayer’s transactions will be in strict compliance with the text of the relevant provisions relied upon, they may not necessarily be in accord with their object, spirit, or purpose. While the taxpayer’s transactions will be in strict compliance with the text of the relevant provisions relied upon, they may not necessarily be in accord with their object, spirit, or purpose. In such cases, the GAAR may be invoked by the Minister” see *Cophorne*, *ibid* at para 66.

courses of action or enter into transactions that will minimize their tax liability.” The Supreme Court has also stated that the GAAR can only be applied to deny a tax benefit when the abusive nature of the transaction is clear.⁵

To date, the Canada Revenue Agency (the Minister), has suffered an unbroken line of defeats in applying the GAAR in a tax treaty context. It is now generally accepted in Canada that a vague general policy against ‘treaty shopping’ cannot support a GAAR based finding of treaty abuse.

Many anticipate that the principal purpose test (PPT) introduced by the MLI will substantially lower the bar set by the GAAR to deny treaty benefits.⁶ But is this true in a Canadian context?

The following discusses the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Alberta Energy*,⁷ specifically, the application by the court of the object, spirit, and purpose test in the GARR in a treaty shopping context. It analyzes the opinions of the split court in deciding the series of transactions entered into by the taxpayer was not subject to the GAAR and concludes that the same result is likely if the PPT were applied in Canada to the same facts.

In *Alberta Energy*, a Luxembourg based S.A.R.L disposed of shares in a Canadian drilling and exploration company for \$680 million. The sale followed a reorganization in which Alta US LLC sold its 100% stake in Alta Canada to Alta Energy Luxembourg. The taxpayer (Alta Energy Luxembourg) argued that the gain on the sale of the Canadian was exempt from Canadian taxation under Article 13(5) of the Canada-Luxembourg Tax Treaty.⁸

Ordinarily, Canada as the “other state” may tax a gain derived by a Luxembourg resident from the disposition of shares if the shareholder held at least 10% of a company’s shares that derived more than 50% of their value from immovable property in Canada. However, the term “immovable property” in Article 13 does not include property where the business of the corporation is carried on.⁹ If this exclusion applied to the shares sold by Alta Luxembourg the proceeds were not subject to tax in Canada.

For purposes of the general anti avoidance rule, the taxpayer conceded that it had received a benefit and that the treaty shopping arrangement was an avoidance transaction. Its primary purpose was, the taxpayer admitted, to take advan-

⁵ *Copthorne* quoting their previous decision in *Trustco*, *supra* note 3 at para 68.

⁶ Under the GAAR, the CRA must demonstrate abusive avoidance. Under the PPT, the CRA must demonstrate only that “one of the principal purposes of an arrangement or transaction was to achieve a tax benefit.” It is then up to the taxpayer to establish that granting the benefit is in line with the object and purpose of the relevant treaty provision.

⁷ *Canada v Alberta Luxembourg SARL* (2021) SCC 49. (*Alta Energy*)

⁸ Convention Between the Government of Canada and The Government of the Grand Duchy of Luxembourg for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and on Capital, S.C. 2000, c. 11, Part 9; May 8, 2012, Protocol enacted by S.C. 2013, c. 27, Part 5.

⁹ *Ibid* at Article 13(5).

tage of the carveout in Article 13 the tax treaty. Alta Energy Luxembourg had no other business connections in Luxembourg. Not surprisingly, the main issue before the Supreme Court was whether Alta Energy's residence in Luxembourg was consistent with the purpose of Article 13 of the tax treaty or abusive within the meaning of the GAAR. In short, the key question was whether a Luxembourg resident must have some economic connection with Luxembourg to benefit from the tax treaty. Six of the Canadian judges answered no to this question (the majority) and three judges answered yes (the minority).

Part 2

The majority

The opening paragraph of the Court's decision was predictive of the outcome.

*The "GAAR" acts as a legislative limit on tax certainty by barring abusive tax avoidance transactions, including those in which taxpayers seek to obtain treaty benefits that were never intended by the contracting states. This intention is found by going behind the text of the provisions under which a tax benefit is claimed in order to determine their object, spirit, and purpose. In the bilateral treaty context, there are two sovereign states whose intentions are relevant; a robust analysis must take both into consideration in order to give proper effect to the tax treaty as a carefully negotiated instrument.*¹⁰

For purposes of the GAAR, the Minister has the burden of establishing that the taxpayer acted contrary to the object spirit and purpose of the provision relied on by the taxpayer. The court rejected the Minister's argument that the Canada-Luxembourg treaty was not intended to benefit residents without sufficient substantive economic connections to their state of residence. Cote J for the majority stated, "In my view, the Minister is asking this Court to use the GAAR to change the result, not by interpreting the provisions of the Treaty through a unified textual, contextual, and purposive analysis, but by fundamentally altering the criteria under which a person is entitled to the benefits of the Treaty, thus frustrating the certainty and predictability sought by the drafter."¹¹

According to the court, the criteria for accessing treaty benefits is residence. It was clear from the tax treaty that the 'spirit' of Articles 1 and 4 was not limited to corporations with sufficient economic connections to Luxembourg, as the Minister urged. In the opinion of the court, Article 28(3) addressed the issue of what corporations were excluded from accessing treaty benefits and specifically excluded only certain holding companies. Thus, the idea of limiting some Luxembourg corporations but not others from receiving treaty benefits had already been addressed in the tax treaty.

¹⁰ *Alta Energy*, supra note 7 at para 1.

¹¹ *Ibid* at para 4.

Cote J also found the carveout in Article 13(5) to be a clear departure from the economic allegiance theory that underlies tax treaties. Its purpose, in his view, was to encourage investments in Canada. It was never intended to be limited to corporations with sufficient substantive economic connections to Luxembourg.

Cote J also took negative inference from the absence of an anti-treaty shopping rule in Article 13 and took note of some broad background evidence to support his conclusion that the treaty provision operated as it was intended. For example, he commented that “Canada is a capital importing country and that harsh source rules chase away foreign investments but tax breaks attract them.”¹² He also observed that Luxembourg was known as a tax haven and for treaty shopping. Thus, the reorganization entered into by Alta Luxembourg was not an unforeseen tax strategy at the time the Luxembourg treaty was negotiated.

Given the majorities holding that the object spirit and purpose of the carveout in Article 13 is based on the perceived intention of the negotiators to foster international investment, it followed that the treaty provisions operated exactly as they should and that there was no abuse. In sum, according to Canada’s highest court, when applying the GAAR in a tax treaty context, “the proper approach is one that unifies the text context and purpose not a purposive one in search of a vague policy objective that is disconnected from the text.”¹³

The minority decision

The minority disagreed

“The object spirit or purpose of the relevant provisions of the treaty is to assign taxing rights to the state with the closest economic connection to the taxpayer’s income article 13(4) allocates to Luxembourg the right to tax its residents indirect gains from immovable property situated in Canada used in a business in such cases Luxembourg is deemed to have the closer economic connection with the taxpayers income because the business activity rather than the immovable property itself drives the value of the property.

Here a review of the factual matrix reveals that Alta Luxembourg utterly lacks a genuine economic connection with Luxembourg allowing it to benefit from articles 13(4) and (5) would frustrate the rationale of this provision and is thereby abusive. The common intention of Canada and Luxembourg in entering into a tax treaty would not have been to provide avenues for residents of third-party states to indirectly obtain benefits from Luxembourg’s tax regime...”¹⁴

As can be seen, the minority took a very different approach than the majority of the Court in analysing the transactions undertaken by Alta Luxembourg.

¹² Ibid at para 77.

¹³ Ibid at para 58.

¹⁴ Ibid at para 105.

They agreed with the Minister and found that the treaty shopping arrangement was abusive under the GAAR. In their view the interpretation exercise that is mandated in a GAAR analysis “vests in courts the unusual duty to look beyond the words of the applicable provisions to determine whether the transaction in question frustrates the underlying rationale of those provisions.”¹⁵

The minority agreed with the majority that the carveout relied on in Article 13(5) by the taxpayer for the disposition for the Alberta Energy shares was a tax incentive but argued that its purpose and rationale is to limit the tax benefit to corporations with genuine economic connections with Luxembourg. The main basis for their finding is the theory of economic allegiance. For the minority it follows that to benefit from the treaty carveout the taxpayer must have economic ties with their residence country. Further, in their view Canada did not deliberately decide to extend the tax incentive in the Luxembourg treaty to investors in third countries.

Given that the purpose and rationale of the carveout is to encourage investment by companies with genuine economic ties to Luxembourg, the avoidance transactions were disconnected, in the minorities view, from the economic objectives and the underlying bargain and resulted in misuse or abuse of the treaty.

The majority was very critical of the minority decision. The court stated “a finding that a *bona fide* non-tax purpose is lacking, taken alone, should not be considered conclusive evidence of abusive tax avoidance... this was the mistaken approach taken by the minority and it colours their entire analysis”¹⁶

The minority was equally critical of the majority decision. “Our colleague’s reasons assume that the federal government deliberately set out in the exercise of its treaty making authority to create the conditions for unlimited tax avoidance by means of schemes such as that in which Alberta Luxembourg was used. To state such a proposition is to expose its absurdity, yet our colleague seeks to legitimize such blatantly abusive tax avoidance based on the view that Canada should have negotiated different treaty terms.”¹⁷

There is some common ground in *Alta Energy* between the majority and the minority decisions. For example, all of the justices found that the economic allegiance theory underlines the general allocation of taxing rights in a tax treaty. They all also found the carveout for the shares in Article 13(5) was a tax incentive and they all agreed that treaty shopping is not inherently abusive under the GAAR. But the majority and the minority differed about whether any economic connection with Luxembourg is required to benefit from the tax incentive. That is of course the key issue in treaty shopping cases.

¹⁵ Ibid at para 48.

¹⁶ Ibid at para 47.

¹⁷ Ibid at para 171.

If one were to apply the object spirit and purpose test under the PPT the onus is reversed. The taxpayer must show that the transaction, or series of transactions falls within the object spirit and purpose of the treaty provision.

The taxpayer in this case will no doubt be taking careful note of the majority reasoning. What does the article relied on say and what broad extrinsic evidence supports the taxpayer's reliance on it? The exclusion principle applied by the majority is an especially useful tool in this regard. If the negotiators meant to exclude this type of treaty benefit, they would have done so in the treaty. Otherwise, the treaty wording itself is clear and one should be able to rely on it.

In contrast, revenue authorities will draw on the comments of the minority, especially the comments on policy. By implementing the PPT, the policy choice was made to fight harmful tax avoidance. That means courts have the responsibility to give effect to that intention and ensure the PPT plays a meaningful rule in controlling avoidance transactions that technically comply with the provisions of the tax treaty but frustrate their underlying rationale. That means looking beyond the words of the applicable provision to determine whether the transaction in question frustrates the underlying rationale of the tax treaty provision.

Part 3

In Canada, the GAAR would ordinarily be applied in a tax treaty context before the PPT. If this case were decided under the PPT, it is this author's view that the outcome would be the same. Once the parties agreed that the Luxembourg corporation was resident as a matter of fact under the tax treaty, the only issue was whether the transaction was abusive. That is, was the establishment of Alta Luxembourg to sell the Canadian shares, contrary to the object spirit and purpose of the tax treaty provision relied on. Based on the majority of the court's view it was clearly not abusive.

It is unlikely the adoption of the MLI by Canada would change that result, notwithstanding that Canada has agreed to include the proposed minimum standards including the new preamble¹⁸ that specifically references treaty-shopping arrangements and the PPT.

Why? There are two reasons.

First, there is controversy about the legal effect of the change to the preamble of Canada's tax treaties. The *Vienna Convention* explicitly mandates that the con-

¹⁸ The preamble of covered tax agreements will be modified to include the following language: "Intending to eliminate double taxation with respect to the taxes covered by this agreement without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance (including through treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this agreement for the indirect benefit of residents of third jurisdictions), " *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, OECD, [MLI] Art 6.

text or the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise the whole of the treaty including the preamble.¹⁹ This is also the OECD's position on the interpretation of tax treaties. But this view has been challenged by numerous courts in Canada and in other jurisdictions.²⁰

In addition, it is not clear that a Canadian court would apply a broad statement of purpose like the avoidance of treaty shopping, to deny a treaty benefit that may have been intended. Further, the MLI negotiators do not appear to have identified *Alta Energy*-like planning as a concern in their final report on BEPS action 6 or suggested that carveouts for business property should be targeted or disallowed. Put differently, although OECD countries may notionally agree that treaty shopping is bad, where a specific provision in a specific treaty was designed to foster treaty shopping for a specific purpose, the PPT should arguably not apply to deny the treaty benefit.

Second, there is no internationally agreed understanding of how the PPT is to be interpreted. As one EU scholar recently noted, EU courts will take the OECD commentary into consideration, but they will also “create their own world based” on recent case law.²¹ In the end however, the test is whether the transaction or arrangement is in accordance with the object and purposes of the relevant provision(s), a test that, as seen, is very familiar in Canadian tax jurisprudence.

Based on *Alta Energy*, the test will be applied with a focus on “the principles of predictability, certainty and fairness.” Further, in seeking the purpose of a tax treaty the courts will look to whether the treaty benefits at issue were intended by the Contracting States. This includes the fact that the parties negotiated carveouts in the tax treaty. This exclusion argument will no doubt also be the winning argument if the case were decided under the PPT. As Justice Hogan observed in the earlier Tax Court of Canada decision “the rationale underlying the carve-out is to exempt residents of Luxembourg from Canadian taxation where there is an investment in immovable property used in a business.”²²

This does not mean Canada's tax treaties will remain an open field for treaty shopping arrangements in the future.

The introduction of the PPT into Canada's covered agreements is an interim measure. The Canadian government has noted that it intends to adopt detailed

¹⁹ *Vienna Convention on the Law of Treaties* (with Annex), 23 May 1969, No 18232, art 31(2).

²⁰ This was explicitly addressed in *MIL Investments*, where the Minister unsuccessfully attempted to use the preamble to the Canada-Luxembourg treaty as an anti-abuse provision. See also Claire Peng and Josef Schuch, “The Relevance of the Preamble for Treaty Entitlements”, *Tax Treaty Entitlement* (Vienna: IBFD, 2019) 1 who state “, the usefulness of preambles is limited no matter how well drafted because its interpretation is limited to substantive provisions” [*Relevance of the Preamble*] at pages 8-11.

²¹ Prof. dr. Dennis Webber, University of Amsterdam, De Universiteit Van Amsterdam “The PPT and the EU abuse doctrine” (PowerPoint from Amsterdam Centre for Tax Law full day conference) (May 3, 2019) slides 134-159.

²² *Alta Energy* (TCC) supra note 2 at para 100.

limitation of benefit (DLOB) provisions to replace the PPT or in addition to it through negotiations with treaty partners. To date only Canada's treaty with the United States includes a DLOB provision.²³ In effect, that DLOB provision denies treaty benefits to a non-qualifying person,²⁴ thus providing a direct route to the denial of treaty benefits.

²³ *Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital*, United States and Canada, September 26, 1980, [Canada-US Treaty], at Article XXIX A.

²⁴ *Ibid.*, at art. XXIX A (2): qualifying persons include a natural person, Government or its political subdivisions, public companies, private companies and trusts with specific ownership qualifications, estates, non-profits with qualifications, and exempt organizations in article XXI.

O Teste Propósito Principal em Acordos de Bitributação e o Princípio da Certeza

Karoline Marchiori de Assis

Professora na Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Coordenadora do curso de especialização em Direito Tributário da FDV. Doutora em Direito pela Westfälische Wilhelms-Universität Münster, Alemanha, e Doutora em Direito Econômico e Financeiro pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Graduada em Direito pela USP e em Administração de Empresas pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV-EAESP).

1. Considerações iniciais

Entre os anos de 2013 e 2015, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em parceria com o G20, desenvolveu um plano composto por quinze ações relativo ao *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS). Em linhas gerais, tais ações fornecem recomendações referentes a medidas a serem tomadas para o combate à erosão da base tributária e à alocação dos lucros dos negócios em países de tributação reduzida, partindo do pressuposto de que fragilidades nas normas então vigentes criavam oportunidades para ações dos agentes econômicos no sentido combatido. Por outro giro, o referido plano visava apontar medidas voltadas a garantir que os lucros fossem tributados onde havia a realização das atividades econômicas e a criação de valor¹ (OECD, 2015).

Tendo em vista o escopo do presente artigo, não cabem aqui considerações sobre o Plano BEPS de forma mais abrangente, uma vez que a este trabalho interessa mais diretamente uma recomendação oriunda da Ação 6 do Plano BEPS, a qual se voltava à prevenção da concessão de benefícios de tratados em circunstâncias inapropriadas (OECD, 2015). A recomendação objeto do presente trabalho consiste na adoção da cláusula do “Teste do Propósito Principal” (*Principal Purpose Test* – PPT) em tratados internacionais, a qual foi incluída na Convenção Modelo da OCDE relativa aos Tributos sobre Renda e Capital (OECD, 2017).

Nesse sentido, importa, de plano, salientar que muito se tem debatido sobre a compatibilidade da cláusula PPT com o ordenamento jurídico brasileiro, lembrando, que, como será destacado a seguir, essa cláusula foi incluída em tratados internacionais recentes negociados pelo Brasil. Nessa senda, vale salientar que essa cláusula reascendeu antigos debates, por exemplo, aquele relativo ao papel do art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional (CTN), no ordenamento jurídico brasileiro.

Buscando contribuir com o debate relativo à compatibilidade da referida cláusula com o ordenamento jurídico brasileiro, o presente artigo tem por finalidade analisar a compatibilidade da cláusula PPT com o princípio da certeza, uma

¹ Para uma visão crítica sobre o BEPS, cf. SCHOUERI, 2019.

das expressões do princípio da segurança jurídica, presente no ordenamento jurídico brasileiro. Por ter o princípio da segurança jurídica – e, conseqüentemente, o princípio da certeza – sede constitucional, tem-se que, em última análise, este artigo se propõe a perscrutar a constitucionalidade da cláusula PPT, tendo em vista o princípio da certeza.

2. A cláusula PPT

De plano pode-se afirmar que “o teste do objetivo principal conota uma GAAR [*general anti-avoidance rule*] a ser prescrita em acordos de bitributação, visando a combater, dentre outras formas de abuso dos acordos, o *treaty shopping*” (SCHOUERI; MOREIRA, 2019, p. 765). Nesse sentido, tem-se que a cláusula PPT foi inserida no art. 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo da OCDE, e ostenta a seguinte redação:

Notwithstanding the other provisions of this Convention, a benefit under this Convention shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of this Convention. (OECD, 2017)

Vale destacar, com Gerd Willi Rothmann (2019, p. 48), uma incoerência entre a nomenclatura que vem sendo utilizada para fazer referência à cláusula em questão, qual seja “teste do propósito principal” (no singular), e o seu verdadeiro conteúdo. Como salienta o autor, o “o título “The principal purpose (singular!) test’ dá a impressão de tratar-se de regra para indagar em que consiste o propósito da escolha de determinada estrutura jurídica, adotada pelo contribuinte” (ROTHMANN, 2019, p. 48). Contudo, a análise da redação da cláusula 29.9 da Convenção Modelo da OCDE não veicula tal regra. Em vez disso, faz referência a critério subjetivo a ser utilizado pelas autoridades fiscais para verificação dos principais propósitos (no plural) de um arranjo ou transação, além de aludir a um teste objetivo relativo à compatibilidade entre a concessão de um benefício e o objeto e o propósito das provisões relevantes da convenção.

Desse modo, como vem sendo indicado pela doutrina (ROSENBLATT; SANTOS; 2018, p. 241), a cláusula sob análise é composta de um elemento subjetivo e de um objetivo, haja vista a referência a um teste subjetivo e a um teste objetivo. O primeiro volta-se à aferição dos propósitos do contribuinte, ao passo que o segundo visa ao estabelecimento de uma correlação entre a concessão de um determinado benefício e o objeto e o propósito das previsões relevantes do tratado. Voltar-se-á a esses elementos adiante, ao se buscar verificar a compatibilidade da cláusula em questão com o princípio da certeza.

Por ora, cabe destacar que o teste do propósito principal também está contido na Convenção Multilateral para a Aplicação das Medidas Relativas às Convenções Fiscais Destinadas a Prevenir a Erosão da Base Tributária e a Transferência de Lucros² (MLI), o qual resultou da Ação 15 do Plano BEPS. O MLI consiste em um instrumento multilateral que viabiliza a modificação de tratados tributários bilaterais de forma sincronizada, com a finalidade de incluir, em tais tratados, propostas oriundas do Plano BEPS, dispensando a sua negociação de modo bilateral (MULTILATERAL CONVENTION, 2016).

A PPT foi incluída no MLI da seguinte maneira:

Article 7 – Prevention of Treaty Abuse

1. Notwithstanding any provisions of a Covered Tax Agreement, a benefit under the Covered Tax Agreement shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of the Covered Tax Agreement. (MULTILATERAL CONVENTION, 2016)

Como se observa, trata-se do mesmo texto contido no art. 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo da OCDE, apenas com diferenças redacionais necessárias, considerando as diferentes funções do MLI e da Convenção Modelo.

Tendo em vista o escopo do presente artigo, não cabe, aqui, tecer maiores considerações sobre o MLI e seus efeitos. Não se pode, todavia, deixar de salientar a relevância desse instrumento para a inclusão da cláusula PPT em uma relevante quantidade de tratados de bitributação e, conseqüentemente, para a relevância da referida cláusula no âmbito do Direito Tributário Internacional³.

Finalmente, há que se destacar que o Brasil não é signatário do MLI. Não obstante, a cláusula PPT, com a redação proposta pela OCDE, tem sido incluída nos tratados bilaterais relativos à bitributação recentemente assinados ou renegociados pelo Brasil, dentre os quais se pode mencionar, a título de exemplo, a convenção celebrada entre o Brasil e a Suíça, a qual veicula a cláusula PPT em seu art. 27, parágrafo 1 (BRASIL, 2021).

² Está-se, aqui, adotando a nomenclatura utilizada pela tradução para o português disponibilizada pela OCDE (CONVENÇÃO, 2016).

³ Nesse sentido, vale conferir as seguintes considerações de Andressa Pegoraro: “Na assinatura do MLI, a maioria dos Estados signatários (71 países) adotou a recomendação relativa à inclusão da cláusula de PPT. Alguns poucos países optaram também pela inclusão da cláusula LOB simplificada (13 países) e nenhum país optou pela inclusão da cláusula LOB detalhada. Com base nesses dados, a cláusula de PPT será incluída em mais de 1.100 acordos de bitributação existentes em razão da assinatura do MLI, daí a importância da referida cláusula no cenário pós-Projeto BEPS” (PEGORARO, 2021, p. 80).

Entretanto, a doutrina tem apontado as dificuldades para a aplicação da cláusula PPT no Brasil. Nesse sentido, João Francisco Bianco (2020, p. 249) chama a atenção para o princípio da legalidade tributária, o qual faz com que conceitos adotados em países com tradição de *common law* como *substance over form* e *business purpose* não sejam populares no Brasil. Outra dificuldade apontada por Bianco (2020, p. 250) refere-se ao debate relativo à presença ou não de uma norma geral antielisiva no Brasil⁴. Nessa toada, também Rosenblatt e Santos (2018) indicam dificuldades relativas à aplicação da cláusula em questão no âmbito do ordenamento brasileiro.

Autores também têm demonstrado preocupação com a compatibilidade da cláusula PPT com o princípio da segurança jurídica e, conseqüentemente, com a compatibilidade da cláusula com a Constituição de 1988. A esse respeito vale fazer alusão às considerações de Rothmann (2019, p. 47), Schoueri e Moreira (2019, p. 763-783) e Pegoraro (2021, p. 196-203).

Diante desse cenário, tem-se demonstrada a relevância de se averiguar a constitucionalidade da cláusula PPT, o que, neste trabalho, será feito à luz do princípio da certeza, um dos subprincípios do princípio da segurança jurídica⁵.

3. O princípio da certeza

A fim de proceder à verificação da compatibilidade da cláusula PPT, nos termos propostos pela OCDE, com o princípio da certeza, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre esse princípio, com o fito de assentar algumas premissas. Ademais, tendo em vista que o princípio da certeza é aqui entendido como um subprincípio do princípio da segurança jurídica, importa também fazer algumas observações a esse respeito.

Primeiramente, faz-se necessário salientar que não é admissível apreender o princípio da segurança jurídica de forma desconectada do Estado Democrático de Direito, uma vez que a segurança jurídica está ínsita à própria ideia de Estado Democrático de Direito (NABAIS, 2007, p. 148). Ademais, pode-se afirmar até mesmo que, nesse contexto, a segurança jurídica se torna “o efeito mais eloqüente do ‘sistema jurídico’, e não apenas um, entre outros, dos princípios do Estado de Direito” (TORRES, 2011, p. 32).

Analisar a segurança jurídica de forma compatível com o Estado Democrático de Direito exige, sobretudo, a superação de uma concepção meramente forma-

⁴ “My personal opinion is that the sole paragraph of article 116 is not a GAAR. Therefore Brazilian tax system does not authorize tax authorities to requalify valid arrangements for tax purposes just because they failed to have a business purpose. And the PPT foreseen in a tax treaty will not be able to change this conclusion because the Brazilian Supreme Court has already decided that international treaties do not prevail over complementary law. Anyway the subject is highly controversial and final decision will come only by the Superior Courts” (BIANCO, 2020, p. 251).

⁵ Sobre a fundamentação do princípio da segurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, cf. ASSIS, 2013.

lista daquela e do próprio Estado. Assim, tendo sido a República Federativa do Brasil constituída como um Estado Democrático de Direito, faz-se necessário compreender a segurança jurídica como garantidora da efetividade do próprio ordenamento jurídico e, conseqüentemente, como reconhecidora e asseguradora dos direitos fundamentais⁶ (TORRES, 2011, p. 27; SILVA, 1988, p. 10). Logo, a realização da segurança jurídica demanda a segurança do próprio Direito, o qual, por sua vez, deve estar em consonância com os ideais do Estado Democrático de Direito. Tem-se, assim, de forma sucinta, esclarecida a necessidade de se abordar a segurança jurídica a partir de uma perspectiva material (cf. PÉREZ LUÑO, 1991).

Feitas essas considerações, importa, agora, apresentar o conteúdo do princípio da segurança jurídica. Todavia, conforme vem sendo largamente reconhecido pela doutrina, conceituar a segurança jurídica é tarefa árdua, quiçá impossível, haja vista o seu caráter multifacetado (cf. ARNAULD, 2006, p. 103 e s.). Desse modo, entende-se que a forma mais frutífera para a apreensão do conteúdo do princípio da segurança jurídica passa pela investigação de suas múltiplas expressões (cf. ENGLISH; PLUM, 2004, p. 343). Importa destacar, contudo, que, embora a análise individualizada dessas expressões seja possível – e desejável para que haja uma aproximação satisfatória do conteúdo da segurança jurídica –, tais expressões estão profundamente inter-relacionadas (cf. BIRK, 2004).

Conforme demonstrado em trabalho anterior (ASSIS, 2013), entendemos que são três as expressões do princípio da segurança jurídica, quais sejam certeza, continuidade e proteção da confiança. Tendo em vista, no entanto, o limitado escopo deste trabalho, importa, aqui, focalizar apenas a expressão “certeza”, também compreendida aqui como um subprincípio da segurança jurídica.

A certeza corresponde à expressão da segurança jurídica de mais fácil percepção. Não por acaso, foi a partir dessa perspectiva que a segurança jurídica em matéria tributária foi originalmente apreendida. Nesse diapasão, vale salientar que Adam Smith (2003, p. 1046-1047) indicava a certeza como uma das “quatro máximas [...] relativas aos impostos em geral”. Para o autor, a certeza em matéria tributária demandava um elevado grau de previsibilidade sobre o tributo a ser pago, de modo que não admitia nem um mínimo de incerteza⁷.

⁶ Nesse sentido, vale observar, com Heleno Torres, que o princípio da segurança jurídica se apresenta tanto “na condição de direito fundamental à ordem jurídica segura quanto na acepção de garantia material aos direitos e liberdades protegidos, sobre os quais exerce a função de assegurar efetividade” (TORRES, 2011, p. 188).

⁷ “É preciso que o tributo que todo indivíduo está obrigado a pagar seja fixo, e não arbitrário. A data de pagamento, o modo de pagamento, a quantidade a ser recolhida devem ser claros e evidentes para o contribuinte, bem como para qualquer outra pessoa. Caso contrário, toda pessoa sujeita ao imposto fica, em maior ou menor grau, à mercê do coletor, que pode ou aumentar o imposto de um contribuinte que odeie, ou extorquir, mediante a ameaça de aumentar o imposto, algum presente ou alguma gratificação para si mesmo. A indefinição da tributação estimula a

Embora o grau de certeza defendido por Adam Smith possa ser exagerado, porquanto inalcançável, parece haver, atualmente, um consenso doutrinário de que o princípio da certeza demanda, de fato, a *previsibilidade*. Desse modo, embora haja a utilização, pelos estudiosos do tema, de diversas expressões para fazer referência ao conteúdo da certeza – tais como determinabilidade, mensurabilidade e calculabilidade (PAPIER; MÖLLER, 1997, p. 178) –, entende-se que estas podem ser reconduzidas para a ideia de previsibilidade.

Logo, uma precisa abordagem do princípio da certeza demanda uma adequada apreensão da ideia de previsibilidade. Para tanto, cabe apresentar, aqui, as noções de segurança de orientação (*Orientierungssicherheit*) e segurança de realização (*Realisierungssicherheit*), seguindo a doutrina de Theodor Geiger (1987).

Para Geiger, a segurança de orientação diz respeito ao conhecimento, de natureza tanto ativa quanto passiva, acerca do conteúdo normativo. Desse modo, a segurança de orientação pode ser traduzida da seguinte maneira: “Eu sei que formas de comportamento os outros esperam ou não esperam de mim, e eu sei que condutas eu tenho ou não que esperar dos outros”⁸ (GEIGER, 1987, p. 64) (tradução livre).

A segurança de realização, por seu turno, refere-se à confiança na observância normativa (GEIGER, 1987, p. 65). Trata-se, portanto, de assegurar que as normas serão observadas pelos seus destinatários e de que haverá uma atuação regular dos órgãos incumbidos da aplicação normativa (PEREZ LUÑO, 1991, p. 260). Nessa esteira, tem-se que a segurança de realização se concretiza, em grande medida, pela proibição de arbítrio, a qual, sob uma perspectiva material, “significa que deben rechazarse aquellas situaciones que, sin infringir el orden jerárquico de las normas, menoscaban el derecho del ciudadano a un conocimiento lo más rápido posible y lo más acorde con sus racionales previsiones de la incidencia, que en su esfera particular pueda tener la aplicación de la norma jurídica” (GARCÍA NOVOA, 2000, p. 82).

Não obstante a abordagem individualizada acerca da segurança de orientação e de realização, ambas são interdependentes. Assim, a segurança de orientação somente será efetiva se houver uma possibilidade concreta da aplicação normativa de modo regular, a qual, por sua vez, exige conhecimento sobre o conteúdo das normas (cf. ZIPPELIUS, 2011, p. 133).

insolência e favorece a corrupção de uma categoria de homens já naturalmente impopulares, mesmo quando não são nem insolentes nem corruptos. Na tributação, a certeza sobre aquilo que todo indivíduo precisa pagar é uma questão de tal relevância, que, segundo mostra a experiência de todas as nações, creio não haver mal tão grande como a existência de um grau mínimo de incerteza” (SMITH, 2003, p. 52).

⁸ No original: “Ich weiß, welche Handlungsweise die anderen von mir erwarten oder nicht erwarten, und ich weiß, welches Gebaren ich vom anderen zu gewärtigen habe oder nicht” (GEIGER, 1987, p. 64).

Ante o exposto, pode-se concluir que a previsibilidade relativa a uma determinada norma jurídica (ou a um conjunto de normas jurídicas) demanda a segurança de orientação e a segurança de realização. Logo, pode-se afirmar que a realização do princípio da certeza exige que se assegure o conhecimento sobre o conteúdo normativo (segurança de orientação) e que haja confiança na aplicação normativa (segurança de realização).

Em matéria tributária, tem-se, em linhas gerais, que a certeza requer a precisa determinação das consequências tributárias de uma determinada conduta, o que, por sua vez, pressupõe a fixação precisa de todos os elementos da regra-matriz de incidência tributária (cf. PAPIER, 1989, p. 63), das obrigações acessórias e das sanções tributárias, bem como dos critérios que irão balizar a fiscalização e a cobrança das dívidas tributárias⁹.

Feitas essas considerações sobre o princípio da certeza, passa-se, na sequência, a verificar se a cláusula PPT proposta pela OCDE – já incluída, como mencionado, em tratados recentemente negociados pelo Brasil – compatibiliza-se com o princípio em questão.

4. Análise da compatibilidade da cláusula PPT com o princípio da certeza

Embora a cláusula PPT, nos termos propostos pela OCDE, já tenha sido apresentada, importa, agora, aprofundar as considerações a seu respeito a fim de, ainda neste tópico, confrontá-la com o princípio da certeza, de modo a, em última análise, avaliar a compatibilidade dessa cláusula com Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, importa, primeiramente, fazer referência ao primeiro trecho da cláusula PPT da Convenção Modelo da OCDE: “Notwithstanding the other provisions of this Convention”¹⁰. Assim, como, normalmente, a cláusula PPT não é a única norma antiabuso dos tratados relativos à bitributação internacional (SCHOUERI; MOREIRA, 2019, p. 766-767), pode-se concluir, com fulcro na redação da cláusula em questão e nos comentários da OCDE (2017) ao parágrafo 9 do art. 29 da Convenção Modelo, que a cláusula PPT tem um caráter “suplementar” em relação às demais normas antiabuso da convenção. Dessa maneira, de acordo com esses comentários, se um benefício é negado por uma norma antiabuso específica da convenção, ele não seria um “benefício concedido pela conven-

⁹ Nesse sentido é a definição de certeza apresentada por Heleno Torres: “A certeza do direito, conseqüentemente, é um conteúdo expressivo do princípio de segurança jurídica, certamente sua porção mais significativa e que, em termos objetivos, corresponde à prévia determinação de todos os elementos necessários à qualificação dos elementos fáticos e subjetivos necessários para a constituição de qualquer obrigação tributária, ademais dos critérios para determinação da dívida tributária, procedimentos de arrecadação, fiscalização e cobrança e todas as demais conseqüências, como garantias, obrigações acessórias ou deveres formais e eventuais sanções pelo descumprimento de quaisquer desses deveres” (TORRES, 2011, p. 266).

¹⁰ Tradução livre: “Não obstante as outras provisões desta convenção”.

ção”, de modo que não haveria que se cogitar da aplicação da cláusula PPT. Por outro giro, o fato de um benefício não ser negado por outras cláusulas antiabuso não significa que ele não possa ser negado pela cláusula PPT (OECD, 2017).

Neste ponto, importa esclarecer o que seria um “benefício” passível de ser negado com a aplicação da cláusula PPT, uma vez que “a norma antiabuso serve a outra norma, no sentido de impedir que se aplique essa segunda norma, quando os seus requisitos foram atendidos, porém de forma abusiva” (SCHOUERI; MOREIRA, 2019, p. 767). Para tanto, tem-se que, segundo os comentários da OCDE à cláusula em questão, a seguinte definição:

175. The term “benefit” includes all limitations (e.g. a tax reduction, exemption, deferral or refund) on a taxation imposed on the State of source under Articles 6 through 22 of the Convention, the relief from double taxation provided by Article 23, and the protection afforded to residents and nationals of a Contracting State under Article 24 or any other similar limitations.

Como se pode notar, trata-se de uma definição abrangente de benefício, de forma que, a partir dos comentários em questão, a cláusula PPT parece aplicar-se realmente a qualquer vantagem tributária que possa derivar da convenção, até porque, como esclarece o comentário 175 (citado em parte), em sua parte final, caso a convenção inclua outras limitações ao poder de tributar, a elas também se aplicam a cláusula PPT.

Similarmente, também de acordo com os comentários da OCDE ao parágrafo 9 do art. 29 da Convenção Modelo (2017), os termos “arrangement or transaction” devem ser interpretados de forma ampla.

Ponto-chave, contudo, para o presente artigo, refere-se ao teste subjetivo da cláusula em questão, o qual busca determinar se a obtenção de um benefício oriundo da convenção foi um dos principais objetivos de um arranjo ou transação. Conforme já observado, a cláusula em questão não faz referência ao “principal objetivo” (no singular), mas “a um dos principais objetivos” (no plural). Desse modo, como destacado pelo comentário 180 da OCDE à cláusula PPT, não há necessidade de que a obtenção do benefício seja o único objetivo da transação, nem mesmo que seja o objetivo “dominante”. Ou seja, não há necessidade de que a obtenção do benefício seja o único objetivo principal para que haja aplicação da cláusula PPT.

Para verificação desse elemento subjetivo, o comentário 178 da OCDE à cláusula PPT (2017) elucida que se faz necessária uma análise objetiva das finalidades e dos objetos de todas as pessoas envolvidas na transação. Ademais, o teste subjetivo demanda que, de forma casuística, se leve em consideração todas as circunstâncias relativas à mencionada transação. Todavia, segundo esses comentários, não é necessário que haja prova conclusiva sobre as intenções do contribuinte, bastando que seja razoável concluir que um dos objetivos principais da transação ou arranjo era a obtenção de benefícios tributários oriundos da convenção. Ainda

segundo os comentários da OCDE, pode-se chegar a essa conclusão caso um determinado arranjo só possa ser razoavelmente explicado em virtude de benefício decorrente da aplicação da convenção.

A aferição do elemento subjetivo, como preceituada pela OCDE, vem sendo largamente criticada pela doutrina. Nesse diapasão, as críticas se direcionam ao fato de a cláusula PPT não restringir esse teste a um objetivo principal, admitindo a negação dos benefícios ainda que sua obtenção seja um dentre outros objetivos principais de um determinado arranjo ou transação. Assim, como destacam Schoueri e Moreira (2019, p. 768-769), se a obtenção de benefício oriundo da convenção for um dos objetivos principais de um arranjo, o teste subjetivo estará satisfeito, ainda que haja outros fundamentos, de ordem comercial por exemplo, que o justifiquem. A esse respeito, os mencionados autores chamam a atenção para a dificuldade de se encontrar transações em relação às quais os benefícios tributários decorrentes de uma convenção não tenham sido considerados, observando, ainda, que “será improvável encontrar um caso em que, na ausência do benefício do acordo, a estrutura se manteria inabalada” (SCHOUERI; MOREIRA, 2019, p. 770).

Ademais, apesar de a OCDE (2017) fazer referência, em seus comentários à cláusula PPT, à necessidade de uma análise objetiva que considere todas as circunstâncias relativas a uma determinada transação, também vem sendo alvo de crítica doutrinária a ausência de critérios verdadeiramente objetivos para realização do teste subjetivo sob análise (cf. ROTHMANN, 2019, p. 48; PEGORARO, 2021, p. 201). Nesse sentido, tendo em vista que atos e negócios jurídicos geralmente visam a uma multiplicidade de objetivos (tributários e não tributários), os quais não são mutuamente excludentes, também é criticável o fato de a proposta da OCDE não oferecer critérios claros para balanceamento dos múltiplos propósitos (ROSENBLATT, 2017, p. 241; LANG, 2020).

Além disso, como já destacado, a OCDE anota que a satisfação do teste subjetivo independe de prova conclusiva sobre as intenções do contribuinte com um arranjo ou transação. Assim, como anota Gerd Rothmann (2019, p. 48), a cláusula PPT “dispensa a *prova cabal* por parte da autoridade fiscal, considerando *razoável* uma prova meramente indiciária, baseando sua decisão em mera presunção”. Esse ponto também tem sido alvo de ataques doutrinários (cf. ROTHMANN, 2019, p. 28 e s.; PEGORARO, 2021, p. 202-203).

Há, ainda, que fazer referência ao teste objetivo da cláusula em questão, o qual consiste na verificação da compatibilidade da concessão do benefício com o objeto e o propósito das provisões relevantes da previsão. Pois, em havendo essa compatibilidade, o benefício deverá ser concedido, ainda que o teste subjetivo tenha concluído pela negativa dessa concessão. Cabe destacar, contudo, que o ônus de demonstrar a correlação entre a concessão de um determinado benefício e o objeto e o propósito das provisões relevantes do tratado parece ser do contribuinte, ponto que também vem sendo criticado (SCHOUERI; MOREIRA, 2019,

p. 780). Para além disso, há que sublinhar a dificuldade ínsita à aferição dos objetos e dos propósitos de um acordo (SCHOUERI; MOREIRA, 2019, p. 772-776).

Não se pode deixar de observar, ainda, as dúvidas em relação às consequências da aplicação da cláusula PPT, especialmente em circunstâncias de não adoção, em uma convenção, da cláusula relativa ao “alívio discricionário”¹¹ (BIANCO, 2020, p. 250). Desse modo, não está claro, tendo em vista a redação da cláusula PPT, se a aplicação dessa cláusula implica a negativa total de aplicação de uma convenção de bitributação ou apenas de uma norma específica desse tratado (SCHOUERI; MOREIRA, 2019, p. 776).

Endossamos todas as críticas aqui listadas, contudo, cabe salientar, aqui, novamente com Gerd Rothmann (2019, p. 49), que, “sem dúvida, a principal objeção ao PPT reside na sua natureza subjetiva, pois a intenção do contribuinte é critério que, sem um parâmetro objetivo, abre amplo espaço à discricionariedade e à arbitrariedade por parte das autoridades fiscais”. Essa ampla abertura, decorrente da ausência de critérios claros para a aplicação da cláusula PPT, milita contrariamente à segurança de orientação, necessária à realização do princípio da certeza.

Conforme observado anteriormente, a segurança de orientação relaciona-se ao conhecimento sobre o conteúdo normativo, de modo que, em matéria tributária, o contribuinte possa saber que formas de comportamento são esperadas dele e, por outro lado, que condutas ele deve esperar do fisco (cf. GEIGER, 1987, p. 64). Voltando o olhar para a cláusula PPT, pode-se afirmar que a segurança de orientação exigiria a definição de critérios claros para a avaliação das transações e arranjos e, conseqüentemente, para a negativa dos benefícios de uma determinada convenção. Isso, contudo, não se verifica na cláusula PPT proposta pela OCDE, a qual, conforme demonstrado, não fornece parâmetros objetivos para a atuação das autoridades fiscais. Ao contrário, os testes previstos na PPT – sobretudo aquele relativo ao elemento subjetivo – abre amplo espaço à subjetividade e à discricionariedade da Administração Pública (cf. LANG, 2020), haja vista a utilização de termos vagos e ambíguos¹².

¹¹ A cláusula denominada “alívio discricionário” consta no comentário 184 ao art. 29, parágrafo 9, da Convenção Modelo da OCDE como um parágrafo adicional ao mencionado artigo, o qual pode ser incluído pelos Estados em seus tratados bilaterais: “10. Where a benefit under this Convention is denied to a person under paragraph 9, the competent authority of the Contracting State that would otherwise have granted this benefit shall nevertheless treat that person as being entitled to this benefit, or to different benefits with respect to a specific item of income or capital, if such competent authority, upon request from that person and after consideration of the relevant facts and circumstances, determines that such benefits would have been granted to that person in the absence of the transaction or arrangement referred to in paragraph 9. The competent authority of the Contracting State to which the request has been made will consult with the competent authority of the other State before rejecting a request made under this paragraph by a resident of that other State” (OECD, 2017).

¹² Neste ponto, vale fazer alusão às seguintes observações de Andressa Pegoraro: “A vagueza e a ambigüidade dos termos utilizados na redação da cláusula PPT ampliam a margem de discricio-

Ante essa insegurança de orientação inerente à cláusula PPT, também é de se esperar uma ausência de segurança de realização quando da aplicação dessa norma, lembrando-se que a segurança de realização se caracteriza, em grande parte, pela proibição de arbítrio, consoante já assinalado. Todavia, além de a cláusula PPT, pelas razões já demonstradas, abrir espaço à arbitrariedade (ROTHMANN, 2019, p. 49), propiciando até mesmo uma postura voluntarista por parte das autoridades fiscais (PEGORARO, 2021, p. 201), também há o risco de uma aplicação da cláusula de forma diferente para contribuintes que se encontrem na mesma situação, o que também seria problemático em face do princípio da isonomia tributária (ROSENBLATT, 2017, p. 241). Essa ausência de segurança de realização é agravada pelo fato de a OCDE, em seus comentários, dispensar prova conclusiva sobre as intenções do contribuinte com um arranjo ou transação (OECD, 2017), como anotado anteriormente.

Ainda no que se refere à insegurança de realização, tem-se que esta é corroborada pelas dúvidas sobre as consequências da aplicação da cláusula PPT, especialmente quando determinada convenção não adota a cláusula do “alívio discricionário”, conforme mencionado.

Uma proposta para se evitar os problemas decorrentes da cláusula PPT é feita por Michael Lang (2020), que defende que a cláusula em questão não fornece base legal para a negativa de benefícios oriundos da convenção de bitributação. Em vez disso, o autor advoga que a cláusula apenas salienta a necessidade de uma interpretação baseada no objeto e no propósito nos casos em que a obtenção de um benefício seja um dos principais propósitos da transação. Para o autor, o significado do art. 29, parágrafo 9, da convenção modelo da OCDE reside em sua função sinalizadora. Nesse sentido, observa Lang: “The mere task of article 29(9) of the OECD Model is to remind taxpayers, tax authorities and courts of the necessity of purposive interpretation in those situations in which it must be assumed that the intention is to explore treaty provisions favourable for the taxpayer to their limits” (LANG, 2020).

De fato, a proposta de Lang parece afastar muitos – quiçá todos – problemas descritos, decorrentes da cláusula PPT da OCDE. Todavia, considerando, sobretudo, os comentários da OCDE ao art. 29, parágrafo 9, tem-se que a interpretação de Lang parece ir de encontro àquela proposta pela OCDE. Desse modo, colocamo-nos ao lado dos críticos da cláusula PPT, pelas razões já evidenciadas.

Assim, uma vez que a cláusula PPT proposta pela OCDE não oferece segurança de orientação e de realização, tem-se que ela falha ao oferecer previsibili-

riedade do intérprete-aplicador, que fica livre para escolher o sentido que lhe convier, dando azo a um possível ‘decisionismo’ fiscalista. Assim, ainda que a ideia de discricionariedade seja inerente à interpretação jurídica, o cenário se agrava na cláusula PPT, cuja redação oferece poucas amarras para o necessário controle intersubjetivo da sua aplicação no plano da teoria da argumentação jurídica” (PEGORARO, 2021, p. 200).

dade, o que nos permite concluir que essa cláusula não atende ao princípio da certeza¹³, uma das expressões do princípio da segurança jurídica, conforme analisado. Logo, em última análise, pode-se concluir pela incompatibilidade da cláusula PPT, do modo proposto pela OCDE, com a Constituição Federal de 1988, uma vez que ela viola o princípio da segurança jurídica em sua expressão “princípio da certeza”.

Conclusões

Como decorrência da Ação 6 do Plano BEPS, a OCDE propôs a inclusão da cláusula PPT em tratados para evitar a bitributação internacional. Nessa toada, a referida cláusula foi incluída na Convenção Modelo da OCDE e no MLI. Cabe destacar que, embora o Brasil não seja signatário do MLI, as recentes convenções de bitributação negociadas pelo Brasil têm incluído a cláusula PPT. Assim, faz-se necessário verificar a conformidade da referida cláusula com o princípio constitucional da certeza a fim de, a partir desse parâmetro, aferir a compatibilidade dessa cláusula com a Constituição de 1988.

O princípio da certeza é uma das expressões do princípio da segurança jurídica – ao lado da continuidade e da proteção da confiança –, a qual deve ser interpretada de forma consoante com o Estado Democrático de Direito, o que demanda sua apreensão sob uma perspectiva material. Ademais, tem-se que o princípio da certeza postula previsibilidade, o que, por sua vez, exige que as normas jurídicas sejam dotadas de segurança de orientação (*Orientierungssicherheit*) e de realização (*Realisierungssicherheit*). A primeira diz respeito ao conhecimento sobre o conteúdo normativo, ao passo que a última se relaciona à confiança na observância normativa por parte dos seus destinatários e a partir de uma atuação regular dos órgãos públicos incumbidos da aplicação normativa.

A cláusula PPT proposta pela OCDE – que tem aplicação “suplementar” em relação a outras normas antiabuso contidas na convenção – é composta por um elemento subjetivo e por um elemento objetivo, de modo que a aplicação dessa cláusula requer a realização de um teste subjetivo e de outro objetivo para que se decida sobre a negativa da concessão de benefícios oriundos da convenção de bitributação.

Embora a OCDE, em seus comentários à cláusula PPT prevista na Convenção Modelo, indique a necessidade de realização do teste subjetivo a partir de uma análise objetiva, esse teste sem sido alvo de duras críticas doutrinárias, em suma, pelas seguintes razões: (i) o teste subjetivo tem por finalidade avaliar se “um dos” principais propósitos de determinado arranjo ou transação foi a obtenção de benefício decorrente da convenção de bitributação, de modo que não é necessário que a referida obtenção seja o único propósito principal; (ii) a cláusula PPT – e os

¹³ Em outro sentido, cf. WEBER, 2017.

comentários da OCDE a ela – não traz critérios verdadeiramente objetivos para a identificação dos propósitos visados por arranjos e transações e nem para o balanceamento dos múltiplos propósitos; e (iii) a desnecessidade de prova conclusiva sobre as intenções do contribuinte com um arranjo ou transação, conforme entende a OCDE em seus comentários à cláusula PPT.

Ademais, no que diz respeito ao teste objetivo, vem sendo criticado, especialmente, o fato de o ônus relativo a esse teste ser imputado ao contribuinte, e não à Administração Pública.

A doutrina também tem chamado a atenção para as dúvidas relativas às consequências decorrentes da aplicação da cláusula em questão, especialmente quando a convenção não inclui a cláusula relativa ao “alívio discricionário”. Nesse caso, não está claro se a aplicação da cláusula PPT deve implicar a negativa de concessão de benefícios específicos ou se deve afastar a aplicação total da convenção.

Considerando todas essas críticas, pode-se concluir que a cláusula PPT falha em oferecer segurança de orientação, haja vista a ausência de clareza em seu conteúdo, decorrente da utilização de termos vagos e ambíguos. Da mesma forma, a cláusula em questão também não parece apta a fornecer segurança de realização, haja vista, sobretudo, a ampla discricionariedade conferida às autoridades fiscais para sua aplicação, a ausência de exigência de provas conclusivas sobre as intenções dos contribuintes e as dúvidas quanto às consequências da aplicação da cláusula PPT.

Diante disso, pode-se concluir que a cláusula PPT proposta pela OCDE não é capaz de oferecer previsibilidade e, assim, não se compatibiliza com o princípio da certeza, uma das expressões do princípio da segurança jurídica, o que permite concluir, em última análise, pela inconstitucionalidade da cláusula em questão.

Referências

- ARNAULD, Andreas von. *Rechtssicherheit: perspektivische Annäherungen an eine idée directrice des Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.
- ASSIS, Karoline Marchiori de. *Segurança jurídica dos benefícios fiscais*. 2013. 560 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälische Wilhelms-Universität Münster, São Paulo, 2013.
- BIANCO, João Francisco. Principal Purpose Test in Brazilian tax treaties. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo, n. 7, p. 247-251, 1º semestre de 2020. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTIAtual/article/view/1150/110>. Acesso em: 25 abr. 2022.
- BIRK, Dieter. Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz. In: PEZZER, Heinz-Jürgen (coord.). *Vertrauensschutz im Steuerrecht*. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2004. p. 9-23.
- BRASIL. Decreto n. 10.714, de 8 de junho de 2021. Promulga a Convenção entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça para Eliminar a Du-

- pla Tributação em Relação aos Tributos sobre a Renda e Prevenir a Evasão e a Elisão Fiscais e o seu Protocolo, firmados em Brasília, em 3 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/suica/decreto-no-10-714-de-8-de-junho-de-2021>. Acesso em: 23 abr. 2022.
- CONVENÇÃO multilateral para a aplicação das medidas relativas às convenções fiscais destinadas a prevenir a erosão da base tributária e a Transferência de Lucros. 24 de novembro de 2016. Tradução para o português para fins informativos. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-portuguese.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2022.
- ENGLISCH, Joachim; PLUM, Beate. Schutz des Vertrauens auf Steuergesetze, Finanzrechtsprechung und Regelungen der Finanzverwaltung. *Steuer und Wirtschaft*, Köln, n. 4, p. 342-371, 2004.
- GARCÍA NOVOA, César. *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*. Madrid: Marcial Pons, 2000.
- GEIGER, Theodor. *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*. 4. ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1987.
- LANG, Michael. The Signalling Function of Art 29 par 9 OECD MC (“Principal Purpose Test”). *Bulletin for International Taxation*, Amsterdam, v. 74, n. 4/5, 2020.
- MULTILATERAL CONVENTION to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting. 24 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2022.
- NABAIS, José Casalta. *Direito fiscal*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION (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. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241695-en>. Acesso em: 25 abr. 2022.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION (OECD). *Model tax convention on income and on capital: condensed version 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponível em: https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en. Acesso em: 25 abr. 2022.
- PAPIER, Hans-Jürgen; MÖLLER, Johannes. Das Bestimmtheitsgebot und seine Durchsetzung. *Archiv des öffentlichen Rechts*, Tübingen, n. 122, p. 177-211, 1997.
- PAPIER, Hans-Jürgen. Das Bestimmtheitsgrundsatz. In: FRIAUF, Karl Heinrich (org.). *Steuerrecht und Verfassungsrecht*. Köln: Dr. Otto Schmidt, 1989. p. 61-78.
- PEGORARO, Andressa. *A cláusula de principal propósito (PPT) nos acordos para evitar a dupla tributação da renda*. São Paulo: IBDT, 2021.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel, 1991.

- ROSENBLATT, Paulo. Normas gerais antielisivas como princípio de direito internacional: os desafios do Brasil em se compatibilizar ao BEPS. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo, n. 2, p. 232-254, 2017. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTIAtual/article/view/1827/1484>. Acesso em: 25 abr. 2022.
- ROSENBLATT, Paulo; SANTOS, Pedro Henrique Ramos Coutinho dos. O alcance da ação 6 do BEPS nos tratados para evitar a bitributação do Brasil: um cenário incerto. *Revista Direito Tributário Internacional Atual*, São Paulo, n. 4, p. 235-252, 2º semestre de 2018. Disponível em: <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTIAtual/article/view/1840/1536>. Acesso em: 25 abr. 2022.
- ROTHMANN, Gerd Willi. *O principal purpose test* previsto na Ação 6 do BEPS. In: *Anais – VII Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional*. Instituto Brasileiro de Direito Tributário. São Paulo: IBDT, 2019. p. 47-54. Disponível em: https://ibdt.org.br/site/wp-content/uploads/2019/09/LivroAnais_VIICongresso_001-454_27Set2019.pdf. Acesso em: 23 abr. 2022.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *O projeto BEPS: ainda uma estratégia militar*. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo. *A tributação internacional na Era pós-BEPS*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 31-55.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; MOREIRA, Clara Gomes. Abuso dos acordos de bitributação e o teste do objetivo principal à luz da segurança jurídica. In: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo; OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de; MACEDO, Marco Antonio Ferreira. *Direitos fundamentais e Estado fiscal: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 763-783.
- SILVA, José Afonso da. O Estado Democrático de Direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 77, n. 635, p. 7-13, set./1988.
- SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Tradução de Alexandre Amaral Rodrigues; Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003. v. 2.
- TORRES, Heleno Taveira. *Direito constitucional tributário e segurança jurídica: metódica da segurança jurídica do Sistema Constitucional Tributário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- WEBER, Dennis. The reasonableness test of the Principal Purpose Test rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU principle of legal certainty and the EU abuse of law case law. *Erasmus Law Review*, v. 10, n. 1, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3026302. Acesso em: 25 abr. 2022.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Rechtsphilosophie*. 6. ed. München: Beck, 2011.

Report: The Post-BEPS Beneficial Owner Concept: Anti-Abuse Measures and Financial Compliance

Perisson Lopes de Andrade

Master in International Tax Law from the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT).

Abstract

This report aims to present the main content presented on the Panel "The concept of beneficial owner after BEPS: anti-abuse measures and financial compliance" held at the IX Brazilian Congress of International Tax Law, organized by the Brazilian Institute of Tax Law – IBDT. The event occurred between April 26th and 28th on Zoom, and discussed the subject "International Taxation and Economic Recovery: The Role of Emerging Countries".

Keywords: Beneficial Owner. BEPS PPT. LOB GAAR.

On the last day of the IBDT International Tax Law Congress, I had the honor of mediating the debate and presentations of five great masters and icons of International Tax Law, Philip Baker, João Félix Pinto Nogueira, Błażej Kuźniacki, Patricia A. Brown and Jennifer Roeleveld, about the concept of beneficial owner, contained in the Treaties to avoid double taxation and the possible implications brought to this anti-avoidance instrument, by the OECD BEPS Plan. The table was chaired by Dr. Paulo Caliendo, PhD and professor at the University of Rio Grande do Sul.

Philip Baker

After the presentation by the President of all the speakers, we began our debate with the presentation of Professor Philip Baker, professor emeritus at the University of Oxford, who recalled the history of use of this concept, widely used in Treaties in the OECD Model and also in the UN and United States models, without clear legal definition in the text of the Treaties and even for this reason always involved in academic and jurisprudential polemics.

Its use for the first time occurred in the Treaty to avoid double taxation between the United Kingdom and the United States, in 1966, and later, in 1967, in the Treaty between the United Kingdom and the Netherlands, at the suggestion of the United Kingdom delegation, which was specifically concerned with not granting the benefits of income tax reduction, by the source country, to those who did not really have the effective control and disposition of the capital received, improperly taking advantage of the benefits of the Treaty through a mere intermediary or agent. Subsequently, these concerns of the English delegation and the concept of beneficial owner were included in the OECD Commentary (Comment 10), in its 1977 version.

The purpose of the beneficial owner clause emerged, then, as a rule for the application of double taxation agreements, in order to identify the actual holder of control

over the revenues and payments of Dividends (Article 10), Interest (Article 11) and Royalties (Article 12), between two signatory countries of a treaty, to delimit, thus, the meaning of the phrase "paid to a resident", as a requirement for a person receiving such sums to be entitled to the application of the tax reductions at source specified in such provisions. It is thus a means of combating the so-called unwanted "treaty shopping".

Source countries are only required to reduce the level of collection of income tax at source in relation to payments directed to persons in countries with a treaty to avoid double taxation, provided that the recipients have effective control over the income received. Are excluded from this benefit those who only receive amounts in the name and for their use in strict accordance with the orders of third parties, whether by legal or contractual obligation (mere representatives or agents and also conduit companies, not covered by the Treaty), the latter being considered the beneficial owners of the income.

However, as the renowned British professor pointed out, the absence of a clear definition of the concept has led to a series of conflicting interpretations between countries, which often make use of their domestic law and domestic anti-avoidance rules and doctrines (such as the "substance over form"), in the search for the meaning of such a provision, greatly expanding its initial scope, and thus reaching the right to enjoy the benefits of the Treaty in legitimate situations.

The absence of a harmonious meaning to the concept of beneficial owner, including the difference, between common law and civil law countries, in the treatment of property and in the possibility of its division between the real right and the personal right to enjoy it, led, over the years, to a series of controversies, including among academics in the international doctrine, with the defense from the use of an exclusively legal concept, related to the verification of the control of the flow of capital (international fiscal meaning, as defended by the professor himself). Baker), to those who advocated an economic interpretation of the term, with the broadening of the spectrum of this anti-avoidance norm.

The OECD ended up promoting this controversy, starting in 2003, with the writing of the Comments to its Model, where it was emphasized that: "'The term "beneficial owner" is not used in a narrow technical sense, rather, it should be understood in its context and in light of the object and purposes of the Convention, including the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance." (OECD, 2003, § 12).

Professor Philip Baker pointed out that tax authorities in several countries have moved, based on this 2003 OECD commentary, to seek to broaden the anti-avoidance force of the beneficial owner, far beyond the limited scope for which it was originally created.

He also highlighted that a series of cases and judgments began to give this broader interpretation to the concept. The first of these cases was faced by the Court of

Appeal of the United Kingdom, called the "Indofood case"¹ – which, curiously, was not a tax dispute, but a commercial one – between this Indonesian company and the JP Morgan bank, with judgment in the United Kingdom and under English law (due to contractual stipulation). In such a case, very succinctly, it was concluded that it was unreasonable to demand from the company in Indonesia, unlike what JP Morgan understood, the constitution of a medium company, located in the Netherlands, to be entitled to the benefits of reduced income tax contained in in the Indonesia-Holland Treaty, on the interest remitted by Indofood in payment of a loan made by the Bank in question, after the end of the Indonesia-Mauritius Treaty, which previously benefited the operations involving the two parties, due to the structuring of a middle company in that country since the start of the adjustment.

On that occasion, even without technically going into the tax issue, due to lack of expertise, the Commercial Chamber of the Court of Appeal that analyzed the case decided that the Indonesian authorities would certainly consider the new treaty-shopping arrangement proposed by JP Morgan (via the Netherlands) as abusive, denying the benefits of the treaty in question to the operations in question.

The professor also recalled the "Prévost case"², judged by the Federal Court of Appeal of Canada, in 2009, where the Canadian tax authorities considered that Prévost Holding PV, a holding company resident in the Netherlands, was not the effective beneficiary of dividends paid by a Canadian company. This was based on the finding that there was a shareholders' agreement between the two partner companies of the aforementioned holding company in the Netherlands (in other countries not covered by the Treaty), establishing the distribution of at least 80% of dividends received from Prévost. The Canadian Federal Court of Appeal considered that the condition of beneficial owner of Prévost could not be disregarded, insofar as such holding company did not participate in the aforementioned agreement and, therefore, maintained full control over the dividends received from Canada, not being legally obliged to comply with the provision of the shareholders' agreement. It was not the case, therefore, as it was decided, of a vehicle company, contrary to what the tax authorities claimed, since control of the flow of capital remained in the hands of the holding company.

Baker also recalled that the OECD, realizing the controversy, tried to put the "genie back in the bottle", by releasing drafts for discussion, first in 2011 and later in 2012, the latter being more precise, in the sense that the effective and the correct interpre-

¹ Baker, P. "Beneficial Ownership: After Indofood", GIRC Review, Vol. VI No.1, available at http://taxbar.com/wp-content/uploads/2016/01/Beneficial_Ownership_PB.pdf. Consulted on May 13, 2022.

² Arnold, Brian J. , Chapter 3 The Concept of Beneficial Ownership under Canadian Tax Treaties, in *Beneficial Ownership: Recent Trends*, Brian Arnold, John F. Avery Jones, Phillip Baker, Yariv Brauner, Jakob Bundgaard, David Duff, Daniel Gutmann, Adolfo Martin Jimenez, Georg Kofler, Juan Lopez-Rodriguez, Rene Matteotti, Pasquale Pistone, Ekkehart Reimer, D.P. Sengupta, Daniel S. Smit, Fabian M. Sutter, Richard Vann, IBFD, 2013, pgs. 39-49, available at https://www.ibfd.org/sites/default/files/2021-06/Beneficial%20Ownership_Samplechapter.pdf. Consulted on May 13, 2022.

tation to be given to the beneficial owner should be restricted to identifying the effective controller of revenues (dividends, interest and royalties) and their flow, in order to deny the benefits of articles 10, 11 and 12 only to mere intermediaries (agents, intermediaries and conduit companies), without resorting to other more comprehensive anti-avoidance rules, applicable concurrently, when and if the case. The conclusions of that draft were incorporated into the OECD Comments in their 2014 version.

However, as highlighted by the professor, despite this clarification regarding the effective objective of the norm, it was not possible to “put the genie back in the bottle”, and cases continued to arise in which the concept of beneficial owner is debated more broadly, such as if this concept aimed to identify other figures of tax avoidance, fought by their own instruments for this purpose. In this sense, he cited the “Swiss Swaps”³ and the “Danish Beneficial Ownership cases”⁴.

After that and finalizing his exposition, Baker launched the following questions and provocations:

- Given the ongoing uncertainty over the meaning of “beneficial ownership”, and the introduction of the main purpose test, would it be best to do away with the beneficial ownership limitation completely?
- Is it too late?

The answer given by Baker himself was that, currently, after the BEPS Plan and all its measures to combat so-called abusive tax planning, the figure of the beneficial owner, despite its restricted anti-avoidance spectrum (as the OECD itself reaffirmed in 2012 and 2014), continues to generate controversy and could therefore very well be simply removed from the Treaties, applying, in all cases of suspected misuse of treaty benefits, only the Principal Purpose Test (PPT).

Błażej Kuźniacki

Then we had a lecture by Professor Błażej Kuźniacki, who recently wrote a very extensive work on the topic, which will soon be available in its English version, but who has prepared an article for us for our post-congress journal, condensing his conclusions.

Blazej began by highlighting the main points that would be covered by his presentation, where he proposed to establish whether or not there were impacts of some recent changes brought by the OECD in the understanding and application of the

³ Oktavia Weidmann, ‘Beneficial Ownership and Derivatives: An Analysis of the Decision of the Swiss Federal Supreme Court Concerning Total Return Swaps (Swiss Swaps Case)’, (2016), 44, *Intertax*, Issue 8, pp. 620-641, available at <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Intertax/44.8/TAXI2016051>. Consulted on May 13, 2022.

⁴ Sam Gommers, ‘Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases’, (2019), 28, *EC Tax Review*, Issue 6, pp. 270-299, available at <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/EC+Tax+Review/28.6/ECTA2019032>. Consulted on May 13, 2022.

concept of beneficial owner. The changes on which this analysis was made were as follows:

- New title and the new preamble of the OECD Model;
- The addition of the PPT (Art. 29(9)) to the OECD Model;
- The addition of the LOB (Art. 29(1)-(8)) to the OECD Model.

Starting with the Adjustments in the Commentary on BO, Blazej demonstrated, based on the OECD's own Comments, that the relationship to such adjustments must be made solely with the PPT clause, having no influence on the examination of the concept of beneficial owner.

Indeed, for this demonstration, Blazej recalled the wording of § 12.5 of the Commentary on Art. 10, from the OECD:

"The fact that the recipient of a dividend is considered to be the beneficial owner of that dividend does not mean, however, that the limitation of tax provided for by paragraph 2 must automatically be granted. This limitation of tax should not be granted in cases of abuse of this provision (see also paragraph 22 below). The provisions of Article 29 and the principles put forward in the section on "Improper use of the Convention" in the Commentary on Article 1 will apply to prevent abuses, including treaty-shopping situations where the recipient is the beneficial owner of the dividends. Whilst the concept of "beneficial owner" deals with some forms of tax avoidance (i.e. those involving the interposition of a recipient who is obliged to pass on the dividend to someone else), it does not deal with other cases of abuses, such as certain forms of treaty shopping, that are addressed by these provisions and principles and must not, therefore, be considered as restricting in any way the application of other approaches to addressing such cases."

Blazej then pointed out that, in his view, the Adjustments in the Commentary resulted in the "deletion of five anti-abusive treaty shopping solutions recommended by the OECD in the Conduits Report".

These solutions have been absorbed by the PPT: 1) The look-through approach; 2) The subject-to-tax approach; 3) The channel approach; 4) The bona fide safeguard clauses; and 5) The limitation-of-benefits approach.

And concluded "BO has never meant to replace them and with PPT it is obvious".

Subsequently, our panelist continued, with scientific precision, to separate the figure of the beneficial owner and its correct interpretation, according to the OECD's own guidelines, from the other changes brought by the same OECD, from its new approach with the objective of reinforcing the combating abusive tax planning, which began in 1998, with its report "Harmful tax competition: an emerging global Issue"⁵, and which later culminated in the BEPS Plan. Therefore, it analyzed "The new title of

⁵ OECD, Organization for Economic Co-operation and Development. "Harmful tax competition: an emerging global issue", 1998. Available at <https://www.oecd.org/tax/harmful/1904176.pdf>. Consulted on May, 13, 2022.

the Model Convention, which brought, as an objective, in addition to the "elimination of double taxation with respect to taxes on income and on capital", the second objective of "prevention of tax evasion and avoidance".

And in this sense, Professor Blazej demonstrated his conclusion that "there is no link between this change in the title and the concept of BO", "such link is in respect of the PPT and other antiabusive changes to the OECD Model", "BO does not have in its wording anti-abusive premises" and, "the mere titles are too general and remote to have a decisive or even sufficiently significant impact on the understanding of the concept of BO".

In the same vein, their conclusions were based on the analysis of the new preamble of the OECD Model Convention, which sets out the objectives of the Treaties to avoid double taxation "without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance (including through treaty). -shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this Convention for the indirect benefit of residents of third States)". For him, § 1 to Art. 29 of the Model Convention, according to the OECD's own comments, "signifies the interpretative role of the new preamble to PPT and LOB, not BO". Thus, "Beyond PPT/LOB, direct impact only on interpretation of Art. 23, but not on BO. He continued, "Double non-taxation or reduced taxation through tax avoidance should be prevented by the PPT/LOB rather than BO. BO covers only agents and nominees and suchlike. An anti-abusive amplifying effect on BO would disrupt the demarcation line between BO and the PPT. It will also require to 'add' the premises from the PPT to BO"

Reinforcing his conclusions, when analyzing the changes brought about by the PPT, Blazej clarifies that "the PPT is a typical general anti-abuse rule which targets all forms of treaty abuse;" Thus, according to "§ 175 Comm. to Art. 29(9): the PPT covers 'limitations on the taxing rights of a Contracting State in respect of dividends, interest or royalties arising in that State, and paid to a resident of the other State (who is the beneficial owner) under Article 10 , 11 or 12.". Therefore, "The PPT, rather than the concept of BO, addresses all abusive conduit cases". It thus concludes that "The addition of the PPT considerably reduces the antiabusive scope of BO. Only potential abusive practices via agents and nominees, i.e., a rule clarifying the allocation of income to the taxpayer than as a narrowly applied antiabusive concept".

Regarding the LOB clause, Blazej established the following reasoning and logical conclusions: "BO may apply only to a person entitled to treaty benefits under the LOB. Once an entity has a nexus with its resident country (RC) strong enough to qualify to treaty benefits under the LOB, it is unlikely that the entity is engaged in abusive treaty shopping. Even if such an entity is engaged in abusive treaty shopping, it is very unlikely that BO will prevent this practice; rather the PPT will do the job".

At the end of this brilliant and logical lecture, a glimpse of what we can expect on the subject of his latest book on the beneficial owner, these were Professor Blazej's conclusions:

- "Far-reaching antiabusive changes to the OECD MTC in 2017 without changing the wording of BO significantly reduced its antiabusive scope
- Seemingly the OECD had become aware of the normative inadequacy of BO in preventing abusive treaty shopping in general
- With the PPT/LOB in the OECD Model, BO has become an obsolete and redundant concept that will continue to trigger lengthy litigations, disturbing the stable and predictable functioning of tax treaties
- It would be best to delete it from the OECD Model/IRD, which is unlikely since the OECD and the EU are very busy redesigning the international tax regime via Pillars One and Two"

Professor Blazej, like Professor Baker before him, understands that the beneficial owner clause seems to have been an error by the OECD, given the multiplicity of possible interpretations and the generalized legal uncertainty resulting therefrom, incompatible with what should be expected from Treaties to avoid double taxation.

This error, despite being recognized or not (which is unlikely), seems to have now been largely overshadowed by the other anti-avoidance measures inaugurated by the OECD after the BEPS Plan, which, although dealing with other measures, as the two expositions, ended up conferring a much broader power of control of the tax authorities over the tax planning considered abusive, being no longer necessary to distort or expand the concept of beneficial owner, as these authorities now have much more powerful instruments for this task.

João Félix Nogueira

Then, in this thought-provoking debate, we had the participation of Professor João Félix Nogueira, Professor at the Universidade Católica Portuguesa, who, like the other panelists, has already looked at the topic at length, especially in the "Opinion Statement ECJ-TF 2/ 2019"⁶, published by Tax Advisers Europe, together with other famous authors, on the so-called Danish beneficial ownership cases and others.

Professor João brought a very interesting vision to the debate, by proposing the use of the concept of beneficial owner as an anticipation (like a Precog, from the film *Minority Report*), where beings with special abilities would have a vision of future crimes and allow, thus, the control and prevention of these crimes, an idea that we will detail later.

Before going into this proposal, the Portuguese professor pointed out that the B.O. brings and will bring questions and different interpretations for many years, for the following reasons:

⁶ Available at https://taxadviserseurope.org/new_aghency/wp-content/uploads/2019/06/ECJ-TF_2-2019_Beneficial-Ownership.pdf. Consulted on May 13, 2022.

- The concept of B.O., simple and with only two words, has always been regulated, by the OECD, through its comments on the Model Convention, never by norms. Thus, in addition to the concept not being clear enough, the comments themselves have apparently conflicting versions, one from 2003, with the apparent authorization of investigation of abuse of the treaty, and another from 2014, more restrictive. And both versions of the comments are not, in principle, binding on countries that use the OECD model.
- The literal interpretation of the term beneficial owner has different interpretations in the two official languages of the Treaties, English and French.
- Even if the observance of the OECD Comments were to be attributed a binding character, in any case, there will still be the possibility of interpretation, by the tax authorities, according to the so-called static interpretation of the Treaties, in a differentiated way, with regard to Treaties signed in the aegis of the 2003 Comments, compared to the interpretation attributed to the Treaties signed after the version of the 2014 Comments.
- Several countries, such as Spain and Portugal, require compliance with their own procedure for the application of the B.O, while the clause of the OECD Model does not require it.
- The B.O. it is not a general anti-avoidance clause, thus not allowing the examination under the approach of abuse of treaties, although the general clauses allow it, which leads several tax authorities, legitimately or illegitimately, to seek to mix the figures of the B.O. and other anti-abuse clauses contained in the treaties, such as the PPT for example.
- We currently have, in relation to the B.O., what was designated by the professor as a "linguistic osmosis", when famous cases of decision on anti-abuse clauses, the so-called "Beneficial Ownership Danish cases", despite the name, were not actually decided based on the B.O. but based on the General Principle of prohibition of abusive practices of European Law, causing confusion and further contributing to the extensive interpretation of the term B.O.

Therefore, João Félix Nogueira's proposal would be for the OECD to work on densifying the B.O. standard, in order to add (to the standard Model and not only in the comments) objective tests to determine the actual holder and controller of the transferred capital as dividends, interest and royalties, which would lead to the creation of a true "precog B.O.", through binary questions (yes or no) in relation to the following questions: Who receives the income is its effective controller/owner, or is it an agent or intermediary? Does the income received oblige the recipient to make any legal or contractual transfer (even if in different percentages, even in different fiscal years) ? If the transfer recipient does not make the transfer, does he violate any legal or contractual obligation?

Through this densification of the norm, Professor João believes that the figure of the B.O. may still make sense and be useful, although I recognize that its spectrum of use is greatly reduced after the implementation of other anti-abuse figures, such as the PPT clause, with which it should not be confused.

Patricia A. Brown

Moving forward, we had the presentation by Professor Patricia A. Brown, Inter-Regional Advisor on Tax Matters of the United Nations, who highlighted the use of the prevailing doctrine in the United States of America, of "substance over form", and also the perspective of authorities and the tax planner, in the search for ways to take advantage of the benefits of the Treaties to avoid double taxation. Therefore, it analyzed the issue of the beneficial owner from the perspective of recent leading cases on the subject, where there was the use, by taxpayers, of legal instruments and legal transfer structures called hybrids, increasingly common in international tax planning, given its complexity and the possibility of different qualifications between the different countries involved, with the generation of deductibilities in the income tax calculation base in one country and non-taxation in another.

Patricia started her presentation with the definition of what hybrid transfers would be, according to BEPS ACTION 2:

- definition: any arrangement to transfer a financial instrument Where the laws of the two jurisdictions take opposing views on who is the owner of the return on the underlying asset
- Desired result: Deduction/no income (D/Ni) because one country views the transaction as debt and the Other in accordance with its form
- Desired Benefit for Dividends: participation exemption, foreign tax credit, imputation benefits, Other exclusion

He also clarified what would be the prevailing position in countries on such situations of double non-taxation or undesired reduction of taxation: "deny deductions or, if not, then deny benefit for dividends", noting that "note, these generally are not treaty-based remedies", that is, countries faced with such situations will seek a remedy for this unwanted non-taxation based on their local or local case laws.

Next, Patricia Brown commented in detail on the leading case involving the Bank of Scotland, judged on December 29, 2006, by the Council of State ("Conseil d'Etat"), the highest body of administrative jurisdiction in France⁷. The case dealt with the establishment of usufruct of shares, for a period of three years, and upon payment in a single installment, of preferred shares issued by a wholly-owned subsidiary resident in France, of the company Marion Merrew Dow AS, to the Bank of Scotland, which al-

⁷ Gutmann, Daniel, Beneficial ownership as anti-abuse provision: the Bank of Scotland case, in Beneficial ownership: recent trends, Amsterdam, IBFD, 2013, p. 167-173.

lowed the Usufructuary bank (and thus guaranteed to receive preferential dividends, as a form of payment for a loan made to Merrew in the United States) to use a double taxation agreement between France and the United Kingdom, to take advantage of a reduced tax rate income tax of 15%, compared to the 25% tax rate provided for in French domestic law, on the remittance of dividends from the first country.

The structure was considered by the French tax authorities and the highest administrative judgment body as abusive tax planning, as it is understood that the usufruct agreement concealed a loan from the bank to the American unit of Merrew, directly reimbursed through dividends paid by its subsidiary. French. For the Board of Directors of France, the "beneficial beneficiary" of the dividends would be Merrew in the United States and not its French subsidiary, assigned as responsible for remunerating the loan granted. As it does not have the status of "beneficial owner", Bank of Scotland would be subject to the difference between the maximum rate provided for in the double taxation agreement (15%), to which it would not be entitled, and the rate established in French domestic law (25 %). The court took into account in its analysis the fact that the contractual clauses of the usufruct of shares assure the bank, in an unusual way, the elimination of its risks in this type of operation, through the establishment of the right to receive from Merrew in the United States a compensation equivalent to the amount of dividends that were not distributed, in addition to the possibility of selling the usufruct back to Merrew, if the results of the French subsidiary were lower than the amounts necessary for the repayment of the loan.

"The "Bank of Scotland case" thus demonstrates the willingness of the French court to identify the "beneficial beneficiary" of the income from a certain "substance-over-form approach" (GIBERT; OUAMRANE, 2008, p. 8). Regarding the decision, it is said that the Council of State, adopting a "factual/economic approach" typical of "substance-over-form doctrines" to disregard the usufruct of shares and qualify it as a loan, would have identified the "beneficial owner" a very broad "anti-avoidance clause" (JIMÉNEZ, 2010, p. 47). After all, Bank of Scotland, in addition to not having acted as a third-party agent or representative – in what would be within the scope traditionally attributed to the "beneficial owner" in the OECD Model Comments –, had the full right to use and enjoy the dividends received, without any obligation to remit them to others (GUTMANN, 2013a, p. 171). Ignoring a restricted reading of the notion, the Council attributes to the "beneficial owner" a content of another order: associated with an analysis from a "factual or economic point of view, inherent to the doctrines of the substance sobre la forma", the court transformed the concept in a broad "anti-abuse clause that allows attacking treaty-shopping assumptions" (LOSADA, 2013, p. 269-270)⁸.

⁸ Calicchio Barbosa, Mateus, The Beneficial Owner in the OECD Model: Back to the future? in Current International Tax Law Journal, n° 02, IBTD, p. 125-127 – 2017 <https://www.ibdt.org.br/RDTIA/wp-content/uploads/2017/12/Mateus-Calicchio-Barbosa.pdf> . Consulted on May 13, 2022.

Patricia Brown also commented on the recommendations of the US Chief Counsel on the topic involving transfers through hybrid instruments (ILM 200645018 (US Chief Counsel Advice⁹):

- Form of Transaction: preference share with 10-Year mandatory redemption; put and call options;
- Us co and us sub are part of a consolidated group; internal dividend is eliminated on consolidation; it doesn't matter whether debt is incurred at level of parent or subsidiary;
- Desired Benefit for Dividends: foreign tax credit for taxes paid by US Sub;
- IRS denied interest deduction and benefit of exemption from withholding tax under interest article of relevant tax treaty.

Finally, it brought the Westpac banking Corporation case, judged in October 2019, by the High Court of New Zealand and Auckland, and later subject to an agreement by the bank, also involving the use of hybrid instruments, in this case the issue and purchase of shares. preferred shares, whose dividends were paid and considered by the established jurisdictions as liable for both loans, therefore, deductible in the calculation of local income tax. Meanwhile, dividends received in New Zealand were treated as capital income and, therefore, exempt from tax, which, in the view of the tax authorities of that country, enabled the commercial operation as a whole, having been practiced solely for the purpose of generation of a benefit undesired by the Treaty, which is the reason for its disregard.

After exposing the aforementioned cases, Patrícia concluded that "Beneficial ownership is not a good way to attack these transactions because it provides certainty to tax planners to develop new arbitrage transactions". Therefore, the most effective from the point of view of ascertaining the correct application of the Treaty clauses to their desired beneficiaries would be "Apply general anti-abuse rules or specific anti-abuse rules to either deny deductions or deny dividend benefits".

Jennifer Roeleveld

Last but not least, we had the exhibition by Jennifer Roeleveld, a professor at the University of Cape Town, who began her exhibition with the aim of answering the following question, "Is beneficial ownership - a concept that can be more universally understood or has it morphed into something else post BEPS?"

⁹ Office of Chief Counsel Internal Revenue Service, ILM 200645018, Release Date: 11/10/06, from: Elizabeth U. Karzon, Chief, Branch 1, Office of Associate Chief Counsel (International) <https://www.taxnotes.com/research/federal/irs-private-rulings/legal-memorandums/interest-payment-may-be-recharacterized-as-dividend/1fg5s>. Consulted on May 13, 2022.

Para maiores detalhes, <https://tpcases.com/new-zealand-vs-westpac-banking-corporation-february-2009-high-court-case-no-ca624-07/>. Consulted on May 13, 2022.

To this end, Jennifer resumed the historical context previously exposed by the other panelists, highlighting the academic and jurisprudential controversy on the subject, paraphrasing Charl Du Toit (IBDF Bulletin 2021), when referring to beneficial ownership as “one of the most well known undefined terms of the Treaties to avoid double taxation”, with the consequent difficulty of attributing a univocal meaning to the term, a factual or economic substance test or a Legal test should be sought, even more so in view of the different treatment that the matter has in legal systems who follow Common law states versus those who have a Civil law system. She also highlighted the role of the OECD in this discussion, based on his comments in 2003, as mentioned above.

Jennifer also brought comments on the matter from several authors, such as:

- Charl Du Toit (2021) – Why not use another term
- John Avery Jones (2006) – Never should have been incorporated in treaties
- Robert Danon (2020) – Should get rid of BO as the PPT capable of addressing the conduit company problem holistically
- Johann Hattingh (2019) – Common law countries will not find clarity in any case law
- Martin Jiménez (2020) – History of BO unfortunate
- Richard Vann (2012) – Sole purpose of the term – should be the exclusion of custodians and persons in a similar situation from treaty protection in their own right

After that, Professor Jennifer went on to explain how South Africa, as a Common Law country, deals with the issue, specifying that the term beneficial owner has no definition per se, with regulation only referred to in the Act 2008, when used in relation to a company's securities, meaning the right or entitlement of a person, through ownership, agreement, relationship or otherwise, alone or together with another person to:

- a) Receive or participate in any distribution in respect of the company's securities
- b) Exercise or cause to be exercised. In the ordinary course, any or all of the rights attaching to the company's securities or
- c) Dispose or direct the disposition of the company's securities, or any part of a distribution iro the securities. (excludes holdings in unit trusts or CIS)

On the other hand, the Financial Intelligence Center Act 38 of 2001- amendment proposed to incorporate the concept of beneficial owner (2022), addresses the issue as follows:

- “Beneficial owner iro a legal person means a natural person who, independently or together with another person, directly or indirectly: a) Owns the legal person; or b) Exercises effective control of the legal person”

The Johannesburg Stock exchange (JSE) requirements listing establishes the Beneficial owner in relation to a security means the person or entity holding any one or more of: (i.) the de facto right or entitlement to receive any dividend, interest or other income payable in respect of that security; and/or, (ii.) the de facto right or entitlement to exercise or cause to be exercised, in the ordinary course of events, any or all of the voting, conversion, redemption or other rights attached to such security; and/or, (iii). the de facto right or entitlement to dispose or cause the disposal of the company's securities or any part of a distribution in respect of the securities.

Subsequently, after recalling cases of application of the concept of beneficial owner, this part concludes by saying that "Legal approach is more likely in South African courts", expressing its opinion, however, that:

- "Not sure we need a precise definition- it seems cannot be done"
- No evidence to suggest that the general global understanding of beneficial ownership has led to treaty shopping.
- Full disclosures under the various organizations collecting and/or exchanging information seems to be the determinants for revealing beneficial ownership without having to have a subjective debate.

This is the summary of the issues discussed in this interesting panel, in which I had the honor of working as a mediator. I thank IBDT once again for the opportunity.

Impact of Major Post-BEPS Changes to the OECD Model and Commentary on the Understanding and Application of the Concept of Beneficial Ownership¹

Błażej Kuźniacki

1. Introduction

Despite more than 50 years of attempts by the OECD to clarify the concept of beneficial ownership/ beneficial owner (BO), its meaning and scope remains ambiguous and unresolved, not only among tax authorities and courts, but also among scholars.² All this is detrimental to the stable and predictable functioning of tax treaties for several decades and more recently for the Council Directive 2011/96/EU of 30 November 2011 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States (hereinafter the 'PSD'³) and Council Directive 2003/49/EC of 3 June 2003 on a

¹ This study is largely based on the author's research published in the section 2.XII of the following book: Kuźniacki, Błażej, *Beneficial Ownership in International Taxation* (Elgar Edward Publishing 2022).

² Oliver, David, et al., 'Beneficial Ownership and the OECD Model', (2001) *Brit. Tax Rev.* 1, 27 et seq.; Vogel, Klaus, 'On Double Taxation Conventions preface to arts. 10-12' in: Vogel, Klaus (ed.), *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions: A Commentary to the OECD-, UN- and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation on Income and Capital*, (1997) Kluwer Law International, §§ 5-14; Van Weeghel, Stef, *The Improper Use of Tax Treaties*, (1998) Kluwer Law International, 64 et seq.; Du Toit, Charl, *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties* (1999), IBFD; Walsler, J., 'The Concept of Beneficial Ownership in Tax Treaties' in: *The OECD Model Convention – 1998 and Beyond: Proceedings of a Seminar held in London in 1998 during the 52nd Congress of the International Fiscal Association* (2000), Kluwer Law International; Baker, Philip, *Double Taxation Conventions art. 10*, (2000) Sweet & Maxwell, § 10B-09 et seq.; Pijl, Hans, 'Beneficial Ownership and Second Tier Beneficial Owners in Tax Treaties of the Netherlands', (2003) 31 *Intertax*, 353-61; Danon, Robert, *Switzerland's Direct and International Taxation of Private Express Trusts*, (2004) Schulthess, 296 et seq.; Wheeler, Joanna, 'The Attribution of Income to a Person for Tax Treaty Purposes', (2005) 59 *Bull. Intl. Fisc. Docn.*, 478-479; Wheeler, Joanna, 'General Report' in: *Conflicts in the Attribution of Income to a Person*, (2007) IFA Cahiers vol. 92b; Bernstein, J., 'Beneficial Ownership: An International Perspective', (2007) 47 *Tax Notes Intl.* 17, 1211-1216; De Broe, Luc, *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study Under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law in Relation to Conduit and Base Companies* (2008) IBFD 654 et seq.; Jiménez, Adolfo Martín 'Beneficial Ownership: Current Trends', (2010) 2 *World Tax J.* 1, 35 et seq.; Lang, Michael, et al. (eds), *Beneficial Ownership: Recent Trends*, (2013), IBFD; Meindl-Ringler, Angelika, *Beneficial Ownership in International Tax Law*, (2016), Kluwer Law International; Danon, Robert, 'Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the Policy Shift and Impact of the Principal Purpose Test for MNE Groups', (2018) 72 *Bull. Intl. Taxn.*, 31 et seq. Danon, Robert, 'Tax treaty abuse from a Swiss perspective: Current state of affairs, uncertainties and future perspective' in: G. Raphaël, A. Rachat Pauchard (eds), *Au carrefour des contributions: Mélanges de droit fiscal en l'honneur de Monsieur le Juge Pascal Mollard*, (2020) Stämpfli, 413-446; Jiménez, Adolfo Martín 'Beneficial Ownership' in: Vann, Richard, (eds.), *Global Tax Treaty Commentaries* (2020) IBFD.

³ Official Journal of the European Union, L 345/8, 29 December 2011.

common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States (hereinafter the 'IRD').

The worldwide spread of the concept of BO's negative impact on the effectiveness of tax treaties and the European Union (hereinafter 'EU') directives beg the following question – where are we today when it comes to understanding and applying the concept of BO? And most central question for this study – what is the impact of major post-BEPS changes to the OECD model and Commentary on the understanding and application of the concept of BO?

2. Background to the analysis

An in-depth and comprehensive analysis of the origin and evolution of the concept of BO under tax treaties allows us to conclude that this concept very early on entered into a vicious circle that undermines its clear and uniform understanding and application. Since the inception of the concept of BO under tax treaties, its meaning and function have been blurred. The lack of sufficiently consistent and precise clarification of that concept by the OECD did not help. Although the OECD most likely had good intentions while introducing the concept of BO to the OECD Model in 1977 and then trying to clarify it in the Commentaries and Reports, these intentions did not bring good results. The application of that concept paved the way to hell, full of disputes between the tax authorities and the taxpayers around the world, to the detriment of the stable and predictable functioning of tax treaties.⁵

Although the most sensible solution after the unsuccessful attempts of the OECD to clarify the meaning of the concept of BO for decades, especially by controversial the 2003 antiavoidance amendments to the Commentary, appeared to be eradicating the concept of BO from the OECD Model, the OECD entered another round of amendments to the concept of BO in the Commentary to the OECD Model in 2014, preceded by two rounds of public consultations. The analysis of the amendments to the 2014 version of the Commentary showed that the alleged antiabusive role of the concept of BO, and thus the scope of intermediaries excluded from the circle of beneficial owners, appears to be significantly reduced in comparison to its 2003 version.⁶ This mainly follows from narrowing down the scope of the concept of BO only to the qualified obligations⁷ and explaining its relationship to treaty measures and domestic antiabusive measures so that it applies first, and without reducing the scope of application of those measures.⁸

⁴ Official Journal of the European Union, L 157/49, 26 June 2003.

⁵ For the relevant research see Kuźniacki (n 1) Chapter 2.

⁶ Ibid secs. 2.IX-XI.

⁷ §§ 12.4, 10.2 and 4.3 of the Commentary to Artt. 10, 11 and 12, respectively.

⁸ §§ 12.5, 10.3 and 4.4 of the Commentary to Artt. 10, 11 and 12, respectively.

In 2017, the Commentary went almost untouched on the concept of BO, apart from minor changes that were dictated by the far-reaching antiabusive changes to the OECD Model as a result of the implementation of BEPS Action 6, most importantly the addition of Art. 29, which includes the LOB clause in §§ 1-8 and the PPT in § 9. Consequently, §§ 12.5, 10.3 and 4.4 of the Commentary to Artt. 10, 11 and 12⁹ respectively, refer to the new Art. 29 (the LOB clause and the PPT) and the antiabusive principles put forward in the Commentary to Art. 1 ('Improper use of tax treaties').¹⁰ In addition, the mentioned passages of the Commentary in 2017 indicated that the concept of BO does not deal with 'other cases of abuse', rather than, as the 2014 version of the Commentary explained, with 'other cases of treaty shopping'. Again, this change was not made to add or subtract any meaning from the concept of BO *per se*, as it was driven solely by the fact that in 2014 the PPT had not been added to the OECD Model. Since this rule aims to address all forms of treaty abuse, not just abusive treaty shopping,¹¹ it was logical to replace the seemingly narrower phrase 'other cases of treaty shopping' with the broader 'other cases of abuse'.

Still, the OECD took a much more careful approach in claiming that the mere interpretation of tax treaties and/or domestic anti-tax avoidance measures (i.e. anti-abuse rules and doctrines) may be used to prevent treaty abuse in comparison to the 2003 version of the Commentary, i.e. this concerns tax treaties in which the PPT is not included. This time the OECD warns that in such cases the application of domestic anti-tax avoidance measures 'raises the issue of possible conflicts with treaty provisions, in particular where treaty provisions are relied upon in order to facilitate the abuse of domestic law provisions (e.g. where it is claimed that treaty provisions protect the taxpayer from the application of certain domestic anti-abuse rules).'¹² In general, the OECD explains that there will be no conflict with the tax treaty provisions to the extent that the mere interpretation of tax treaties or the application of domestic anti-tax avoidance measures leads to a denial of treaty benefits 'in the same circumstances in which' the treaty benefits would be denied under the PPT, or, in the case of a treaty that does not include the PPT, under the guiding principle in § 61 of the Commentary.¹³ In the

⁹ All references in this section are made to the 2017 version of the Commentary and the relevant numbering of its §§, unless otherwise indicated.

¹⁰ These principles are included in §§ 57 et seq. of the Commentary to Art. 1. They include 'a guiding principle', domestic general anti-abuse rules, substance-over-form and economic substance doctrines.

¹¹ BEPS Action Plan No. 6, §§ 19, 24, 26 and 27.

¹² § 67 of the Commentary to Art. 1.

¹³ §§ 74, 77, 79 of the Commentary to Art. 1. In fact, the OECD says in § 169 of the Commentary to Art. 29(9) that the PPT 'mirrors the guidance in paragraphs 61 and 76 to 80 of the Commentary on Article 1'. Similarly to the OECD's views that the changes to the concept of BO only clarified that concept in 2003 (see Kuźniacki (n 1) ssec. 3.IX.A), here the OECD wanted to convince the CSs

end, the OECD urges its member countries to ‘carefully observe the specific obligations enshrined in tax treaties to relieve double taxation as long as there is no *clear evidence* that the treaties are being *abused*.’¹⁴

Apparently, the OECD articulated these methodologies and warnings not only to ensure a treaty-compatible way of preventing abuses, and thus avoiding any incompatibility with the principle *pacta sunt servanda* in Art. 26 of the VCLT,¹⁵ but also to encourage all CSs (i.e. not only OECD members) to include the PPT in their tax treaties. This would safeguard the success of BEPS Action 6 via its implementation under the MLI, in particular to meet the minimum standard to prevent treaty abuse, which requires CSs to change in their tax treaties titles and add to them the new preambles and the PPT.¹⁶

In theory, the minimum standard can also be met without adding the PPT, but then things start to be very complicated. In such cases, the minimum standard may be met only by the addition of a comprehensive and detailed LOB clause, supplemented by a mechanism that would deal with conduit arrangements not already dealt with in tax treaties.¹⁷ In practice, because the simplest way, and the one that gives the tax authorities the most discretion in its application, is to add the PPT to tax treaties, it is the PPT that has been chosen by all signatories to the MLI to meet the minimum standard under BEPS Action 6, i.e. 95 countries and jurisdictions so far.¹⁸ By contrast, although the LOB clause has been chosen by a small number of CSs via the MLI (so far only 12), the system of options and

that the PPT-styled prevention of treaty abuse could be applied even in treaties without the PPT, hence mainly before 2017, insofar as the interpretation of tax treaties is in line with ‘the guiding principle’. This interpretative approach of the OECD is, however, questionable, because they are important differences between the PPT and the guiding principle that could not be ignored for the purposes of treaty interpretation and application in accordance with the canons of their interpretation. Kuźniacki, Błażej ‘The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application’ (2018) 10 *World Tax Journal*, 246-250; Moreno, Andrés Báez ‘GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6?’ (2017) 45 *Intertax* 436; De Broe, Luc and Luts, Joris ‘BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse’ (2015) 43 *Intertax* 132; Lang, Michael ‘BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties’ (2014) 74 *Tax Notes International* 658-659.

¹⁴ § 80 of the Commentary to Art. 1.

¹⁵ § 70 of the Commentary to Art. 1.

¹⁶ BEPS Action Plan No. 6, § 22.

¹⁷ *Ibid.* This mechanism includes ‘a treaty rule that might take the form of a PPT rule restricted to conduit arrangements or domestic anti-abuse rules or judicial doctrines that would achieve a similar result’. The minimum standard can also be met by adding the PPT and the simplified LOB clause to tax treaties, but the addition of such a LOB clause is not necessary to complete the minimum standard. Adding the PPT together with the new title and preamble to tax treaties is sufficient for this.

¹⁸ See the full list: *Signatories and Parties to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, status updated as of 21 June 2021, <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-ml-signatories-and-parties.pdf>.

reservations on which most of the CSs that chose the LOB clause decided to rely means that the effective scope of application of that clause is currently negligible, i.e. less than three per cent of all tax treaties that have been submitted for amendments in accordance with the procedure set by the MLI.¹⁹ In practice, therefore, the PPT is currently and will probably continue to be, of the greatest importance in preventing abuses under tax treaties worldwide.²⁰

Presumably as a result of adding the PPT to the OECD Model, five anti-abusive treaty shopping solutions recommended by the OECD in the Conduits Report: 1) the look-through approach; 2) the subject-to-tax approach; 3) the channel approach; 4) the bona fide safeguard clauses; and 5) the limitation-of-benefits approach,²¹ were deleted from the Commentary in 2017. As mentioned earlier,²² this deletion implies that these solutions are replaced by the PPT, which comprehensively and exhaustively deals with all types of treaty abuse, including abusive: (1) treaty shopping, (2) rule shopping and (3) circumventions of domestic tax law by relying on the treaty as a shield against domestic anti-tax avoidance measures.²³ This deletion also means that applying those five solutions after 2017 for the purposes of interpreting and applying the concept of BO by the tax authorities and courts is clearly at odds with the Commentary.²⁴ That is to say, these solutions have been absorbed by the PPT, which constitutes a separate and stand-

¹⁹ OECD, *MLI Database – Matrix of options and reservations*, current status as of 21 June 2021, <http://www.oecd.org/tax/treaties/mli-database-matrix-options-and-reservations.htm>.

²⁰ For an in-depth analysis of what this implies and the direction it may take and how the PPT could be understood and applied, see: Kuźniacki, Błażej ‘The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application’ (2018) 10 *World Tax Journal*; Van Weeghel, Stef ‘A Deconstruction of the Principal Purposes Test’ (2019) 11 *World Tax Journal*; Danon, Robert ‘The PPT in Post-BEPS Tax Treaty Law: It Is a GAAR but Just a GAAR!’ (2020) 74 *Bulletin for International Taxation*. A notable exception from adding and applying the PPT under tax treaties is the US. This country has a long-standing tradition of including and applying comprehensive and detailed LOB clauses in concert with domestic anti-conduits provisions that altogether are designed to prevent treaty abuse in a precise and exhaustive manner. Hence, it is argued that the US met the minimum standard as set by the OECD under BEPS Action 6 without acceding to the MLI, which was a very pragmatic solution that avoid engaging the US Senate in the process of ratifying this multilateral treaty. This argument, however, is slightly dubious. See more: Herzfeld, Mindy ‘US Perspectives on the Multilateral Instrument’ (2018) 46 *Intertax* 80-85; Avi-Yonah, Reuven and Mazzoni, Gianluca ‘BEPS, ATAP, and the New Tax Dialogue: ¿A Transatlantic Competition?’ (2018) 46 *Intertax* 885-905.

²¹ The Conduits Report, §§ 21-42.

²² Kuźniacki (n 1) ssec. 1.IV.B *in fine* and 3.V.B.4 *in fine*.

²³ BEPS Action 6 §§ 19-24. See more: Kuźniacki, Błażej ‘The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application’ (2018) 10 *World Tax Journal* 234-238; Van Weeghel, Stef ‘A Deconstruction of the Principal Purposes Test’ (2019) 11 *World Tax Journal*, sec. 1; Danon, Robert ‘The PPT in Post-BEPS Tax Treaty Law: It Is a GAAR but Just a GAAR!’ (2020) 74 *Bulletin for International Taxation*, sec. 1.

²⁴ Kuźniacki (n 1) ssec. 1.IV.B *in fine* and 3.V.B.4 *in fine*.

alone antiabusive rule that cannot be merged with the concept of BO to any extent for the purpose of applying that concept under tax treaties.²⁵

Accordingly, the mentioned changes to the Commentary in 2017 were solely motivated by antiabusive additions to the OECD Model. Still, it is unconceivable that such far-reaching changes in the OECD Model and the Commentary do not influence the logic and the meaning of the concept of BO at all. At the very least the following key questions arise: what impact does the amendment of the title and the addition of a new preamble to the OECD Model have on the interpretation of the concept of BO?, what impact does the addition of the PPT and/or the LOB clause to Art. 29 of the OECD Model have on the understanding and application of the concept of BO?, what role now remains for that concept? and will it 'move from useless to obsolete'?²⁶ The following sections include analysis aimed at providing answers to these questions.

3. Impact of the new title and the new preamble of the OECD model on the understanding and application of the concept of BO

The title to the 2017 version of the OECD Model is 'Convention between (State A) and (State B) for the elimination of double taxation with respect to taxes on income and on capital and *the prevention of tax evasion and avoidance*'. By comparison, previous versions had the much shorter title 'Convention between (State A) and (State B) with respect to taxes on income and on capital', followed by a footnote stating that 'States wishing to do so may follow the widespread practice of including in the title a reference to either the avoidance of double taxation or to both the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion.' Thus, in the previous versions of the OECD Model, even taking into account the mentioned footnote, there was no reference in its title to the prevention of tax avoidance.²⁷ Since tax evasion and tax avoidance are two different legal phenomena, in principle, with completely different legal qualifications and consequences,²⁸ there very little, if anything, in the titles of tax treaties before 2017 to suggest

²⁵ Cf. §§ 12.5, 10.3 and 4.4 of the Commentary to Artt. 10, 11 and 12 respectively.

²⁶ Cf. Gutmann, Daniel 'The 2011 Discussion Draft on Beneficial Ownership: What Next for the OECD?' in: Lang, Michael et al., eds., *Beneficial Ownership: Recent Trends* (2013) IBFD Chapter 21 *in fine*.

²⁷ Interestingly, the US Model still does not include such a reference in its title: 'Convention Between the Government of the United States of America and the Government of __ for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Tax Evasion with Respect to Taxes on Income'. Internal Revenue Service, *United States Model Income Tax Convention* (2016), (hereinafter the 'US Model' (2016)), <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Treaty-US%20Model-2016.pdf>. In addition, although the preamble to the US Model (2016) refers to tax avoidance ('without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance'), the US tax treaties do not seem to be following this lead yet. Herzfeld, Mindy 'US Perspectives on the Multilateral Instrument' (2018) 46 *Intertax* 85.

²⁸ Even if the aim of these two phenomena usually coincides, i.e. the minimization of taxation, the way of achieving this aim is very different. Taxpayers do not conceal from the tax authorities the

that they aim to prevent tax avoidance. Their references to tax evasion (if any), in turn, are of no bearing to the understanding and application of the concept of BO, since that concept has nothing to do with tax evasion.²⁹

The vast majority of tax treaties concluded before 2017 that have not been changed have in their title references to the elimination of the double taxation of income without any reference to tax avoidance. This may reinforce the understanding and application of the concept of BO as a rule for the allocation of income to the taxpayer, insofar as this best serves the elimination of double taxation of income from dividends, interest and royalties.³⁰ Any reinforcement of the anti-tax avoidance perception of the concept of BO in tax treaties changed or concluded after 2017 in line with the new title, as cited above, is questionable. First, there is no link between this change in the title and the concept of BO, while there is in respect of the PPT and other antiabusive changes to the OECD Model. Second, as mentioned many times above, the concept of BO does not have in its wording antiabusive premises (including also abusive anti-tax avoidance premises, which is basically the same thing).³¹ For both interpretative results, however, the mere titles are obviously too general and remote to have a decisive or even sufficiently significant impact on the understanding and application of the concept of BO. Does this mean we must turn to the preambles?

The new preamble to the OECD Model, also included in Art. 6(1) and (3) of the MLI, reads as follows:

(State A) and (State B),

Desiring to further develop their economic relationship and to enhance their cooperation in tax matters,

Intending to conclude a Convention for the elimination of double taxation with respect

information they are obliged to disclose in tax avoidance. They also do not falsify documentation forming the basis for determining their tax obligations. Tax evasion, by contrast, is an illegal phenomenon that generally consists of concealing sources of revenue from the tax authorities, and even falsifying documentation that is essential for determining their tax obligations. This phenomenon may also be linked to criminal activities such as money laundering. Neck, Reinhard, Wächter, Jens and Schneider, Friedrich 'Tax avoidance versus tax evasion: on some determinants of the shadow economy' (2012) 19 *International Tax Public Finance* 104-117. As a result, tax avoidance refers to actions by taxpayers that are usually not penalized by criminal law (they are legal) while tax evasion does so (illegal practices). However, the penalization should not be considered as a key differentiative determinant between tax evasion and tax avoidance, since tax avoidance is sometimes penalized (rarely but not never), despite the legality of this phenomenon. Zimmer, Frederik, *General Report: Form and Substance in Tax Law* (2002) 87a *Cahiers de droit fiscal international* 54-55.

²⁹ By contrast to the concept of ultimate beneficial owner, as discussed by WP21. See *supra* ssec. 3.III.C. See also the footnotes in § 12.6, 10.5 and 4.5 of the Commentary to Artt. 10, 11 and 12 respectively.

³⁰ Cf. Kuźniacki (n 1) ssec. 3.IX.B.

³¹ *Ibid* in particular: ssecs. 3.V.B.3, 3.XI.E.3.

to taxes on income and on capital without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance (including through treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this Convention for the indirect benefit of residents of third States),
Have agreed as follows: [...].

This preamble appears to be a more specific source of interpretation of tax treaties than their titles. In § 73 of the BEPS Action 6, the OECD emphasized the interpretative relevance of the preamble to the tax treaties, since Art. 31(1) of the VCTL points to the contextual interpretation of treaties as a part of the general rule of treaty interpretation. The context of the treaty includes, among other things, its preamble according to Art. 31(2) of the VCLT. Given that the context of a tax treaty is also relevant when interpreting the concept of BO, as clarified in §§ 12.1, 9.1 and 4 of Artt. 10, 11 and 12 respectively, we may assume that the new preamble is relevant to the interpretation of that concept. Since the preamble says that the intention of CSs is, in addition to eliminating double taxation, shunning the creation of opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax avoidance, including abusive treaty-shopping, we may further assume that the new preamble seems to allow for the anti-abusive understanding of the concept of BO. These assumptions, however, seem to be accurate and convincing only at first glance. Upon closer scrutiny of the new preamble and its interpretative relevance to the treaty provisions, they lose their appeal.

Firstly, the Commentary in § 1 to Art. 29 in full (i.e. in respect of the PPT and the LOB clause) signifies the interpretative role of the new preamble to the understanding and application of the PPT and the LOB clause: 'Article 29 reflects the intention of the Contracting States, incorporated in the preamble of the Convention, to eliminate double taxation without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance, including through treaty shopping arrangements.'³² That is to say, without the LOB clause and the PPT, the new preamble would be like a frame without a picture, or a book without content. Scholars have rightly emphasized the greatest interpretative impact of the new preamble primarily in relation to the PPT.³³ Apart from Art. 23 (i.e. methods for eliminating double taxation), the new preamble has a

³² Cf. § 41 of the Commentary to the Introduction to the OECD Model: 'Over the years, a number of provisions (such as Article 29, which was added in 2017) have been added to the Model Convention, or have been modified, in order to address various forms of tax avoidance and evasion.'

³³ De Broe, Luc and Luts, Joris 'BEPS Action 6: Tax Treaty Abuse' (2015) 43 *Intertax* 142-144; Kuźniacki, Błażej 'The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application' (2018) 10 *World Tax Journal* 240.

negligible impact on the understanding of other provisions,³⁴ in particular the concept of BO.³⁵

Secondly, and consistently with the above argument, neither in BEPS Action 6 nor in the foregoing amendments to the Commentary to the OECD Model has the OECD pointed to an interpretative effect of the new preamble specifically on the concept of BO. On the contrary, the new wording of §§ 12.5, 10.3 and 4.4 of the Commentary to Artt. 10, 11 and 12 respectively says that it is the PPT and the LOB clause that are the foremost antiabusive rules of the CSs, whereas the concept of BO remains relevant only to ‘simple treaty shopping situations where income is paid to an intermediary resident of a treaty country who is not treated as the owner of that income for tax purposes (such as an agent or nominee).’³⁶ No more than that. Typically no more than to strike down agents and nominees. In this respect, the new preamble may at most reinforce the function of the concept of BO as it could be interpreted already from the Commentary in 2014. This means that a contextual interpretation of the concept of BO should take into account that its meaning was not affected by the changes to the Commentary in 2017 in comparison to the 2014 version of the Commentary in a way that it attributes an antiabusive function to that concept.³⁷

In that regard, the new preamble may also assist in weighing the purposes of the concept of BO. The principal purpose is to ensure that benefits under Artt. 10, 11 and 12 are granted to the foreign recipient of income originating in the SC to whom that income is allocated for tax purposes in its RC, so that the double taxation of that income is eliminated.³⁸ Although double non-taxation or reduced taxation through tax avoidance should not occur at the same time, it seems that achieving that purpose is essentially assigned to the PPT and the LOB clause rather than to the concept of BO. What the new preamble may do in this regard to the concept of BO is to narrow down its scope to target only intermediaries under the qualified obligations used for double non-taxation or reduced taxation through abusive tax avoidance. Otherwise the concept of BO may not lead to treaty benefits being denied.³⁹

Thirdly, should the new preamble have an antiabusive amplifying effect on the concept of BO, it would lead to an unacceptable disruption of the demarcation line between that concept on the one side, and the PPT in particular on the other.

³⁴ Schwarz, Jonathan ‘The Impact of the New Preamble on the Interpretation of Old and New Treaties and on the Policy of Abuse Prevention’ (2020) 4/5 *Bulletin for International Taxation*, sec. 5.3.

³⁵ Jiménez, Adolfo Martín ‘Beneficial Ownership’ in: Vann, Richard et al., eds., *Global Tax Treaty Commentaries* (2020), sec. 3.2.

³⁶ BEPS Action 6, § 18.

³⁷ Cf. Jiménez, Adolfo Martín ‘Beneficial Ownership’ in: Vann, Richard et al., eds., *Global Tax Treaty Commentaries* (2020), sec. 3.2.

³⁸ Cf. Kuźniacki (n 1) *supra* ssec. 2.III.D.

³⁹ *Ibid* ssecs. 3.V.B.3, 3.XI.E.3.

Clearly, §§ 12.5, 10.3 and 4.4 of the Commentary to Artt. 10, 11 and 12, respectively, set a strong distinction between the concept of BO, emphasizing its very narrow anti-treaty shopping scope and a very broad anti-treaty abusive scope of the PPT. Extending this scope of the concept of BO via the new preamble would also lead to absurd results from a policy point of view of the OECD and the CSs, insofar as this diminishes the broad anti-abusive role of the PPT. Why would the OECD amend the OECD Model in 2017 by adding the PPT to it if the concept of BO was to be applied to most cases that the PPT was intended to cover? In the same vein, why did all the CSs add the PPT to their tax treaties with the concepts of BO, if these concepts could deal with abusive treaty shopping broadly? It seems that the OECD added the PPT to its Model, and the CSs followed suit, because they all realized the lack of normative adequacy of the concept of BO to prevent treaty abuse and the destabilization of a uniform and predictable application of tax treaties by the tax authorities by treating that concept as a kind of a tax treaty GAAR, i.e. a *quasi* PPT.⁴⁰ As a result, the alleged antiabusive role of the concept of BO can be marginalized rather than anything else in light of the new preamble.

Fourthly, the above arguments and observations are enhanced by the interpretation of the OECD Model under the fundamental canons of interpretations relevant to the concept of BO, i.e. the pro-constitutional interpretation and the general rule of treaty interpretation. If the new preamble is deemed to have injected a broad antiabusive function to the concept of BO, then it would be required to 'add' the premises from the PPT to that concept (or 'read' from it) in the course of its broad contextual interpretation, none of which is in the content of this concept. This would be an interpretation of the concept of BO under the wide umbrella of the new preamble that seems to be largely incompatible with the mentioned canons of interpretation. The effect of such an interpretation would be completely contrary to the common intention of the CSs, i.e. to deny treaty benefits under tax treaties with the PPT to the concepts of BO that go beyond the scope of application of the PPT. This is due to the fact that the PPT may only be applied by the tax authorities when all the premises for its application are met, i.e. the premises of tax intention and the contradiction with relevant treaty provisions. The former premise is, in brief, met when 'it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining [a treaty benefit] was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit.' The latter premise, in turn, is met when 'it is established that granting that benefit in these circumstances would [not] be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of [the tax treaty].'⁴¹

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Art. 29(9) of the OECD Model.

Nowhere in the wording of the concept of BO are there any mentions of the premises of treaty abuse, as included in the PPT. Even if the judge-interpreters tried to read them into the concept of BO from the Commentaries, they would be unable to find them there. By invoking the anti-abusive reinforcement of the concept of BO by the new preamble, the tax authorities could apply that concept to deny treaty benefits, even if they failed to prove the tax intention of the taxpayer using the intermediary entity. In other words, the concept of BO could be applied by the tax authorities to deny treaty benefits, even where the taxpayers were able to demonstrate that they used the intermediaries principally for commercial purposes.⁴² No doubt it would be doubly absurd: (1) applying the concept of BO as if it was a kind of PPT with the premises of applying such a rule and (2) achieving the PPT's effects in situations in which the real PPT would never do so.⁴³ Shockingly, this is exactly the effect gained through the application of the concept of BO by the tax authorities in certain countries.⁴⁴

Last but not least, the application of the concept of BO in lieu of the PPT would, in many cases, lead to an unacceptable abuse of domestic procedures insofar as many CSs have in force special procedures to apply domestic or tax treaty GAARs in order to ensure taxpayers' rights (mainly the predictability of tax law). In respect of domestic GAARs, this is explicitly recognized by the OECD in § 183 of the Commentary on Art. 29:

In a number of States, the application of the general anti-abuse rule found in domestic law is subject to some form of approval process. In some cases, the process provides for an internal acceleration of disputes on such provisions to senior officials in the administration. In other cases, the process allows for advisory panels to provide their views to the administration on the application of the rule. These types of approval processes reflect the serious nature of disputes in this area and promote overall consistency in the application of the rule. States may wish to establish a similar form of administrative process that would ensure that paragraph 9 is only applied after approval at a senior level within the administration.

In fact, similar special procedures are in force not only in respect of domestic, but also tax treaty GAARs in CSs.⁴⁵ In these CSs, an antiabusive application of

⁴² Danon, Robert 'The PPT in Post-BEPS Tax Treaty Law: It Is a GAAR but Just a GAAR!' (2020) 74 *Bulletin for International Taxation*, ssec. 3.2.3 *in fine*; Jiménez, Adolfo Martín 'Beneficial Ownership' in: Richard Vann (ed.), *Global Tax Treaty Commentaries* (2020), sec. 3.3 *in fine*.

⁴³ *Ibid*.

⁴⁴ See, for example: the tax authorities in Spain, Switzerland and Poland. Jiménez, Adolfo Martín 'Beneficial Ownership' in: Vann, Richard et al., eds., *Global Tax Treaty Commentaries* (2020), ssecs. 5.7.1, 5.7.4, 5.7.2.4, ssecs. 6.3, 6.5; Danon, Robert 'The PPT in Post-BEPS Tax Treaty Law: It Is a GAAR but Just a GAAR!' (2020) 74 *Bulletin for International Taxation*, ssec. 3.2.3; Kuźniacki, Błażej 'Podatkowe idee fixe, czyli opowieści o nieporozumieniach w polskiej praktyce i nauce prawa podatkowego wobec rzeczywistego beneficjenta (3)' (2021) *Przegląd Podatkowy* 12.

⁴⁵ *Ibid*.

the concept of BO by the tax authorities would be a handy substitute to bypass the nuisance of activating the cumbersome procedures for applying the domestic GAARs or the PPT.⁴⁶ This would amount to an abuse of domestic tax procedures and ignoring taxpayer's rights.⁴⁷ Just as mentioned in the previous paragraph, this practice is taking place at least in some CSs.⁴⁸

For all these reasons, it does not seem to be correct to rely on the new title and preamble to a tax treaty in order to interpret and apply the concept of BO in an antiabusive way. The new title and preamble have the power to significantly diminish any antiabusive role of the concept of BO rather than vice versa.

4. Impact of the addition of the PPT (art. 29(9)) to the OECD model on the understanding and application of the concept of BO

The PPT is a typical general anti-abuse rule, the application of which, as the OECD explained in BEPS Action 6 (§§ 15, 19, 26) and in the Commentary to the Introduction (§§ 57, 62, 74) and to Art. 29(9) (§ 169) of the OECD Model, applies to all forms of treaty abuse. For this reason, just the addition of the PPT and the new preamble meets the minimum standard of the prevention of treaty abuse under BEPS Action Plan 6 (§ 22).⁴⁹ To this end, the PPT was designed deliberately so broadly and vaguely that it is capable of targeting not only those forms of treaty abuse that have already been identified, but also those that are yet to emerge.⁵⁰ However, exactly the lack of precision in the PPT in targeting treaty abuse means that there is still a need to add SAARs to tax treaties.

The SAARs are precisely calibrated to effectively strike down specific tax avoidance techniques, the prevention of which has proven to be very problematic otherwise (e.g. through GAARs and the PPT).⁵¹ Good examples of such SAARs are Artt. 10(2)(a) (anti-dividend stripping rule) and 13(4) (anti-real estate circumvention rule) added to the OECD Model in 2017. They aim to deal with specific tax avoidance practices related to 'last minute restructuration', i.e. made shortly before dividend payments or the disposal of shares in real estate companies without a principal commercial purpose apart from avoiding WHT in the SC. They are borderline cases that pose a question concerning the timing of the treaty ap-

⁴⁶ Jiménez, Adolfo Martín 'Beneficial Ownership' in: Vann, Richard et al., eds., *Global Tax Treaty Commentaries* (2020), ssec. 5.7.1.

⁴⁷ Kuźniacki, Błażej 'Podatkowe idée fixe, czyli opowieści o nieporozumieniach w polskiej praktyce i nauce prawa podatkowego wobec rzeczywistego beneficjenta (3)' (2021) *Przegląd Podatkowy* 12.

⁴⁸ Jiménez, Adolfo Martín 'Beneficial Ownership' in: Vann, Richard et al., eds., *Global Tax Treaty Commentaries* (2020), ssecs. 5.7.1, 5.7.4, 5.7.2.4, secs. 6.3, 6.5; Kuźniacki, Błażej 'Podatkowe idée fixe, czyli opowieści o nieporozumieniach w polskiej praktyce i nauce prawa podatkowego wobec rzeczywistego beneficjenta (3)' (2021) *Przegląd Podatkowy* 12.

⁴⁹ See also the Explanatory Statement to the MLI, §§ 88-90.

⁵⁰ Cf. Commentary to Art. 29(9), § 187.

⁵¹ § 62 of the Commentary to Art. 1.

plication and relying on its clear wording. Should the tax treaty be applied to grant a benefit in accordance with the clear wording of the relevant provisions (e.g. Art. 10(2) or Art. 13(4)) during the accrual of the income by the taxpayer? Alternatively, should the treaty benefit be denied whenever a taxpayer becomes entitled to the benefit shortly before the accrual of the income, and loses that position shortly thereafter? This issue is known as ‘compartmentalization’ for tax treaty purposes.⁵² The wording and structure of the PPT was apparently not specific enough to prevent such abusive practices, not least because the second premise of this rule (i.e. the contradiction with the purpose relevant treaty provisions) would be hard to meet.⁵³

The changes to the Commentary from 2017 do not mention the concept of BO at all in relation to these specific cases of treaty abusive tax avoidance. Thus, when comparing the scope of the PPT with the concept of BO and SAARs, one cannot shake off the impression that the PPT, in concert with SAARs added to the OECD Model in 2017, has almost completely reduced any antiabusive role of that concept. Indeed, the Commentary to the PPT (Art. 29(9) of the OECD Model (2017)) indicates that the PPT covers ‘limitations on the taxing rights of a Contracting State in respect of dividends, interest or royalties arising in that State, and paid to a resident of the other State (who is the beneficial owner) under Article 10, 11 or 12.’⁵⁴ This suggests that the PPT, rather than the concept of BO, addresses all conduit cases that lead to abuses of tax treaties.⁵⁵ The OECD’s examples of the application of the PPT further enhance this observation.⁵⁶

Many OECD examples illustrating how the PPT should operate are almost ‘copies’ of high-profile cases on the concept of BO decided by the courts several years ago. This includes Example A in § 182 of the Commentary to Art. 29(9).

⁵² Van Weeghel, Stef ‘A Deconstruction of the Principal Purposes Test’ (2019) 11 *World Tax Journal*, Chapter 8; Danon, Robert, ‘The PPT in Post-BEPS Tax Treaty Law: It Is a GAAR but Just a GAAR!’ (2020) 74 *Bulletin for International Taxation*, ssec. 2.2.3.3. See more on ‘compartmentalization’ for tax treaty purposes: Smit, Daniel ‘Timing Issues under Double Tax Treaties: The Dutch Approach?’ (2016) 44 *Intertax* 29 et seq.

⁵³ As we argued elsewhere in respect to Example E in § 182 of the Commentary to Art. 29(9): ‘whenever treaty provisions work precisely and inflexibly (e.g. by being applied stringently once the quantitative criteria have been met), looking for their purpose beyond their wording is not of much assistance in attempts to deny treaty benefits under the PPT’. Kuźniacki, Błażej ‘The Principal Purpose Test (PPT) in BEPS Action 6 and the MLI: Exploring Challenges Arising from Its Legal Implementation and Practical Application’ (2018) 10 *World Tax Journal* 267-270. Cf. Van Weeghel, Stef ‘A Deconstruction of the Principal Purposes Test’ (2019) 11 *World Tax Journal*, Chapter 8; Danon, Robert, ‘The PPT in Post-BEPS Tax Treaty Law: It Is a GAAR but Just a GAAR!’ (2020) 74 *Bulletin for International Taxation*, ssec. 2.2.3.3.

⁵⁴ § 175 of the Commentary to Art. 29(9) of the OECD Model (2017).

⁵⁵ Cf. Danon, Robert ‘The PPT in Post-BEPS Tax Treaty Law: It Is a GAAR but Just a GAAR!’ (2020) 74 *Bulletin for International Taxation*, ssec. 3.2.2 at footnote No. 129.

⁵⁶ See, in particular, the examples in §§ 176 and 182 (A, B and L) and § 187 (A and C) of the Commentary to Art. 29(9).

The facts summarized in that example appear to be taken directly from the *Royal Dutch Shell* case, commonly referred also to as ‘The First Market Maker case’, decided by the Dutch Supreme Court (*Hoge Raad*) on 6 April 1994.⁵⁷ Example B, in turn, as depicted in the same part of the Commentary, seems to be inspired by the *Royal Bank of Scotland* case decided by the French Supreme Administrative Court (*Conseil d’État*) on 29 December 2006.⁵⁸ Some other examples, notably the one discussed in § 176 and Example L in § 182 of the Commentary to Art. 29(9), are based on circumstances in which it is difficult to consider that the recipients of the income in question could be considered as their beneficial owners under the relevant §§ of the Commentary to Artt. 10, 11, 12. In a nutshell, the example in § 176 deals with the assignment of a receivable by a parent to a subsidiary in a country with a tax treaty, with another subsidiary paying the interest and the first subsidiary left with a minimum spread that may be deemed the equivalent of an agency fee. Example L, in turn, concerns a securitization vehicle that is the legal owner of a loan portfolio, but which does not have the right to use and enjoy the interest received on its own, as it is under a contractual obligation to pass on the income from interest to the investors. In this way, the vehicle appears to be mere conduit obliged to pass on the received income to other persons, without the right to use and enjoy that income at all.⁵⁹

Accordingly, the mentioned examples concerning the PPT seem to be at odds with §§ 12.5, 10.3 and 4.4 of the Commentary to Artt. 10, 11 and 12, respectively, insofar as these passages of the Commentary imply that the concept of BO should apply first, and even if, as a result of applying it, it is concluded that the recipient of the income is its beneficial owner, the PPT may still apply to deny treaty benefits to that recipient.⁶⁰ The examples skew this interrelation between the concept of BO and the PPT, because they point to the application of the PPT to intermediaries that should not pass the test under the concept of BO. Consequently, there should be no need to apply the PPT whatsoever. However, scholars aptly give these examples a rational meaning by concluding that the OECD needed to consider the concept of BO as being extremely narrow and applying basic-

⁵⁷ The Netherlands: *Hoge Raad*, Judgment, 6 April 1994, case no. 28.638, BNB 1994/217. See the analysis of this case *infra*: sec. 5.II. The same observation was made by: Van Weeghel, Stef ‘A Deconstruction of the Principal Purposes Test’ (2019) 11 *World Tax Journal*, sec. 8.

⁵⁸ France: *Conseil d’État* (The French Supreme Administrative Court), Judgment, 29 December 2006, *Ministre de l’Economie, des Finances et de l’Industrie v. Société Bank of Scotland*, No. 283314, 9 ITLR 683 et al. See the analysis of this case *infra* sec. 5.IV. The same observation was made by: Van Weeghel, Stef ‘A Deconstruction of the Principal Purposes Test’ (2019) 11 *World Tax Journal*, sec. 8.

⁵⁹ Jiménez, Adolfo Martín ‘Beneficial Ownership’ in: Vann, Richard et al., eds., *Global Tax Treaty Commentaries* (2020) IBFD, sec. 3.3; Van Weeghel, Stef ‘A Deconstruction of the Principal Purposes Test’ (2019) 11 *World Tax Journal*, sec. 8.

⁶⁰ See more Kuźniacki (n 1) ssec. 3.XI.F.

ly only to agents and nominees.⁶¹ Thus, in the eyes of the authors of these examples, the anti-abusive role of the concept of BO seemed to be so marginal that they did not devote a single word to that concept while analysing the hypothetical operation of the PPT.

This analysis demonstrates that, in addition to agents and trustees, the anti-abusive potential of the concept of BO may arise towards conduit entities in extremely obvious situations where such entities have absolutely no power over the income received, usually functioning in isolation from real transactions (sham or simulated transactions).⁶² In such situations, however, neither the concept of BO nor the PPT are needed to counter such conduit arrangements or transactions. Ordinary rules of evidence, in conjunction with the canons of legal interpretation relevant to tax treaties, are sufficient for tax consequences not to be drawn from transactions that were sham or simulated so that, as a result, their legal documentation is not reflected in reality. Consequently, no treaty benefits can be granted to taxpayers involved in such arrangements or transactions.⁶³ Such an approach can be found in tax jurisprudence in cases regarding blatantly abusive arrangements and transactions, including round tripping.⁶⁴ This all means that the concept of BO, as of 2017, remains operative for potential abusive practices only towards agents and nominees, and rather as a rule clarifying the allocation of income to the taxpayer than as a narrowly applied antiabusive concept. The addition of the PPT to the OECD Model and tax treaties, under MLI or bilaterally, considerably strengthens this interpretation and the observations stemming from it.

5. Impact of the addition of the LOB (art. 29(1)-(8)) to the OECD model on the understanding and application of the concept of BO

The LOB in Art. 29(1)-(8) of the OECD Model and Art. 7(8)-(14) of the MLI has a fundamentally different methodology of application than the PPT. In short, it is a very complex and detailed clause that is based on a series of mechanical tests, that largely follow the suit of the US LOB-styled clauses.⁶⁵ The LOB clause

⁶¹ Danon, Robert 'Treaty Abuse in the Post-BEPS World: Analysis of the Policy Shift and Impact of the Principal Purpose Test for MNE Groups' (2018) 72 *Bulletin for International Taxation* 36, 55; Van Weeghel, Stef 'A Deconstruction of the Principal Purposes Test' (2019) 11 *World Tax Journal*, chapters 8, 9.

⁶² Cf. Jiménez, Adolfo Martín 'Beneficial Ownership' in: Vann, Richard et al., eds., *Global Tax Treaty Commentaries* (2020) IBFD, sec. 3.3.

⁶³ Cf. Kuźniacki (n 1) ssecs. 3.V.B.3-4, 3.XI.E.4.

⁶⁴ See, for example: India, the Supreme Court of India, Judgment, 20 January 2012, *Vodafone International Holdings BV v. Union of India*, Civil Appeal No. of 2012 (Special Leave Petition (C) No. 26529, 2010), § 68, 14 *International Tax Law Reports* 431-451; France, *Conseil d'État* (The French Supreme Administrative Court), Judgment, 25 October 2017, Case No. 396954, *Verdamnet* 20 *International Tax Law Reports* 832-872.

⁶⁵ I.e. Art. 22 of the US Model (2016). See more: Dominguez, David 'Limitation on Benefits: Com-

gives access to all of the treaty benefits to a resident of a CS who is a 'qualified person' (individuals, the CSs and their authorities, non-profit organizations and pension funds, companies meeting the publicly traded test and companies meeting the ownership test). Then the LOB gives access only to certain treaty benefits, i.e. with respect to an item of income, to a 'non-qualified person' (companies meeting the active business test and companies meeting the derivative benefits test) and to other persons that do not fall within any of the above categories but which are entitled to treaty benefits with respect to a specific item of income under the bona fide residual test, which is subject to the discretion of the tax authorities under the discretionary benefits provision (a kind of internal principal purposes test).⁶⁶

Accordingly, the purpose of the tests under the LOB clause is to raise the threshold in respect of the subjective scope of tax treaties (i.e. Artt. 1, 3 and 4(1) of the OECD Model) by giving access to treaty benefits only to taxpayers who, in addition to being *residents* of a CS, either have a *sufficient personal and economic nexus to their RC* (the qualified persons' test), or *carry out real business activities in their RC* (the active business test), or *are not driven by abusive treaty shopping motives* (the derivative test and the residual bona fide test under the discretionary benefits provision).⁶⁷ By contrast, the PPT does not raise the threshold for entry into the personal scope of tax treaties. Instead, it applies at a later stage when a person is already a resident of the CS entitled to all treaty benefits, and thus also has the status of a beneficial owner of dividends, interest and royalties (and is entitled to treaty benefits under the LOB clause, if it is included in the same tax treaty as the PPT). Consequently, the relationship between the LOB clause and the concept of BO is different to the relationship between that concept and the PPT. The LOB clause applies first, and only afterwards may the concept of BO apply. To be specific, the concept of BO may apply only if, pursuant to the LOB clause, a person qualifies to all treaty benefits, or at least to a treaty benefit under Artt. 10 or 11 or 12. Otherwise there is no room to apply the concept of BO, as there is no person that is entitled to benefit from Artt. 10, 11 and 12.⁶⁸

parison between the US LOB and the OECD LOB proposed under Action 6', in: Blum, Daniel and Seiler, Markus, eds., *Preventing Treaty Abuse* (2016) Linde 293-310.

⁶⁶ See more: Kuźniacki, Błażej 'Implementation and Application of the LOB Clause in BEPS Action 6/MLI: Legal and Pragmatic Challenges' in: Dourado, Ana Paula, eds., *International and EU Tax Multilateralism: Challenges Raised by the MLI* (2020) IBFD 270-291.

⁶⁷ Cf. § 6 of the Commentary to Art. 29. See more generally: Doernberg, Richard and Van Raad, Kees, *The 1996 United States Model Income Tax Convention. Analysis, Commentary and Comparison* (1997) Kluwer Law International 172; Vega Borrego, Félix Alberto, *Limitation on Benefits Clauses in Double Taxation Conventions* (2006) Kluwer Law International 92-93, 115; Rust, Alexander 'Art. 1' in: Rust, Alexander, Reimer, Ekkehart, eds., *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, 4th edition* (2015) Wolters Kluwer Law & Business § 65 at 131.

⁶⁸ This reveals the imprecision of the OECD's statements in §§ 12.5, 10.3 and 4.4 of the Commentary to Artt. 10, 11 and 12 respectively, to the extent that the OECD says that the entire Art. 29

The very extensive, precise and broad scope of application of the LOB clause, based, among other things, on many mechanical tests that are conditional on ownership and economic ties of the entity in question with the territory of its CS, allows only a microscopic space for any anti-abusive application of the concept of BO. That is to say, once an entity has a nexus with its RC strong enough to qualify to treaty benefits under the LOB clause, it is unlikely that the entity is engaged in abusive treaty shopping. And even if it is, then it is very unlikely that the concept of BO will prevent this practice. Rather the PPT will do the job.⁶⁹ This is also in line with the OECD policy and the conclusions stemming from the analysis of the impact of the new title and preamble of the OECD Model and the addition of the PPT to that Model.⁷⁰

6. Conclusions

In 2017, for the first time in the history of the OECD Model, far-reaching antiabusive changes were introduced. The concept of BO remained untouched, however, suggesting that the OECD had become aware of the normative inadequacy of the concept of BO in preventing abusive treaty shopping in general. That role was attributed solely to the PPT. In fact, an analysis of the changes to the OECD Model and the Commentary in 2017 demonstrated that the space for an antiabusive application of the concept of BO has become microscopic. Yet, there remain numerous disputes between the tax authorities and taxpayers caused by that concept. Thus, leaving this concept in the OECD Model and allowing the tax authorities to rely on it for antiabusive purposes will still trigger lengthy litigations that disturb the stable and predictable functioning of tax treaties. Indeed, after the major post-BEPS changes to the OECD Model and Commentary, notably the addition of the PPT, the concept of BO in international taxation appears to be redundant. Because this concept remains to be harmful to a proper functioning of tax treaties, it would be best to delete it from the OECD Model and the IRD as soon as possible. However, it seems that this is an unlikely future of that concept, since the OECD and the EU are very busy redesigning the international tax regime via Pillars One and Two.

'will apply to prevent abuses, including treaty-shopping situations where the recipient is the beneficial owner of the dividends [interest and royalties]'. This is true only in respect of the PPT, and thus to Art. 29(9), whereas it is false towards the LOB clause in Art. 29(1)-(8).

⁶⁹ Cf. Van Weeghel, Stef 'A Deconstruction of the Principal Purposes Test' (2019) 11 *World Tax Journal*, chapters 8, 9; Danon, Robert, 'The PPT in Post-BEPS Tax Treaty Law: It Is a GAAR but Just a GAAR!' (2020) 74 *Bulletin for International Taxation*, ssec. 3.3.3.

⁷⁰ Kuźniacki (n 1) ssecs. 3.XII.A-B.

Beneficial Ownership in the Context of “Hybrid Transfers”

Patricia A. Brown

A few months after the initial Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) report¹ was issued, I gave the keynote address at an international tax conference in Miami, in which I spoke about what makes a tax lawyer an *international* tax lawyer. One passage contrasted domestic tax lawyers – who play chess with their local tax authorities – with international tax lawyers, who play poker against multiple opponents at once. I ended that address by asking whether the BEPS project would demonstrate that tax authorities finally understand the nature of international tax planners. These short comments will explore that question a bit further.

In my experience, true “internationalists” are intrigued by how differences between jurisdictions result in different policy choices. When those policy choices are lined up next to each other, gaps may become apparent. This may be true with respect to any area of the law but, in the case of tax, these gaps are particularly problematic because they can be exploited nearly as fast as they can be identified. Moreover, once a particular type of gap is identified in a bilateral context, international tax planners will try to find additional bilateral pairings that present the same gap. The international tax planner will then use the same basic structure to exploit that gap, although the legal instruments that implement the structure may differ considerably. This can make it hard for tax authorities to understand that these transactions economically are exactly the same transaction.

One set of transactions that fit this description includes the transactions underlying the *Bank of Scotland*² case in France and the *Westpac*³ case in New Zealand, but probably encompass many more. These transactions fall within a category described in the BEPS Action 2 Final Report as a “hybrid transfer”. A hybrid transfer is described as “any arrangement to transfer a financial instrument where, as a consequence of the economics of the transaction and the way it is structured, the laws of two jurisdictions take opposing views on who is the owner of the underlying return on the transferred asset.”⁴ That is, a hybrid transfer structure arises when two countries have answered the question, “Who is the beneficial owner?” in different ways.

¹ OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing.

² FR: CE [Supreme Administrative Court], 29 Dec. 2006, 283314.

³ *Westpac Banking Corporation v. The Commissioner of Inland Revenue* HC AK CIV 2005-404-2843 [7 October 2009].

⁴ OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, [“BEPS Action 2 Final Report”], p. 26.

In bilateral tax treaties, the term beneficial owner appears in the provisions relating to the limited taxation by source countries of primarily passive income. The rules are meant to prevent the granting of benefits when an intermediary resident in a treaty jurisdiction collects payments on behalf of the “real” owner of the payments who is not entitled to treaty benefits. The rules also operate to allow claims by the owner of payments who is entitled to the benefits of the tax treaty even if those payments are made to an agent of the owner who is not entitled to treaty benefits. This initial, fairly straightforward purpose was muddled a bit when it was decided to also use the concept to deny benefits to entities that, although not formally nominees or agents, nevertheless were acting as “conduits”. The concept works reasonably well in that context and therefore may be seen as a limited anti-abuse rule.

The concept of beneficial ownership is much less suited to the problem of hybrid transfers, despite the French flirtation with using the concept to deny benefits in the *Bank of Scotland* case. Many hybrid transfers rely primarily on benefits provided under domestic law, or the provisions of tax treaties that do not use the term “beneficial owner”. Finally, tax authorities need to be aware that a substance-over-form victory in one case may have unintended consequences in other situations.

In this regard, the BEPS Action 2 Final Report notes that hybrid transfers result in D/NI⁵ outcomes “because one jurisdiction treats the equity or financing return on the transferred instrument as a deductible expense under the hybrid transfer, while the other jurisdiction treats that same amount as a return on the underlying asset (and, accordingly, as excluded or exempt from taxation or eligible for some other type of tax relief.)”⁶ Whether the deduction is allowed is a matter of domestic law, not treaty. Even if the exemption or other relief for the dividend is provided by treaty, the relief from double taxation articles generally do not refer to beneficial ownership.

Example 1.31 of that Report, entitled “Loan structured as a share repo”, illustrates what the Report describes as the most common form of hybrid transfer. The term “repo” is financial market shorthand for a sale-repurchase transaction. As in any sale-repurchase contract, one party transfers a financial asset to another entity and agrees to buy it back *at a price certain* on a particular date in the future.⁷ Put simply, the first party receives an amount of money upfront and, pursuant to agreements entered into at the same time, is obligated to pay back that amount (or more, to reflect the cost of borrowing) at some point in the future.

⁵ This abbreviation is used to denote situations where there is a deduction in one country and no inclusion of income in the other.

⁶ BEPS Action 2 Final Report, p. 39.

⁷ The repurchase price therefore will reflect only the cost of funds, not any market fluctuations that take place in the interim.

Those basic facts apparently have led tax practitioners to characterize the transaction as debt in several jurisdictions.⁸ In the absence of such an obligation to pay back the original amount received, it would be much harder for practitioners to conclude that the transaction constitutes debt.

The tax consequences in Example 1.31 are fairly straightforward. The entity “selling” the shares receives an interest deduction; the interest payments consist of dividends paid with respect to the shares that ostensibly have been transferred (but that are considered by the state of residence of the borrower to serve as collateral for the loan). In the example, the other taxpayer’s country of residence treats the transaction in accordance with its form. Accordingly, that taxpayer is treated as owning the shares until it “sells” them back. That taxpayer is also treated under the tax law of the state in which it is resident as receiving the dividends and, most likely, will not be taxed on them under some concession such as a participation exemption, for example.⁹

As noted before, in order for the transaction to work from the taxpayer’s perspective, the tax planner has to be quite certain that one country will treat the transaction as a borrowing and that the other country will treat it in accordance with its form.¹⁰ To be sure of debt treatment, those structuring the transaction will draft the documents in such a way that entity that needs funds is obligated to pay back those funds. There are many ways that such an obligation may be created.

In the transaction that led to the *Bank of Scotland case*, the borrower did not in fact transfer shares. Instead, a U.S. parent company entered into a 3-year usufruct transaction over the shares of its French subsidiary. A usufruct is a civil law instrument which grants to the holder the right to receive dividends with respect to the shares of stock that are the subject of the usufruct. In most circumstances, a usufruct would not be treated as a debt instrument. However, in this case, supplemental documents effectively guaranteed repayment by the U.S. parent company of the original amount it received upon issuance of the usufruct.¹¹

The usufruct was acquired by Bank of Scotland; as a result, the French company paid dividends directly to the U.K. bank. The desired benefit in this case

⁸ Kevin Holmes, “High Court decision on tax avoidance in structured finance transactions,” (IBFD), 17 August 2009.

⁹ In the New Zealand cases, taxation of the dividends was eliminated through foreign tax credits in one case involving a U.S. partnership and through New Zealand’s “conduit tax relief” regime in other cases. See Kevin Holmes, “High Court decision on tax avoidance in structure financing arrangements,” (IBFD), 30 November 2009.

¹⁰ Note that the *Bank of Scotland case* involved three parties in three different jurisdictions: the borrower in the United States, the lender in the United Kingdom, and the company whose shares were the subject of the transaction, in France. In that case, in order to make the transaction work, France, which was making the payment with respect to the *avoir fiscal*, would have had to treat the transaction in accordance with its form.

¹¹ See Adolfo J. Martín Jiménez, *Global Tax Treaty Commentaries – Beneficial Ownership*, Section 5.4 (IBFD), accessed on 26 April 2022.

was not just D/Ni, but an actual cash payment from the French government under the terms of the France-U.K. tax treaty,¹² a benefit that was not available to the U.S. parent company under the France-U.S. treaty.¹³ Moreover, it appears that, in at least some versions of this transaction, the purchase price of the usufruct itself could be amortized over the term of the transaction.¹⁴ Therefore, there is at least the possibility that this transaction could give rise to deductions to two parties without an income inclusion to anyone.

The benefit of the *avoir fiscal* was denied. Although the *Conseil d'Etat* couched its decision in terms of beneficial ownership, adopting the view that the transaction constituted a loan, there was also a strong flavor of anti-avoidance in the court's reasoning. This has led to much handwringing over whether the beneficial ownership rules will be applied to deny benefits only when a transaction is abusive.¹⁵ However, it is important to note that treating the transaction in accordance with its substance (as the United States is assumed to do) does not stop the transaction, it is a necessary condition to the transaction.

From my perspective, the more interesting question is what the decision means for future tax planning. In 1993, France changed its domestic law with respect to the *avoir fiscal* to deny benefits in the case of “temporary” usufructs.¹⁶ However, one wonders whether the decision in the *Bank of Scotland* case was sufficient for tax planners to conclude that France would now treat these transactions as debt, setting off a new generation of transactions in which a French company would be the borrower (in place of the U.S. company) and some other country would adopt the form of the transaction to provide benefits with respect to the “dividends” received. An international tax planner might also wonder whether a usufruct that is not limited in time, but that is subject to put and call options as in the Chief Counsel Advice discussed below, would be treated as “temporary” for purposes of France's new anti-abuse rule.

The tax planner can see a silver lining in the grayest of clouds. For example, in 2006, the U.S. Internal Revenue Service issued a Chief Counsel Advice¹⁷ which concluded that a taxpayer was entitled to neither an interest deduction nor a trea-

¹² The France-U.K. treaty extended the benefits of each country's imputation system for the taxation of corporate profits to certain residents of the other country. Under Article 9(7) of that treaty, a U.K. resident company that met certain requirements and receiving dividends that, if paid to a French resident would carry a fiscal credit (*avoir fiscal*), would receive a cash payment in the same amount, reduced by a withholding tax at the appropriate rate.

¹³ See Adolfo J. Martin Jiménez, *Global Tax Treaty Commentaries – Beneficial Ownership*, Section 5.4 (IBFD), accessed on 26 April 2022.

¹⁴ “Avoir fiscal’ loophole closed”, (IBFD), 16 December 1993.

¹⁵ See, e.g., Adolfo J. Martin Jiménez, *Global Tax Treaty Commentaries – Beneficial Ownership*, Section 5.4 (IBFD), accessed on 26 April 2022.

¹⁶ “Avoir fiscal’ loophole closed”, (IBFD), 16 December 1993.

¹⁷ ILM 200645018.

ty exemption applicable to interest payments in a case involving a domestic reverse hybrid. In that transaction, a U.S. parent company had its U.S. subsidiary issue a preferred share to one of its foreign subsidiaries. Put and call options between the U.S. parent and the foreign subsidiary guaranteed that the U.S. parent company would pay back to the foreign affiliate the amount that had been advanced to the parent company. The intent was that the U.S. parent would receive an interest deduction, the foreign affiliate would not be subject to withholding tax under the interest provision of the relevant tax treaty and the foreign affiliate would receive a foreign tax credit in its home jurisdiction for the taxes paid by the U.S. subsidiary, achieving D/NI. The essential elements of a “hybrid transfer” are all present despite the fact that the foreign affiliate acquired the share through an issuance of a share by the subsidiary, not a transfer by the U.S. parent company. The result – the denial of the interest deduction – is also consistent with the recommendations of the BEPS Action 2 Final Report.¹⁸

The Internal Revenue Service assumed for purposes of the Chief Counsel Advice that the transaction would be treated as a loan and then denied the desired treatment under the U.S. domestic reverse hybrid rules. Practitioners wondered whether this meant that the Internal Revenue Service agreed that the appropriate U.S. treatment of these transactions is debt of the U.S. company. One practitioner went so far as to ask this question of the IRS official responsible for international tax litigation at a conference.¹⁹ The IRS official declined to provide the tax practitioner with the certainty he desired, saying that such memoranda were fact-specific.

In New Zealand, the hybrid transfer transaction looked more like Example 1.31, taking the form of a share purchase and “forward transfer agreement” over shares of U.S. companies.²⁰ In this case, the “NI” part of the D/NI would have been achieved through a special “conduit tax relief” regime which excluded from New Zealand taxation certain foreign-source income of companies owned by non-residents. The New Zealand company also paid a fee to the parent company for guaranteeing the subsidiary’s obligation. The New Zealand court found that

¹⁸ An author described this transaction as a “deferred subscription agreement.” Lee Sheppard, “IRS Official Addresses International Audit Issues,” Tax Notes, 5 March 2007. Note that another form (or use) of a deferred subscription agreement was addressed by Article 24(4)(c) of the 2001 U.K.-U.S. tax treaty, which denied foreign tax credits to a U.K. company that was receiving dividends as part of a hybrid transfer. This is consistent with the secondary recommendation under the BEPS Action 2 Final Report.

¹⁹ Lee Sheppard, “IRS Official Addresses International Audit Issues,” Tax Notes, 5 March 2007.

²⁰ Kevin Holmes, “High Court decision on tax avoidance in structure financing arrangements,” (IBFD), 30 November 2009. In a similar case, *BNZ Investments Limited & Ors v. The Commissioner of Inland Revenue* HC WN CIV 2004-485-1059 [15 July 2009], the structure involved U.S. or U.K. companies issuing redeemable preference shares to establish an end date for the transaction, rather than entering into a forward transfer agreement. Kevin Holmes, “High Court decision on tax avoidance in structured finance transactions,” (IBFD), 17 August 2009.

the entire transaction was a tax avoidance scheme and upheld the tax authorities' denial of deductions relating to the transaction.²¹

This approach to the transaction is more likely to prevent further arbitrage transactions than recasting the transaction in accordance with its substance. Had the court in *Westpac* concluded that the U.S. and U.K. companies remained the beneficial owners of the relevant shares, tax planners would have been provided with the certainty they needed to start a new round of hybrid transfer transactions with New Zealand companies in the place of the U.S. or U.K. companies. Applying its domestic anti-avoidance rules stopped the proliferation of these transactions, as they presumably would apply equally to a New Zealand company acting as the borrower in a new version of the transaction.

These transactions show the limits of beneficial ownership rules in attacking complex transactions. Other approaches, such as denying the deduction or whatever benefit is claimed with respect to the dividend,²² may be more effective.

Tax officials also need to be aware of the many different forms that these transactions can take. They need to think like tax planners, focusing on the patterns – a guaranteed repayment of amounts received at the beginning of the transaction, coupled with some benefit with respect to the dividend – no matter what legal form those transactions take.

In that regard, the BEPS project suggests that tax authorities do understand tax planners a little better. BEPS Action 2 does not try to resolve differences in approach to these transactions by different governments but, as the title says, to “neutralize” them by denying benefits. By doing so, they put a spanner in the works, stopping the next generation of hybrid transfers. However, there is a risk that the catalog of examples causes tax authorities to focus on transactions that have exactly the same features as the transaction illustrated and to miss the many other transactions that economically are exactly the same.

²¹ Holmes also states that both the United States and the United Kingdom would treat the transaction according to its substance – as debt – raising the question of how the transaction in *Bank of Scotland* was treated for U.K. tax purposes.

²² Although the BEPS Action 2 Final Report notes that the benefit with respect to the dividend may take various forms, its recommendation is to include the dividend in income. That recommendation would address the New Zealand transactions that rely on the conduit tax relief regime, but not those that rely on the foreign tax credit to eliminate New Zealand taxation.

Report: Most-Favoured Nation Clauses in Tax Treaties: Recent Developments and Trends

Dora Pimentel Mendes de Almeida

Master's candidate in International Tax Law at the Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Specialization degree in International Tax Law and in Brazilian Tax Law at IBDT.

Lawyer. E-mail: dora.pimentelm@gmail.com.

Abstract

The present report aims to present the discussions held at the IX Brazilian Congress on International Tax Law, organized by the Brazilian Institute of Tax Law – IBDT, mainly the Panel “Most-Favoured Nation Clauses in Tax Treaties: Recent developments and trends”.

Keywords: most-favoured nation clauses; double tax treaties; International Tax Law.

Resumo

O presente relatório busca divulgar parte do conteúdo discutido no âmbito do “IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional”, organizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT, mormente a mesa que tratou das “Cláusulas de Nação mais-favorecidas nos tratados tributários: desenvolvimentos recentes e tendências”.

Palavras-chave: cláusulas de nação mais favorecida; tratados para evitar a dupla tributação; Direito Tributário Internacional.

Introduction

The Brazilian Congress on International Taxation held by the Brazilian Institute of Tax Law (Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT) is one of a kind, as it is the only entirely focused on international tax issues. During its ninth edition the Congress has dedicated a panel to discuss the recent developments and trends on most-favored clauses (MFN clause) in tax treaties.

Despite being present in a significant number of tax treaties, few scholars around the world have proceed an in-depth analysis in the subject¹. Recent news spread in the international media depicted the Indian Tax Authorities resistance to recognize that the MFN clause in the treaty between India and the Netherlands has been triggered.

¹ See HOFBAUER, Ines. Most-Favoured-Nation Clauses in Double Taxation Conventions – A Worldwide Overview. *Intertax*. Vol. 33, Issue 10, 2005, p. 445-453. Available at: <https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/Intertax/33.10/TAXI2005070>. Last accessed May, 15, 2022 and JALAN, Nupur. MANZI, Gaetano. GREVE, Gert. Most Favoured Nation Clauses in Tax Treaties: Comparative Analysis and Main Issues. *World Tax Journal*, Vol. 14, Issue No. 1, Journal Articles & Opinion Pieces IBFD, 2022. https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/wtj_2022_01_int_3. Last accessed May, 15, 2022.

The panel was an important opportunity to discuss relevant issues regarding MFN clauses with scholars who know the background of both States.

The panel was chaired by Marcelo Salles Annunziata² and moderated by Dora Pimentel. The invited speakers were Nupur Jalan³, Jan de Goede⁴, Sergio André Rocha⁵, Marciano Seabra de Godoi⁶ and Gaetano Manzi⁷.

Before the speakers started, the chairman presented two pieces of news that depict the importance of the clause. First that the Brazilian Tax Authorities enacted the ruling n. 150/2021⁸ stating that the MFN clause provided for the double tax treaty between Brazil and Portugal was triggered by the tax treaty signed between Brazil and Israel. The second piece, not exactly related to double tax treaties, was that the United States declared the suspension of MFN clauses provided for treaties with Russia.

After that, Professor Jan de Goede provided a general background on the clause and the particularities of the Dutch experience. Each Professor presented their views on how their jurisdiction deals with MFN clauses. Finally, Professor Sergio André Rocha showed the clause' importance to allow the Brazilian Tax Policy on International Tax Treaties.

In the following sections the author highlights the main points discussed by the speakers during the panel.

1. "General aspects regarding MFN clauses, some policy considerations with reference to the Dutch position", Prof. Jan de Goede

Initially, Professor Jan de Goede provided some context on the clauses, introducing that MFN clauses were first introduced in trade treaties to *achieve a level-playing field in a contracting State's market for traders and investors from the other contracting State in relation to traders and investors from third countries receiving a certain favourable treatment in the first mentioned State.*

Accordingly, this kind of clause was first introduced in tax treaty several years later, in the middle of the 20th century. Professor Jan highlights that nor the OECD

² Master in Tax Law from the University of São Paulo. Specialist in Civil Procedure Law from PUC-SP.

³ LL.M in Digital Law and Technology from the Université Catholique de Lyon. LL.M in International Tax Law from the University of Amsterdam.

⁴ Senior Principal – Tax Knowledge Management of IBFD. Professor of International and European Tax Law at the Lodz University in Poland. Visiting Professor of the Renmin University in Beijing and the Financial University in Moscow.

⁵ Post-doctorate in Tax Law from the University of São Paulo. PhD and Masters in Law and Economics from the University Gama Filho (RJ). Professor at the Rio de Janeiro State University.

⁶ PhD in Financial and Tax Law from the Universidad Complutense de Madrid. Master in Tax Law from the Federal University of Minas Gerais. Professor at the PUC Minas and Visiting Professor at the Universidad Autónoma de Madrid.

⁷ Advanced LL.M in International Tax Law by the University of Amsterdam and IBFD, Master's degree in Law by the Università Católica del Sacro Cuore.

⁸ See <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=120690>.

neither the UN commentaries on the double tax treaty provide MFN clauses or related interpretative guidance. However, in the commentaries to article 24, both commentaries clarify that the nondiscrimination rule does not encompass a MFN clause, due to bilateral nature of tax treaties and to the fact that it reflects the balanced result of negotiations and compromises on specific elements of domestic legislation and tax treaty policy of the contracting parties.

In fact, only the UN Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries⁹ include few paragraphs on the matter. Despite the importance of the issue at hand in practice, as it is possible to identify around 500 MFNs in the around 2750 tax treaties, the lack of clarification in the commentaries, leads to uncertainties regarding their activation and date of effectiveness among the States.

Professor Jan de Goede clarifies that against the general impression that the granting country is the weak side, in his personal view, the granting state has leverage enough to maintain its own policy despite the counterpart pressure to abandon that position. Also, the MFN clause is an important tool to overcome deadlocks during the negotiation, allowing the States to compromise.

Regarding specifically the Dutch experience, Professor Jan relates that MFN provisions are identified in 11 tax treaties signed during the 1980' and the 1990', 3 in treaties signed in the first decade of this century, and, surprisingly, more recently in the treaties signed with Chile (2021) and Colombia (2022).

Professor Jan explained that the surprise arises from the fact that the Dutch Government enacted two Notes on Tax Treaty Policy, the first in 2011 and the second in 2020, expressing reluctance in the inclusion of MFN clauses in tax treaties due to the reduction of flexibility in future negotiations and for the understanding that such clauses are not compatible with the bilateral nature of tax treaties as specific compromise between two countries.

After, caselaw on the Dutch MFN clauses was presented.

The Concentrix case, regarding the application of the MFN clause between the Netherlands and the India, which was supposed to be triggered when India signed a treaty with an OECD member. After that, India signed a treaty with Slovenia, before it became an OECD member, leading to the doubt whether the MFN clause was triggered at the time Slovenia became a member of the OECD or not, considering that at the moment the treaty between India and Slovenia was signed, the later was not an OECD member. Despite initial controversies, at the end, both countries aligned on triggering the MFN clause considering the time when the Slovenia became OECD member after conclusion of the tax treaty.

⁹ See www.un.org.development.desa.financing/files/2020-03/manual-bilateral-tax-treaties-update-2019.pdf.

The second case involved the treaty between the Netherlands and the South Africa. In this case, the South Africa negotiated a treaty with the Sweden including a MFN clause. Afterwards, the MFN with the Sweden was triggered, and it was questioned whether the Dutch clause was triggered or not. The Dutch Supreme Court concluded that the clause was triggered under a grammatical interpretation. The South African courts applied the parallel interpretation rule to conclude that the Swedish clause was triggered and therefore also the Dutch clause.

After presenting the Dutch experience, Professor Jan raised some interesting remarks on the application of MFN clauses, for instance the relation between bilateral treaties and multilateral conventions. In his opinion, Multilateral Conventions can, in case of the MLI exceptionally directly trigger MFN, but can more generally influence the application of MFN's.

Finally, the speaker sustained that States would benefit of more guidance on the application of those clauses by the OECD and the UN in the commentaries.

2. MFN Clauses in Indian Tax Treaties, Nupur Jalan

The speaker starts the presentation stating that MFN clauses are very common in the Indian treaty practice. She highlights that nearly 14% of Indian DTT's are active nowadays. Moreover, while some of the Indian MFN clauses are based in the qualification of the counterpart, there are cases that similar qualifications may not be required, and any state can represent the third country.

The speaker also states that Indian Tax Authorities are very resistant to recognize that a MFN clause was triggered, so there are many precedents related to the provision.

The speaker reporter that the MFN clauses identified in the Indian Tax Treaty networking can be classified based on items of income covered or in application mode:

| Based on Items of Income Covered | |
|----------------------------------|---|
| Passive Income | <ul style="list-style-type: none"> - Most DTTs covers only passive income (mainly interest, dividend, royalties, FTS) - Mostly covers both rate and scope and scope of passive income (e.g., DTT with <i>Belgium, France, Netherlands</i> etc.) - Some may cover only rate (e.g., DTT with Finland) |
| Active Income | <p>Found in very few DTT, may cover deduction of expenses in the case of a PE and/or for air transport and shipping income</p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>United Kingdom DTT/ Saudi Arabia DTT covers the deduction of expenses in relation to a PE</i> - <i>Philippines DTT covers income from air transport and shipping</i> |

| Based on Application Modes | |
|--------------------------------|---|
| Automatic Application | <p>Nearly 75% of Indian DTTs with this variant (Ex., DTTs with Belgium, France, Hungary etc.)</p> <p><i>Relevant cases: SCA Hygiene Products/ ITC Limited</i></p> |
| Additional notification duties | <ul style="list-style-type: none"> - Few MFN clauses adopted by India specifically highlight the requirement of the notification - Ex., DTT signed with Finland, where a formal notification between the contracting states is required for the application of the MFN clause |

| | |
|-------------------------------|---|
| Additional negotiation duties | <ul style="list-style-type: none"> - Few Indian DTTs specifically state the requirement of negotiations. - Ex., DTT with Switzerland, additional negotiation is required for certain items of income covered in MFN clause <p><i>Relevant case: Torrent Pharmaceuticals Ltd</i></p> |
|-------------------------------|---|

After this initial context, Professor Nupur presents the Concentrix case. After the judgement, the Indian Tax authorities issued circular n. 3/2022¹⁰ stating their position on the matter¹¹. The main arguments are summarized below:

| Per Circular | Certain prevalent arguments for/ against being taken in the available Indian literature on the analysis of Circular |
|--|---|
| Unilateral Decree/Bulletin/Publication do not represent shared understanding of the treaty partners on applicability of the MFN clause | <ul style="list-style-type: none"> - Stated DTT does not require any notification/ negotiation duties - Judicial presents that upheld automatic application in such cases in past: <i>India-France DTT: Steria India Ltd/ Poonawalla Aviation (P.) Ltd., India-Switzerland DTT: Torrent Pharmaceuticals Ltd., India-The Netherlands DTT: Concentrix Services Netherlands B.V.</i> |
| Conditionality for the third State being a member of the OECD on the date of conclusion of the DTT | <ul style="list-style-type: none"> - 'Grammatical analysis of the verb 'is' shows that its meaning can have past, present or future connotations, thus, fulfilment of the OECD membership condition can also be after the signing of the DTTs with the relevant third states' – Concentrix case - India did not enter into force a DTT which where OECD members i.e., Slovenia, Lithuania, Colombia |
| Application of the MFN beneficial treatment from the date of entry into force of the DTT with the third state and not from the date the third state becomes an OECD member | <ul style="list-style-type: none"> - Literal reading of the wording of the MFN clause may suggest that the MFN clause can be activated only at the time of the entry into force of the DTT with the third state provided other conditions are met, as a particular DTT cannot enter into force twice - Uniformity in reading the entire clause: Criteria of the 'entry into force' should be seen as just the starting point from when the MFN clause could potentially be activated. However, to give correct interpretation the clause should be read in uniformity("is an OECD member" condition) – Concentrix case |
| Requirement of notification under Section 90 of the Income-tax Act, 1961 | <ul style="list-style-type: none"> - Largely settled position in the Indian Judiciary; protocols are considered an integral part of the DTTs and, thus, should be self operational - Article 31 of the OECD MC dealing with 'Entry into Force', where it is stated that DTT enters into force after the completion of the internal procedure of ratification – Nothing is stated for protocol in Article 31 - Reference to GRI case: <i>the Circular specifying the need for a separate notification for importing the beneficial treatment from another Agreement as a corollary of section 90(1) of the Act, overlooks the plain language of the section seen in juxtaposition to the language of the Protocol, which treats the MFN clause an integral part of the Agreement. On notifying the Agreement or Convention, all its integral parts get automatically notified</i> |

On the speaker view, the Circular could impact the pending and future cases on MFN clauses in India. The matter could come to rest only when Circular is revisited or

¹⁰ See <https://www.incometaxindia.gov.in/communications/circular/circular-3-2022.pdf>.

¹¹ See further details in Nupur Jalan and Gaetano Manzi in this Annal.

matter is tested before the Supreme Court. Until then, taxpayers will have no option but to go into litigation where they would want to claim the beneficial treatment under the relevant MFN clauses.

3. The Italian Experience, Gaetano Manzi

The third speaker shared his views on the Italian experience. Accordingly in 105 double tax treaties it is possible to identify 22 MFN clauses in 19 treaties, as chartered:

| CS | Ratification | Reference | Income/al. | Scope/Rate/al. | Benefits for Ita Only | Automatic | Negotiation | Notification | OCDE/EU Membership | Only Other CS can Activate MFN |
|-----------------------------|------------------------------------|------------------|-----------------------|----------------|-----------------------|-----------|-------------|--------------|---------------------------|--------------------------------|
| Argentina | 15.12.1983 | Protocol \$6 | R | scope | ✓ | ✓ | x | x | x | ✓ |
| Australia | 05.12.1985 | Protocol \$8 | D-I-R | rate | ✓ | x | ✓ | ✓ | ✓ (at prot. signature) | ✓ |
| Brazil | 24.04.1981 | Protocol \$8.b | R | deduction | ✓ | ✓ | x | x | x | ✓ |
| Chile | 20.12.2016 | Protocol \$9 | I-R | rate | x | ✓ | x | ✓ | ✓ | ✓ |
| Colombia | 07.10.2021 | Protocol \$6 | D-I-R | rate | x | x | ✓ | ✓ | x | x |
| Cyprus | 09.06.1983 | Protocol \$1 | D | rate | ✓ | ✓ | x | x | x | ✓ |
| Estonia | 28.04.1982 | Protocol \$b | PE | scope | x | x | ✓ | x | ✓ (at 01.01.1996) | ✓ |
| | | Protocol \$i | R | scope & rate | x | ✓ | x | x | ✓ (at conv. signature) | ✓ |
| Ethiopia | 09.08.2005 | Protocol \$3 | R | rate | ✓ | ✓ | x | x | ✓ | ✓ |
| Jamaica | 28.08.2021 | Protocol \$e | D-I-R-SF | rate | x | ✓ | x | x | ✓ | ✓ |
| Kazakhstan | 26.02.1997 | Protocol \$4 | I-R | rate | x | ✓ | x | ✓ | ✓ | ✓ |
| Latvia | 16.06.2008 | Protocol \$b | PE | scope | x | x | ✓ | x | ✓ (at 01.01.1996) | ✓ |
| | | Protocol \$i | R | scope & rate | x | ✓ | x | x | ✓ (at conv. signature) | ✓ |
| Lithuania | 03.06.1999 | Protocol \$b | PE | scope | x | x | ✓ | x | ✓ (at 01.01.1996) | ✓ |
| | | Protocol \$i | R | scope & rate | x | ✓ | x | x | ✓ (at conv. signature) | ✓ |
| Mauritius | 28.04.1995 | Protocol \$f | R | rate | x | x | ✓ | ✓ | ✓ | ✓ |
| Mexico | 12.03.1995 | Protocol \$6 | I | rate | x | ✓ | x | x | ✓ | ✓ |
| New Zealand | 23.03.1983 | Protocol \$g | D-I-R | rate | ✓ | x | ✓ | ✓ | ✓ (at prot. signature) | ✓ |
| Pakistan | 27.02.1992 | Protocol \$f | I-R | rate | ✓ | ✓ | x | x | ✓ | ✓ |
| Philippines | 15.06.1990 | Protocol \$e | R | rate | ✓ | ✓ | x | x | x | ✓ |
| Syria | 15.01.2007 | Protocol \$5 | R | rate | ✓ | ✓ | x | x | ✓ | ✓ |
| Vietnam | 22.02.1999 | Protocol \$f | D-I-R | rate | x | ✓ | x | x | ✓ | ✓ |
| Mainly "emerging countries" | 80's=6; 90's=7; after 2000=6 | 100% in Protocol | Mainly passive income | Mainly rates | 41% | 68% | 32% | 27% | 64% | 5% |

Accordingly, the charter shows that most of the clauses were introduced during the eighties, with non-European countries. Also, the inclusion of such clauses in the protocols may be justified due to lack of guidance by the OECD and the UN models, basis for the country negotiations.

It also shows that most of the clauses regards tax rates on passive income items of income (Dividends, royalties and Interests). Italy follows the trend to automatic application, as there is no further requirement in the treaty.

The automation of the clause could lead to problems, as if the country does not monitor the counterpart, it could not know exactly if and when the clause was trig-

gered. To date, there are five MFN clauses automatically activated¹² and one MFN clause with notification duty activated¹³.

In the last case, after the notification by Chile to Italy, these countries signed a memorandum of understanding clarifying the application of the MFN clause.

4. Most-favored Nation Clauses in Brazilian Tax Treaties, Marciano Seabra de Godoi

Professor Marciano starts his presentation stating that Brazil adopts MFN clauses in half of its treaties, as a long lasting international tax policy, but there is no relevant case law on the matter. Most of the clauses are in treaties signed with OECD members.

The speaker states that there are MFN clauses in Brazilian treaties on: (i) the royalties deduction of payments to parent company in comparison to third country not situated in Latin America¹⁴; (ii) source taxation of royalties – limited to third country not situated in Latin America¹⁵, (iii) source taxation of capital gains – limited to third country not situated in Latin America¹⁶; (iv) source taxation of income from professional independent services – limited to third country not situated in Latin America¹⁷ or not limited¹⁸; (v) source taxation of technical services with the same rules of source taxation of royalties payments – no limitation¹⁹, limited to third country not situated in Latin America²⁰; (vi) source taxation of interests, royalties and technical services – limited to third countries not OECD members²¹; (vii) source taxation of dividends – limited to third country not situated in Latin America²² or not limited²³; (viii) source taxation of interests and royalties²⁴; (ix) source taxation of interests, dividends and royalties – limited to treaties signed by Brazil after 19 march 2019 with third OECD members countries not situated in Latin America²⁵.

¹² ITA-Estonia DTT: activated by Estonia-Switzerland DTT; ITA-Lithuania DTT: activated by Lithuania-Japan DTT; ITA-Latvia DTT: activated by Latvia-Japan DTT; ITA-Mexico DTT: activated by Mexico-Portugal DTT; ITA-Argentina DTT: potentially activated by Argentina-Brazil DTT.

¹³ ITA-Chile DTT.

¹⁴ Treaties with Belgium (1973), Austria (1976), Spain (1976), Sweden (1976), Luxembourg (1980), Italy (1981), Norway (1981), Canada (1986), Hungary (1991), The Netherlands (1991).

¹⁵ Treaties with Spain (1976), South Korea (1991), Israel (2005).

¹⁶ Treaties with Belgium (1973), Portugal (2001), South Africa (2006).

¹⁷ Treaties with Belgium (1973) and Portugal (2001)..

¹⁸ Treaty with Chile (2003).

¹⁹ Treaty with Mexico (2006).

²⁰ Treaty with Israel (2005).

²¹ Treaty with Switzerland (2021), could lead to the same question discussed in the Concentrix case.

²² Treaties with Spain (1976) – Only dividends paid to affiliated companies (minimum of 25% of capital); and South Korea (1991).

²³ Treaty with Mexico (2006).

²⁴ Treaty with Mexico (2006).

²⁵ Sweden DTC Amendment (2019, not in force).

It is stated that all MFN clauses in Brazilian DTC adopt automatic activation and most of MFN clauses in Brazilian DTC are not reciprocal ones and refer only to Brazilian duties.

5. Most-favored Clauses on technical services in the Brazilian Tax Treaties, Sergio André Rocha

Professor Sergio Andre Rocha states that despite being present in most of the treaties, there are few or none controversies on the matter. As the Brazilian Tax Authorities smoothly recognizes the activation of the clause.

In his view, such clauses allow Brazil to maintain its successful tax treaty policy, overcoming deadlock negotiations.

Regarding the taxation of technical services, the speaker argues that taxpayers should be aware of the tax authorities on the protocol's leveling to royalties and use it in their favor, applying the limitation on tax rate due to MFN clause to taxation of technical services.

References

- HOFBAUER, Ines. Most-Favoured-Nation Clauses in Double Taxation Conventions – A Worldwide Overview. *Intertax*. Vol. 33, Issue 10, 2005, p. 445-453. Available at: <https://kluwerlawonline.com/JournalArticle/Intertax/33.10/TAXI2005070>. Last accessed May, 15, 2022.
- JALAN, Nupur. MANZI, Gaetano. GREVE, Gert. Most Favoured Nation Clauses in Tax Treaties: Comparative Analysis and Main Issues. *World Tax Journal*, Vol. 14, Issue No. 1, Journal Articles & Opinion Pieces IBFD, 2022. https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/wtj_2022_01_int_3. Last accessed May, 15, 2022.

Comentários sobre a Relevância das Cláusulas de Nação mais Favorecida nos Tratados para Evitar a Dupla Tributação

Marcelo Salles Annunziata

Advogado, formado em 1994 pela USP, especialista em Processo Civil pela PUC em 1997, Mestre em Direito Tributário pela USP em 2002. Professor de cursos preparatórios para concursos públicos, autor de diversos estudos e trabalhos na área tributária. Sócio do Demarest Advogados. *E-mail*: mannunziata@demarest.com.br.

1. Breve introdução ao tema e objeto de estudo

Um dos temas mais atuais e polêmicos envolvendo a aplicação das normas de tratados internacionais entre países, a cláusula da nação mais favorecida, apesar de ter sua discussão e previsão há muito tempo, continua a gerar muitas controvérsias.

De fato, a aplicação de tal cláusula gera ainda hoje contenciosos envolvendo vários Estados, e muitas vezes surgem dúvidas quanto à sua aplicação e reivindicação de que seja cumprida.

Exemplo recente disso foi a edição da Solução de Consulta Cosit n. 150, de 2021, por parte da Receita Federal do Brasil, em que se reconheceu a aplicação da referida cláusula em benefício de empresa situada em Portugal, para limitação da tributação de imposto de renda na fonte sobre ganho de capital em alienação de ações detidas por essa empresa portuguesa em empresa situada no Brasil.

No caso em comento, entendeu o fisco brasileiro que deveria haver a limitação da tributação dos ganhos na alíquota de 15% (alíquota mínima prevista na lei brasileira, que pode chegar a até 22,5%, a depender dos valores dos ganhos envolvidos), uma vez que o Brasil assinou com o Estado de Israel tratado prevendo tal limitação.

Esse é apenas um exemplo de discussão que o tema geralmente traz na relação entre os países signatários de tratados para evitar a dupla tributação, e que merece um aprofundamento visando maior clareza na aplicação desses tratados, procurando sempre preservar o direito contido em tal disposição, com o prestígio que deve ser dado ao tratamento não discriminatório entre os países.

Neste trabalho, procura-se demonstrar a importância de preservar os direitos e fomentar cada vez mais a aplicação de tal cláusula, a fim de incrementar ainda mais os direitos nas relações de comércio internacional.

2. Princípio da não discriminação tributária em tratados internacionais

A cláusula da nação mais favorecida se insere na preservação da não discriminação tributária que deve ser intentada enquanto valor fundamental e essencial nas relações internacionais, especialmente no caso de tratados para evitar a dupla tributação nos impostos sobre a renda.

A não discriminação tributária deve ser buscada sob dois enfoques: (i) dar a um produto importado tratamento igual àquele concedido a um produto nacional; e (ii) aplicar a uma nação as mesmas condições tributárias benéficas oferecidas a outra nação.

Vale lembrar que a Constituição Federal brasileira assegura o princípio da isonomia como basilar de nosso sistema, incluindo-se aí também, por óbvio, as relações jurídicas estabelecidas em tratados internacionais assinados pelo Brasil, assegurando esse direito aos considerados “residentes” e “não residentes” em solo nacional sem possibilidade de qualquer distinção de tratamento.

O art. 98 do Código Tributário Nacional também assegura que os tratados internacionais, uma vez internalizados, atuem como norma especial que deve ser aplicada nas situações nele previstas (não havendo, portanto, superioridade hierárquica dos tratados com relação à legislação interna, embora se deva aqui considerar o critério da especialidade).

Vê-se, portanto, que o Brasil, como nação democrática e considerando sua atuação globalizada, deve respeito aos tratados internacionais celebrados, que representam, na verdade, a própria vontade popular a ser considerada após a sua aprovação para vigorar no âmbito do direito nacional.

Sobre a necessidade/imprescindibilidade de tratamento isonômico entre “residentes” e “não residentes”, ao comentar sobre o capital estrangeiro no Brasil, vale trazer as lições de Heleno Taveira Torres no sentido de que a exigibilidade de tributos não pode ser usada como fator discriminatório, ainda mais considerando, por exemplo, a participação societária de uma empresa estrangeira em uma empresa nacional, visto que, ao se admitir a discriminação do capital estrangeiro nessa situação, estar-se-ia, em verdade, penalizando a própria empresa nacional, em total descompasso com a isonomia necessária nessa situação¹.

3. Cláusula da nação mais favorecida

Como visto, uma das vertentes da não discriminação tributária é exatamente a aplicação a uma nação do mesmo tratamento dado a outra nação em um determinado acordo internacional, fazendo que se equilibrem as relações jurídicas internacionais.

O Brasil é signatário do Acordo Geral de Comércio e Tarifas (GATT), que exige o tratamento igualitário entre as nações no âmbito das relações internacionais. O GATT tem como principal objetivo assegurar a não discriminação, visando, com isso, evitar que práticas discriminatórias sejam eventualmente criadas por determinado país, desequilibrando a necessária harmonia que deve permear a relação entre os países.

¹ TORRES, Heleno Taveira. Princípio da não discriminação no direito tributário brasileiro. *Revista Síntese*, jul. 2012.

A cláusula da nação mais favorecida tem, assim, papel relevante nessa função, sendo de suma importância sua aplicação. Desse modo, havendo condição mais benéfica aplicada a um determinado país, e submetendo-se à mesma situação uma outra nação, deve-se a esta última obrigatoriamente aplicar o mesmo benefício.

Aqui vale citar as lições de artigo de autoria de Michelle Lúcia Silva de Souza e Homero Francisco Tavares Junior²:

“2. Conceituação do instituto – Segundo Albuquerque Mello, ‘a cláusula da nação mais favorecida é aquela que em um tratado se estipula que os Estados contratantes se outorgarão as vantagens mais consideráveis que eles já tenham concedido, ou possam vir a conceder no futuro, a um terceiro Estado, sem que seja necessária uma nova convenção entre eles.

Como se vê, encontra-se inserido no conceito da cláusula da nação mais favorecida o princípio da isonomia, ou seja, os países signatários de um determinado tratado terão que acordar, incondicionalmente, entre si, qualquer vantagem sobre direitos aduaneiros e taxas comerciais que por ventura vierem a firmar com outras nações não participantes do tratado. Assim, se os Estados ‘A’ e ‘B’ celebram um tratado de comércio estipulando impostos aduaneiros ‘x’, e, mais tarde, o Estado ‘B’ conclui tratado de igual gênero com o Estado ‘C’, estipulando impostos ‘x-1’, diz-se que o Estado ‘A’ será automaticamente favorecido com a alíquota mais branda (aquela do tratado entre ‘B’ e ‘C’), já que a cláusula da nação mais favorecida constava em seu contrato inicial (firmado entre ‘A’ e ‘B’). Em termos práticos, para um melhor entendimento do mecanismo da cláusula da nação mais favorecida, visualize-se o seguinte exemplo: Brasil e Itália celebram um tratado internacional, em que as partes se comprometem a cobrar imposto de, no máximo, 5% (cinco por cento) sobre a importação de automóveis, fazendo constar, deste tratado, a cláusula da nação mais favorecida. Posteriormente, o Brasil celebra um tratado com a França, em que se compromete a cobrar uma alíquota de no máximo 4% (quatro por cento) sobre a importação de automóveis originários deste país. Dessa forma, a alíquota de 4% (quatro por cento), incidente sobre a importação de carros franceses, estender-se-á, automaticamente (e este é um importante aspecto da cláusula em estudo, conforme se verá oportunamente), à importação de carros italianos, uma vez que a cláusula da nação mais favorecida se fez presente no tratado inicial, firmado entre Brasil e Itália. A rigor, a cláusula da nação mais favorecida não está formulada de forma igualitária em todos os instrumentos internacionais e, portanto, seus alcances variam de acordo com a maneira como está expressa. Prevalecerá, conforme o caso, o princípio da autonomia da vontade do país contratante. Dentre outros, podem ser citados como exemplos de tratados em que a cláusula em estudo se faz presente, além dos já assinalados anteriormente: o Tratado de Montevideu de 1980 (ALADI) e o Tratado Constitutivo do NAFTA”.

² SOUZA, Michelle Lúcia Silva de; JR. TAVARES, Homero Francisco. A cláusula da nação mais favorecida. *Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 11, p. 183-194, jan. 2004.

E concluem ressaltando a importância da cláusula³:

“Em suma, a aplicação da cláusula da nação mais favorecida constitui uma importante ferramenta para todo o contexto – notadamente o comercial – internacional, seja por sua característica elástica, seja por sua natureza automática, dentre as outras a ela inerentes. Aliás, são esses e outros elementos que lhe preservam as qualidades de continuidade e universalidade. No âmbito dos fenômenos da globalização e do regionalismo (cada dia mais presentes no cotidiano da comunidade global), a cláusula da nação mais favorecida possui importância de relevo, pois diz respeito à sua abrangência, ou, ainda, à sua aplicação”.

4. Aplicações mais recentes da referida cláusula e perspectivas para o futuro do comércio internacional

Como se viu na introdução deste trabalho, a Receita Federal do Brasil recentemente aplicou a cláusula da nação mais favorecida relativamente ao tratado Brasil-Portugal, uma vez que o benefício tributário havia sido concedido a transação efetuada entre Brasil e Israel em relação à limitação do imposto de renda retido na fonte sobre venda de participação societária.

Essa aplicação feita pelo fisco brasileiro se coaduna com o moderno conceito de não discriminação tributária, que, como visto, deve ser incessantemente perseguido e aplicado.

Vimos também, neste ano de 2022, como desdobramento das relações internacionais decorrentes da guerra da Ucrânia contra a Rússia, uma série de medidas dos países ocidentais contra a nação russa, dentre elas, e particularmente o que nos interessa aqui, notícia de que os Estados Unidos aprovaram suspensão da cláusula da nação mais favorecida à Rússia.

Vê-se, portanto, que referida cláusula ainda demonstra sua importância no comércio internacional e nos tratados para evitar dupla tributação, podendo ser utilizada em diversas situações nas relações internacionais, inclusive como “sanção” a países que iniciam guerra considerada indevida pela comunidade internacional.

Nesse sentido, não se deve subestimar a cláusula, nem desprezar seus relevantes efeitos jurídicos, ainda que prevista de forma unilateral.

Vale lembrar ainda que sua utilização demonstra particular relevo quando se trata de acordos regionais de comércio entre países e de eventuais conflitos que a previsão nesses acordos pode gerar em comparação com acordos globais feitos também por essas nações que se submetem aos acertos regionais.

Com efeito, deve-se considerar o “regionalismo” como uma exceção à cláusula, havendo vários casos de acordos internacionais que relevam a sua aplicação em caso de relações comerciais estabelecidas via acordos regionais.

³ SOUZA, Michelle Lúcia Silva de; JR. TAVARES, Homero Francisco. A cláusula da nação mais favorecida. *Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 11, p. 183-194, jan. 2004.

Exemplo disso pode ser facilmente verificado no acordo internacional do Mercosul, em que os países que o formam também se submetem às normas do GATT; isso porque o GATT expressamente prevê uma exceção à aplicação da cláusula, nos seguintes termos: “[...] as disposições deste Acordo não constituirão obstáculo ao estabelecimento, entre os territórios das partes contratantes, de uma união aduaneira ou de uma zona de comércio livre”.

Assim, por exemplo, poderá ocorrer no caso de um acordo entre Brasil e Argentina sobre taxaço de veículos importados entre os dois países, em que se defina taxaço zero nessas transações, ao passo que no âmbito do GATT haverá tributação; mesmo nesses casos, um país signatário do GATT não poderia exigir do Brasil a aplicação da referida cláusula para também ter o benefício da taxaço zero.

Isso mostra que a cláusula da nação mais favorecida poderá ter exceções, como mostra o exemplo regional acima, e isso não necessariamente tira sua relevância no comércio internacional – ela acaba sendo “acomodada” considerando os vários interesses globais em conflito com os regionais, inclusive visando preservar e prestigiar certas peculiaridades locais que, sabemos, existem apesar do mundo globalizado.

Sobre o tema, vale de novo citar trecho do artigo publicado por Michelle Lúcia Silva de Souza e Homero Francisco Tavares Junior⁴:

“O Mercosul, por sua vez, constitui uma organização internacional que tem como propósito a integração econômica, ou seja, é um bloco regional. Mas, como relacionar globalização com regionalismo e GATT com Mercosul? A título de exemplo, visualize-se o Brasil e a Argentina. Suponha-se que, em função do Mercosul, o Brasil concede uma alíquota de 0% (zero por cento) para a importação de carros argentinos (carros originários de um país integrante do Mercosul), e uma alíquota de 10% (dez por cento) para carros originários dos Estados Unidos da América, em função do GATT. Veja: se a exceção à regra da cláusula da nação mais favorecida não estivesse prevista no GATT, o Brasil teria que conceder, automaticamente, a alíquota de 0% (zero por cento) para os carros originários dos Estados Unidos da América, bem como para todos os outros Estados signatários do GATT. Assim, a alíquota de 0% (zero por cento), que era uma vantagem conferida a um país do Mercosul – ou seja, concedida em função de uma União Aduaneira –, seria estendida a vários outros países não participantes deste bloco regional. Depois deste exemplo, podemos entender a relação da cláusula da nação mais favorecida com os fenômenos da globalização e do regionalismo. Não estamos dizendo que um não tem nada a ver com o outro. Pelo contrário, ambos surgiram em um mesmo contexto histórico e com várias semelhanças. A propósito, o magistério do Prof. Sérgio Mourão Corrêa Lima: “[...] a tentativa de implementação do processo

⁴ SOUZA, Michelle Lúcia Silva de; JR. TAVARES, Homero Francisco. A cláusula da nação mais favorecida. *Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, v. 11, p. 183-194, jan. 2004.

de globalização comercial expressava-se através do tratado internacional denominado GATT, cujo objetivo era a gradativa eliminação das barreiras ao comércio internacional. Por outro lado, o processo de regionalização começou com a tentativa de uma integração – primeiramente comercial e mais tarde econômica – dos estados europeus, o que serviu de exemplo para outros processos de integração (Mercosul) e tentativas de regionalismo comercial (ALCA). Assim é que, sem a cláusula da nação mais favorecida, não seria possível uma integração comercial, uma vez que inexistiria tratamento isonômico entre as partes envolvidas. Porém, quando a integração comercial ‘invade’ o campo da globalização e do regionalismo, temos sempre que estar atentos quanto à aplicação – ou o emprego da exceção retro anunciada – da cláusula da nação mais favorecida. No âmbito do regionalismo, a cláusula em questão é imprescindível para que haja a integração comercial entre aqueles países que constituem o bloco regional. Entretanto – e aí o proveito do exemplo dado linhas atrás –, este bloco regional estaria constantemente ameaçado se a aplicação da cláusula da nação mais favorecida se estendesse a outros países no processo da globalização. Na prática, para que haja uma integração comercial entre os países do Mercosul, vale dizer, para que se preserve uma União Aduaneira, é de suma importância a aplicação da cláusula da nação mais favorecida entre seus membros. Porém, estes países membros não poderão estender os favores reciprocamente concedidos para outros Estados, como por exemplo, para os signatários do GATT. Mister ressaltar, por último, que um processo de integração remete, irremediavelmente, a uma Zona de Livre Comércio (ZLC), bem como a uma Tarifa Externa Comum (TEC). Entenda-se, entretanto, que, sem tratamento isonômico, não é possível ocorrer uma integração comercial, conforme defendido ao longo do presente trabalho. A cláusula da nação mais favorecida surge, então, como o mecanismo – forma jurídica – adequado para viabilizar o mencionado tratamento isonômico, constituindo, por via de consequência, um dos elementos mais importantes para a efetivação de uma integração comercial”.

5. Conclusões

A aplicação da cláusula da nação mais favorecida deve ser prestigiada em todas as relações internacionais, considerando os tratados para evitar dupla tributação celebrados entre as nações, visando tratamento igualitário.

Os valores por ela protegidos dizem respeito ao primado da igualdade nas relações comerciais entre os países, prestigiando o valor da não discriminação tributária dentro do mundo globalizado.

Vimos também que referida cláusula comporta exceções, especialmente devido a acordos de comércio regionais entre países, mas isso não elimina a sua relevância no comércio internacional.

Assim, atentos devem estar os países para que a cláusula seja respeitada e aplicada, assegurando, desse modo, a justiça nas relações comerciais internacionais.

Recent Developments on the Application of the Most Favoured Nation Clauses in Tax Treaties. The Indian Case Study

Gaetano Manzi

Tax lawyer based in Italy. His area of expertise is in Corporate and International Tax.
E-mail: gaetano.manzi@outlook.com.

Nupur Jalan

Tax professional specialising in Corporate Tax, International Tax and Transfer Pricing,
and an interdisciplinary researcher. E-mail: jalannupur@outlook.com.

Abstract

The Indian Central Board of Direct Taxes issued a Circular in February 2022 stating its position on the activation of the Most Favoured Nation clauses included in the tax treaties concluded by India with the Netherlands, France and Switzerland. The paper aims to analyse such document and, therefore, the point of view of the Indian Government on this topic. It starts with an overview of the facts and circumstances taken into consideration in the Circular and then assesses critically the different approaches and principles stated by the Central Board of Direct Taxes in the same document.

1. Introduction

The debate on the Most Favoured Nation (“MFN”) clauses in the tax treaties has increased in the last years mainly because of certain judicial precedents and consequential developments that occurred in the international tax community.

The issues around these clauses are mainly due to: (i) the lack of a model clause in the OECD and UN Model Convention (“OECD/UN MC”) and the consequent proliferation of many variants of the clause in the relevant double tax treaties (“DTTs”); (ii) the general lack of a clear wording, and the consequent different interpretations of the same clauses by the relevant contracting states (see *infra*); (iii) the limited number of DTTs in which they are present (i.e. mainly those concluded with developing countries), and the consequent lack of detailed studies on their functioning, application and interpretation.

The authors have recently published an article on this topic¹, assessing the historical background of the MFN clauses and some of the above main issues; the article also includes a comparative analysis of the different MFN clauses included in the tax treaties of certain jurisdictions².

¹ JALAN, N.; MANZI, G.; GREVE ARCIL, G. Most Favoured Nation clauses in tax treaties: comparative analysis and main issues. *World Tax Journal*, vol. 14, no. 1, 2022.

² I.e., India, Italian and Chilean jurisdictions.

In this article, the authors intend to cover a very recent development on this topic, i.e. the Indian Central Board of Direct Taxes (“CBDT”) Circular no. 3/2022, dated 3 February 2022 (“Circular”), where the Indian Government has taken specific positions on some of the main critical issues on the application of MFN clauses in the tax treaties³.

In particular, the Circular assesses the functioning and mechanics of application of the MFN clauses included in the DTTs concluded by India with the Netherlands, France and Switzerland and the circumstances in which the taxpayers can claim benefits of such clauses. The debated question is about whether these clauses have been activated by the subsequent DTTs concluded by India with Slovenia, Lithuania and Colombia, as these States were not OECD member countries at the time of conclusion of such DTTs; they obtained the OECD membership at a later stage.

The analysis starts with an overview of the facts taken into consideration in the Circular and then continues with a chapter about what the Circular said (or should have said), including the authors’ analysis of the different points taken into consideration by the CBDT⁴, and finally provides some considerations on the actual weight of the document at hand.

2. Facts assessed in the Circular

The Circular assesses whether the MFN clauses included in the DTTs with the Netherlands, France and Switzerland have been actually activated by the conclusion of the subsequent DTTs with Slovenia, Lithuania and Colombia and their subsequent change in the status from non-OECD to OECD member countries.

In particular, the relevant MFN clauses are those reported below:

- the India-Netherlands DTT, concluded on 30 July 1988, entered into force on 21 January 1989, provides with the following clause: “If *after the signature* of this convention under any Convention or Agreement between India and a third State *which is a member of the OECD* India should limit its taxation at source on dividends, interests, royalties, fees for technical services or payments for the use of equipment to a rate lower or a scope more restricted than the rate or scope provided for in this Convention on the said items of income, then as *from the date* on which the relevant Indian *Convention or Agreement enters into force* the same rate or scope as provided for in

³ JALAN, N.; MANZI, G.; GREVE ARCIL, G. Op. cit. The Circular was published after the publication of the decision on the Indian Concentrix case (Delhi HC, 22 April 2021, Concentrix Services Netherlands B.V. vs. Income Tax Officer (TDS), Cases W.P.(C) 9051/2020 and W.P.(C) 882/2021 (2021)), which brought the attention of the Indian tax community on certain issues regarding the MFN clause application in tax treaties.

⁴ Only §4.5. of the Circular has been considered outside the scope of this paper.

- that Convention or Agreement on the said items of income shall also apply under this Convention” (Protocol, point no. IV);
- the India-France DTT, signed on 29 September 1992, entered into force on 1 August 1994⁵, provides with the following clause: “In respect of articles 11(Dividends), 12 (Interests) and 13 (Royalties, fees for technical services and payments for the use of equipment), if under any Convention, Agreement or Protocol *signed after 1-9-1989*, between India and a third State *which is a member of the OECD*, India limits its taxation at source on dividends, interests royalties, fees for technical services or payments for the use of equipment to a rate lower or a scope more restricted than the rate or scope provided for in this Convention on the said items of income, the same rate or scope as provided for in that Convention, Agreement or Protocol on the said items of income shall also apply under this Convention, *with effect from the date on which the present Convention or the relevant Indian Convention, Agreement or Protocol enters into force*, whichever enters into force later” (Protocol point no. 7);
 - the India-Switzerland DTT, concluded on 2 November 1994, entered into force on 29 December 1994, provides with the following clause: “In respect of articles 11(Dividends), 12 (Interest) and 12 (Royalties and fees for technical services), if under any Convention, Agreement or Protocol between India and a third State *which is a member of the OECD signed after the signature of this Amending Protocol*, India limits its taxation at source on dividends, interest, royalties or fees for technical services to a rate lower than the rate provided for in this agreement on the said items of income, the same rate as provided for in that Convention, Agreement or Protocol on the said items of income shall also apply between both Contracting States under this Agreement *as from the date on which such Convention, Agreement or Protocol enters into force*” (Protocol point no. 10);

The above MFN clauses have been (allegedly) activated by the following DTTs:

- with regard to the India-Netherlands DTT and the India-France DTT: by India-Slovenia DTT, concluded on 13 January 2003, entered into force on 17 February 2005, in which it has been agreed a lower 5% dividends rate in case holding is above 10%;
- with regard to the India-Switzerland DTT: (i) first, by India-Lithuania, concluded on 26 July 2011, entered into force on 10 July 2012. The DTT with Lithuania includes a lower 5% dividends rate in case holding is above

⁵ The first Convention between France and India was concluded on 26 March 1969. It has been subsequently abrogated by the one signed in 1992 that included for the first time the quoted MFN clause.

10%; (ii) secondly by India-Colombia DTT, concluded on 13 May 2011, entered into force on 7 July 2014. The DTT with Colombia, instead, includes a lower 5% dividends rate for dividends arising from qualified interests and portfolio dividends.

In relation to the above, the main issue on the application of the MFN clauses goes around the moment when these States (i.e. Slovenia, Lithuania and Colombia) became OECD members.

OECD membership, in fact, is one of the requirements specifically indicated by all the abovementioned MFN clauses necessary to trigger their application.

Anticipating some of the issues assessed in the next chapter, the CBDT believes that the MFN clauses have not been activated by the subsequent DTTs, because Slovenia, Lithuania and Colombia were not OECD members at the time of the signing/conclusion of the relevant DTTs with India, but become OECD members thereafter (i.e. Slovenia on 21 July 2010; Lithuania on 5 July 2018; Colombia on 28 April 2020).

The Netherlands, France and Switzerland believe the contrary, considering the OECD membership a requirement that can also be fulfilled at a later stage (i.e. at the time of the application of the MFN clause). For this purpose, these countries issued (unilateral) official communications related to the application of the above MFN clauses:

- with respect to the Netherlands: Decree no. IFZ 2012/54M dated 28 February 2012 (“Decree”), stating the MFN clause application from the moment Slovenia became an OECD member (i.e. 21 July 2010);
- with respect to France: official bulletin of Public finances-Taxes (*Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts*) published by DGFIP on 4 November 2016 (“Bulletin”), stating the MFN clause application from the moment Slovenia became an OECD member (i.e. 21 July 2010);
- with respect to Switzerland: the publication made by the Federal Department of Finance – the Swiss Confederation on 13 August 2021 (“Publication”) stating the MFN clause application starting from: (i) for the Lithuania DTT’s clause: when Lithuania became an OECD member (i.e. 5 July 2018); (ii) for the Colombia DTT’s clause: when Colombia became an OECD member (i.e. 28 April 2020).

3. What the Circular (should have) said

Four main statements/principles can be extracted from the Circular⁶. This section aims to go through them, critically assessing the arguments upheld by the CBDT.

⁶ The sub-titles of this §3 represent the statements of the different sub-section of the Circular from §4.1. to §4.4.

3.1. Unilateral Decree/Bulletin/Publication do not represent shared understanding of the treaty partners on applicability of the MFN clause

The first point raised by the Circular⁷ deals with the unilateral communications issued by the Netherlands, France and Switzerland (as stated in section 2), in relation to the activation of the relevant MFN clauses.

According to the Circular, such unilateral communications (i) do not represent a shared understanding of the MFN clauses' applicability and, thus, (ii) they cannot have any binding force as far as interpretation of the clauses at hand is concerned. At most, these unilateral approaches can represent the view of the other Contracting States for providing relief from taxes to be paid in the respective countries. Since these unilateral communications have not been agreed upon with India cannot have any impact on the taxes to be paid in India.

Thus, the Circular seems to suggest that a further agreement between India and the relevant Contracting States is required in order to activate the mentioned MFN clauses.

From a technical/theoretical standpoint, this statement seems not correct⁸, having considered the wording of the MFN clauses of the Indian tax treaty with the Netherlands, France and Switzerland.

The MFN clauses in these tax treaties, related to passive income tax rates, do not require any further activities/duties⁹ by the relevant Contracting States to apply the beneficial treatment provided by the same clauses¹⁰. The wording of these clauses, in fact, says that if, after the conclusion of the DTT between India and the Netherlands/France/Switzerland, India concludes another DTT with a third country which is an OECD member¹¹, granting more favourable rates for passive income, it has to provide the same rates to the Netherlands/France/Switzerland from the date of entry into force of the treaty with the third country. The wording suggests an automatic application of the MFN clause if the other requirements stated in the clause are satisfied.

Nearly 75% of the treaties signed by India which include an MFN clause are similar to the clauses at hand and, thus, do not require any additional negotiations or notifications duties by the relevant Contracting States¹².

⁷ Circular §4.1.

⁸ At least in relation to dividend income tax rates. See *infra*: there is a second MFN clause in the DTT concluded between India and Switzerland, which has a different functioning, and it is able to challenge the position of the Indian Government.

⁹ The activation of the MFN clause varies across tax treaties, and it can have either automatic application, it may require negotiation with the other Contracting state, or it may require notification duties. See: JALAN, N.; MANZI, G.; GREVE ARCIL, G., op. cit., §2.2.

¹⁰ See *infra*: there is a second MFN clause in the treaty concluded between India and Switzerland, which has a different functioning, and it is able to challenge the position of the Indian Government.

¹¹ This requirement will be assessed in more detail below.

¹² JALAN, N.; MANZI, G.; GREVE ARCIL, G., op. cit., §2.2.1.

In certain cases, brought before Indian courts, the Indian judges have already rejected the alleged notification requirements invoked by the Indian Tax Authorities with respect to the same clauses, i.e. with respect to clauses that do not mention such requirement (e.g. see: *SCA Hygiene Products* case¹³). Analogously, there are also certain Indian courts' judgements¹⁴, where the Indian DTTs with France, Switzerland and Netherlands have been tested, and courts have ruled on the automatic application of the MFN clause¹⁵.

Further, the position of the CBDT seems difficult to be upheld for another reason. There are treaties signed by India in which additional activities are required by the relevant Contracting States in order to activate the MFN clause. Thus, it can be said that the Indian government is aware of this topic, i.e., of the fact that without mentioning a specific duty (e.g., notification or further agreement/negotiation), the MFN clause could be of automatic application; in other words, the different possibilities mentioned above are something well known in the Indian tax treaty policy.

For example, this is the case of the India-Finland DTT, which includes an MFN clause with a similar functioning of those mentioned above, but which conditions its application to a specific notification requirement. Literally, the clause says: "The competent authority of India shall inform the competent authority of Finland without delay that the conditions for the application of this paragraph have been met and *issue a notification to this effect for application of such exemption or lower rate*" (emphasis added)¹⁶.

But the most relevant argument against the coherence of the reasoning made by the CBDT is demonstrated by one of the treaties that have been assessed in the Circular itself, i.e. the DTT with Switzerland.

This MFN clause in the treaty has two parts. The first one has been quoted above and relates to the passive income rates; as anticipated, it does not provide any further activities for its application.

The second one, instead, concerns the scope of certain passive incomes and reads as follows: "If after the date of signature this Amending Protocol, India under any Convention, Agreement or Protocol with a third State which is a mem-

¹³ In: ITAT Mumbai, *SCA Hygiene Products AB*, Case TS-4-ITAT-2021(Mum). See also: JALAN, N.; MANZI, G.; GREVE ARCIL, G., op. cit., §2.2.2.1.

¹⁴ India-France DTT: *Steria India Ltd vs. CIT* [TS-5588-HC-2016(DELHI)-O] / *Poonawalla Aviation (P) Ltd., In re* [TS-717-AAR-2011-O], *In re*; India-Switzerland DTT: *Torrent Pharmaceuticals Ltd. vs. ITO* (Case TS-609-ITAT-2016(Ahd)); India-The Netherlands DTT: *Concentrix Services Netherlands B.V. vs. Income Tax Officer (TDS)*, Cases W.P.(C) 9051/2020 and W.P.(C) 882/2021 (2021), Delhi HC.

¹⁵ For example, in the ITAT case of *Torrent Pharmaceuticals Ltd.*, Case TS-609-ITAT-2016(Ahd)). Except for a specific situation in the DTT with Switzerland, where a second MFN clause requires re-negotiation in certain cases.

¹⁶ India-Finland DTT, Protocol point no. II.

ber of the OECD, restricts the scope in respect of royalties or fees for technical services than the scope for these items of income provided for in Article 12 of this Agreement, then Switzerland and India shall enter into *negotiations* without undue delay in order to provide the same treatment to Switzerland as that provided to the third State” (emphasis added)¹⁷.

The clarification mentioned above clearly suggests that India and Switzerland expressly agreed to condition only this second MFN clause to further negotiation. Otherwise, they would have put the same wording also in the text of the first one on passive income rates.

This is even more clear when assessing the history of such a clause. The footnote No. 10 to point No. 5 of the Protocol¹⁸ says that the MFN clauses quoted above have not always been in the present shape but have been modified in 2011. In particular, the mentioned point No. 5 of the Protocol was substituted by Notification No. SO 2903(E), dated 27 December 2011. Prior to its substitution, the same paragraph¹⁹, which was amended by Notification No. GSR 74(E), dated 7 February 2001, read as follows: “With reference to Articles 10, 11 and 12: 4. If after the signature of the Protocol of 16 February 2000 under any Convention, Agreement or Protocol between India and a third State which is a member of the OECD, India should limit its taxation at source on dividends, interest, royalties or fees for technical services to *a rate lower or a scope more restricted* than the rate or scope provided for in this Agreement on the said items of income, then, Switzerland and India shall enter into *negotiations* without undue delay in order to provide the same treatment to Switzerland as that provided to the third State” (emphasis added).

The above further underlines that previously the treaty conditioned the application of the MFN clauses to further negotiations between the relevant Contracting States both in the case of lower passive income rates and more restricted scope of the same.

In 2011, the Contracting States intentionally modified the clause, subjecting it to further negotiation only in the case of more restricted scope of passive income DTTs articles. This amendment *de facto* set off the automatic application of the MFN clause related to passive income rates.

In the light of the above, it can be upheld that, at least from a theoretical standpoint, the Circular is wrong when it says that “[s]ince these decree/bulletin were passed without any discussion with the Government of India, it would not have any effect on curtailing the tax liability that is payable to the Government of India under the respective tax treaty”²⁰. This is because the Netherlands/France/

¹⁷ India-Switzerland DTT, Protocol point no. 5.

¹⁸ The Protocol of the India-Switzerland DTT.

¹⁹ Previously this paragraph had a different numbering, it was the no. 4. Then, it has been renumbered as paragraph no. 5 by Notification no.SO 2903(E), dated 27 December 2011.

²⁰ Circular §4.1., p. 3.

Switzerland were not obliged to reach any further agreement with India before applying the relevant MFN clauses (i.e. at least those relating to dividend rates in this case).

At most, a notification duty vis-a-vis the other Contracting State may be required by the country that recorded a change in its taxation laws due to the conclusion of a DTT with the third state and, thus, to the activation of the relevant MFN clause (India in this case); such a duty could be upheld on the basis of a provision similar to the one provided by article 2(4) OECD MC, which is included in the DTTs signed by India with the Netherlands, France and Switzerland²¹. However, such a notification would be more a matter of courtesy vis-a-vis the other contracting states, where it is not conceived in the DTT as an express condition for the MFN clause activation.

Having said that, here, there is definitely another problem, which relates to a different interpretation of the MFN clause. In fact, even if it can be upheld the automatic application of the MFN clause related to passive income rates, such an application entails, in any case, the satisfaction of the conditions required by the same MFN clause. India disagrees on the fulfilment of the OECD membership condition and – according to the Circular²² – communicated its position to the relevant Contracting States without receiving any response (this issue is assessed more in detail in the next paragraph).

3.2. Conditionality for the third State being a member of the OECD on the date of conclusion of the DTT

As anticipated above, the main disagreement between the CBDT and the relevant Contracting States concerns the actual fulfilment of the conditions required for the MFN clause activation, specifically the “OECD membership” one.

These clauses are activated only if a subsequent treaty is concluded by India with a third country which is an OECD member. However, the same clauses are not clear in determining at which date the third country should be an OECD member, e.g. (i) at the time the DTT with India is concluded, (ii) it enters into force, or (iii) when the taxpayer/the other Contracting State applies the MFN clause.

According to the Circular²³, it is clear from the MFN clauses’ wording that the third state has to be an OECD member both at the time of the conclusion of the DTT and at the time of applicability of the MFN clause. Slovenia was not an

²¹ The wording of article 2(4) OECD MC reads as follows: “[...] The competent authorities of the Contracting States shall notify each other of any significant changes that have been made in their taxation law”. For a more detailed analysis of this issue, see: JALAN, N.; MANZI, G.; GREVE ARCIL, G., *op. cit.*, §2.3.3.1.

²² Circular §4.1.1. and §4.1.2., p. 3.

²³ Circular §4.2.

OECD member when India entered into the DTT with it. Reliance on the fact that Slovenia was an OECD member at the time of the application of the MFN clause is contrary to the object and purpose of the DTT.

The first objection to the Circular is that the wording is all but clear; in fact, it has been interpreted in the opposite way by all the other Contracting States, and it is very debated in academia²⁴. It does not specify when the OECD membership condition has to be met like many other DTTs do.

For example, the MFN clause included in the DTT signed between Italy and Lithuania literally says: “it is understood that if Lithuania agreed in a convention for the avoidance of double taxation with another State which *at 1 January 1996 is a member of the OECD*” (emphasis added)²⁵. Another example is provided by the MFN clause included in the DTT between Italy and New Zealand according to which: “if, in a Convention for the avoidance of double taxation that is subsequently made between New Zealand and a third State *being a State that at the date of signature of this Protocol is a member of the OECD*” (emphasis added)²⁶.

As can be seen below, the wording used in the MFN clauses assessed in this paper is more ambiguous than the one mentioned above:

- DTT with the Netherlands: “If after the signature of this convention under any Convention or Agreement between India and a third State which is a member of the OECD”;
- DTT with France: “if under any Convention, Agreement or Protocol signed after 1-9-1989, between India and a third State which is a member of the OECD”;
- DTT with Switzerland: “if under any Convention, Agreement or Protocol between India and a third State which is a member of the OECD signed after the signature of this Amending Protocol”.

In this regard, the authors have already pointed out that the wording used can allow different interpretations, depending on the approach adopted²⁷.

In particular, on one hand, one may say that the subsequent DTT with the third state shall be necessarily signed with a country that already has the OECD membership at the moment of the conclusion of the same DTT. In the case at hand, India did not sign the subsequent DTTs with OECD members but with countries that became OECD members at a later stage (i.e., Slovenia, Lithuania, Colombia). This is the position upheld by the CBDT in the Circular.

On the other hand, the grammatical analysis of the verb “is” shows that its meaning can have past, present or future connotations, thus, allowing the fulfil-

²⁴ JALAN, N.; MANZI, G.; GREVE ARCIL, G., op. cit., §2.3.2.1.

²⁵ Italy-Lithuania DTT, Protocol lett. b).

²⁶ Italy-New Zealand DTT, Protocol lett. g).

²⁷ JALAN, N.; MANZI, G.; GREVE ARCIL, G., op. cit., §2.3.2.1.

ment of the OECD membership condition also after the signing of the DTTs with the relevant third states. Based on the unilateral notifications, it seems this is the position upheld by the Netherlands, France and Switzerland.

Situations in which different interpretations are possible is not uncommon in tax treaties, especially where terms are not defined therein.

However, the circumstances addressed in this article appear a bit different: the main issue here seems not only about the interpretation of a term that could have a slightly different significance under the relevant jurisdictions involved. Here, there is a disagreement also on certain basic elements required for the MFN clauses' activation, e.g., the possible starting dates of their effects.

Is it possible that the Contracting States did not discuss this matter/reach an agreement on such conditions and that they have left the wording of the clause ambiguous on purpose just to conclude the treaty?

In the authors' opinion, the answer to the above question should be negative since, as said above, the point under discussion is a really basic element of the clause at hand. Further, the hypothesised behaviour would be in contrast with the acting in good faith enshrined in the Vienna Convention on the Law of Treaties 1969 ("VCLT") and a professional approach.

The determination of the conditions for the MFN clause application is not something that could remain unclear or could be left to the different interpretations of the parties; it is like the Contracting States did not agree on the date of the entry into force of the DTT, or similar.

This is also strange because at the time of the conclusion of the DTTs with the Netherlands (1988), France (1992) and Switzerland (1994), in the international treaty network, there were already some DTTs, including MFN clauses with a clearer wording than the one used in the MFN clause at hand. Just to mention one, the DTT between Italy and Australia concluded in 1982 reads as follows: "third State being a State that at the date of signature of this Protocol is a member of the OECD"²⁸. One may expect from treaty negotiators an assessment of the potential issues that similar clauses have triggered in other treaty networks, especially where such clauses are not frequently included in DTTs, have not been assessed at the OECD/UN level and lack an OECD/UN MC wording.

Further, the timing of the Circular publication is curious. This document has been issued in 2022 and pretends to challenge the interpretation document on the MFN clause's application published by the Netherlands in 2012, i.e. ten (10!) years before, by France in 2016, i.e. six years before, and by Switzerland in 2021.

Except for the Switzerland case, it seems too much time to take a position on such a sensitive topic. It also seems too much time to consider the CBDT behaviour in accordance with the object and purpose of the relevant DTTs and the

²⁸ Italy-Australia DTT, Protocol, article 8.

legitimate expectations of the relevant taxpayers. Could the behaviour of a taxpayer be challenged after so much time? In particular, could the Indian tax authorities challenge the application of a reduced tax rate by the taxpayer because of the MFN clause application?

In the authors' opinion, the answer should be negative. The taxpayer should legitimately see the lack of any answer or challenge by the Indian government for ten/six years as an implicit acceptance of the interpretation given by the other relevant Contracting States. The implicit agreement could be seen as a "subsequent practice in the application of the treaty" with the meaning of article 31(3) (b) VCLT, able to endorse the interpretation of the Netherlands/France/Switzerland as the common interpretation of the relevant DTT²⁹.

It would not be the first time that an unchallenged unilateral document qualifies as such. As mentioned by J. Avery Jones³⁰, "[a]n unchallenged Foreign and Colonial Office circular giving guidance on whether a member of a diplomatic mission was permanently resident in the United Kingdom (and hence liable to tax) was accepted as subsequent practice in a UK tax case [i.e., UK: SpC, 23 June 2004, *Jimenez v. IRC*, [2004] STC (SCD) 371, at para. 69, *a.n.*]."

Notwithstanding the above, however, one may say that the unilateral communications issued by the relevant Contracting States (India included) show a different story, i.e. the lack of an agreement on this matter. If this is really the case, the issue around the MFN clause application should be solved through a common interpretation, i.e. a further agreement between the relevant Contracting States; in this regard, unilateral approaches should be avoided and should not be decisive in determining the meaning/application of certain treaty provisions.

Also, as anticipated above, the CBDT believes that the OECD membership condition should be met both (i) at the time of the conclusion of the subsequent treaty with the third state and (ii) at the time of the MFN clause application.

It should be noticed that this approach seems more creative than the one adopted by the Netherlands/France/Switzerland under a certain point of view. The circumstance according to which the OECD membership condition has to be also met at the time of the MFN clause application is something that does not emerge at all from the wording of the clauses at hand. Thus, the CBDT seems to increase the number of the conditions required for the MFN clause application: the OECD membership should not be met only at the time of the conclusion of the treaty but should last for the entire duration of the relevant DTT.

²⁹ Paragraph no. 6 of the Circular says that the statements of the Circular do not impact any favourable decision received by a taxpayer in these years. This statement, however, does not solve the issue since many more taxpayers could have decided to benefit from the relevant MFN clause without passing through a court judgement.

³⁰ AVERY JONES, J. F. Treaty Interpretation. *Global Tax Treaty Commentaries*, Amsterdam, sec. 3.4.7., Global Topics IBFD, 2018.

The above approach seems not coherent with the challenges made by the CBDT to the Netherlands/France/Switzerland. On the one hand, the CBDT says that the OECD membership condition could not be met at the moment later than the conclusion of the DTT with the third state. On the other hand, the CBDT is technically pretending the same from another perspective, i.e. the fulfilment of this condition (also) at a later moment, when the MFN clause is applied.

3.3. Application of the MFN beneficial treatment from the date of entry into force of the DTT with the third state and not from the date the third state becomes an OECD member

Paragraph 4.3 of the Circular, instead, aims to clarify when the MFN clauses would start to produce some effects in case the relevant conditions are met.

According to the Circular, the wording of the MFN clauses under discussion is very clear also on this matter, stating that the starting point for the MFN clauses' effects coincides with the entry into force of the subsequent treaties concluded with the third states.

At least from a literal perspective, it is possible to agree with the CBDT since the general wording of such clauses reads as follows: “*If after the signature of this convention under any Convention or Agreement between India and a third State which is a member of the OECD India should limit its taxation at source on dividends [...], interests, royalties, fees for technical services or payments for the use of equipment to a rate lower or a scope more restricted than the rate or scope provided for in this Convention on the said items of income, then as from the date on which the relevant Indian Convention or Agreement enters into force the same rate or scope as provided for in that Convention or Agreement on the said items of income shall also apply under this Convention*” (emphasis added)³¹.

In the light of the above, the Circular challenged the unilateral statements included in the Decree, in the Bulletin and in the Publication, where, instead, the moments when the third states (i.e., Slovenia, Lithuania and Colombia) became OECD members (date subsequent to the entry into force of the DTTs with such third states) have been identified as the respective starting date for the MFN effects.

As per the Circular, these statements are not in accordance with the relevant MFN clauses. The tenor of the Circular seems to suggest, in this regard, that the Netherlands, France and Switzerland, were forced to indicate a different starting date for the MFN clause's effects (other than the one indicated in the MFN clause itself, i.e. the entry into force of the DTT with the third state) since the third states in question were not OECD members when the relevant DTTs were concluded with India. Therefore, the above Contracting States apparently went against the

³¹ India-Netherlands DTT, Protocol point no. IV.

literal wording of the MFN clauses at hand to benefit de facto from an (allegedly) undue MFN treatment.

In other words, the Circular sees in this circumstance³² a proof of the fact that the OECD membership condition was something to be met at the time of the conclusion of the DTT with the third state. The line of reasoning is the following: the OECD membership condition cannot also be fulfilled at a later stage (e.g., MFN clause application) because, according to the MFN wording, it should start producing effects from the date of the entry into force of the DTTs with the third state. Taking the example of the Netherlands-India DTT and the subsequent DTT with Slovenia, the MFN clause included in the former DTT should start producing its effect from 2005 when the India-Slovenia DTT entered into force, but at that time, Slovenia was not an OECD member (it joined the OECD in 2010). Only if such a condition was met at the time of the conclusion of the treaty with Slovenia (i.e., 2003) the MFN clause included in the DTT with the Netherlands could have produced its effects from the entry into force of the same DTT (i.e., 2005).

For ease of reference, the table below shows the date of signature and date of entry into force of the relevant DTTs, whose MFN clauses are discussed in the Circular:

| DTT | Date of signature | Date of entry into force |
|-----------------------|--------------------------|---------------------------------|
| India-Netherlands DTT | 30 July 1988 | 21 January 1989 |
| India-France DTT | 29 September 1992 | 1 August 1994 |
| India-Switzerland DTT | 2 November 1994 | 29 December 1994 |

Relevant dates for the third states DTT discussed in the Circular are presented in the table below:

| DTT | Date of signature | Date of entry into force | Date of OECD membership |
|---------------------|--------------------------|---------------------------------|--------------------------------|
| India-Lithuania DTT | 26 July 2011 | 10 July 2012 | 5 July 2018 |
| India-Slovenia DTT | 13 January 2003 | 17 February 2005 | 21 July 2010 |
| India-Colombia DTT | 13 May 2011 | 7 July 2014 | 28 April 2020 |

From the above table, it can be seen that none of these countries was OECD member countries when their DTTs with India entered into force. Thus, if one would uphold the view of the Circular, then in such situations, the benefits of the MFN clauses in the Indian DTTs with Netherlands, France and Switzerland should not be claimed.

³² I.e., in the 'entry into force' requirement.

The Circular also quoted an extract from the Indian Supreme Court decision in the case of Ram Jethmalani & Others (writ petition civil no 176 of 2009), where the Supreme Court referred to the landmark Judgement of Azadi Bachao Andolan to substantiate its viewpoints while stating that the real intent of the specific wordings of MFN cannot be ignored. The relevant parts from the extract quoted in the Circular are reproduced below:

“[...] The broad principle of interpretation, with respect to treaties, and provisions therein, would be that ordinary meanings of words be given effect to, unless the context requires or otherwise. *However, the fact that such treaties are drafted by diplomats, and not lawyers, leading to sloppiness in drafting, also implies that care has to be taken to not render any word, phrase, or sentence redundant, especially where rendering of such word, phrase or sentence redundant would lead to a manifestly absurd situation, particularly from a constitutional perspective.* The government cannot bind India in a manner that derogates from Constitutional provisions, values and imperatives”.

The CBDT used the above quotation to highlight that in the interpretation process, the interpreter should not omit to assess any word or phrase and render them redundant. According to this principle, the idea of the CBDT is that the only way to not render redundant the sentence “as from the date on which the relevant Indian Convention or Agreement enters into force” mentioned above is to consider the entry into force the moment at which the OECD membership condition should be met. Analogously, allowing the fulfilment of this condition at a later stage would mean rendering the same sentence redundant.

Notwithstanding the above, also with regard to this point, different interpretations could be upheld depending on the different approaches adopted since the wording of the clause under investigation is not straightforward³³.

On the one hand, as upheld by the CBDT, literary analysis of the wording of the MFN clause may suggest that the MFN clause’s effects will be produced at the time of the entry into force of the treaty with the third state only if at that point in time the third state is an OECD member, as a particular DTT cannot enter into force twice (unless there was the cessation of the DTT and later on the contracting parties decides to enter into a new DTT).

On the other hand, the counter arguments could be that the criteria of the ‘entry into force’ should be seen as just the starting point from when the MFN clause can potentially start producing its effects and should be read together with the entire clause to give it correct meaning along with the word “is an OECD member”³⁴. The above argument was used, in the past, by the Delhi High Court in the case of Concentrix³⁵, stating that the clause must be interpreted to apply

³³ JALAN, N.; MANZI, G.; GREVE ARCIL, G., op. cit., §2.3.2.2.

³⁴ JALAN, N.; MANZI, G.; GREVE ARCIL, G., op. cit., §2.3.2.2.

³⁵ Delhi HC, 22 April. 2021, Concentrix Services Netherlands B.V. vs. Income Tax Officer (TDS), Cases W.P.(C) 9051/2020 and W.P.(C) 882/2021 (2021).

when the third state fulfils the condition of being an OECD member country. The MFN clause also does not anywhere state that if the effects cannot be produced at the time of the entry into force of the DTT with the third state, no effects will be produced ever at a later moment.

Thus, in deciding which approach should fit better in a given situation, the intention of the parties is pivotal and should be further investigated. In the case at hand, for the reasons stated in the previous §3.2, it seems very strange that the parties did not reach an agreement on a basic element of the clause at hand, i.e. the starting point of its effect. However, the diverging unilateral communications issued by the relevant Contracting States could suggest the lack of a common understanding on the same clause and the need for a further agreement on this matter.

On a separate note, however, it should be also noted that a taxpayer should not suffer negative consequences due to the lack of a DTT clear meaning. It should be for the contracting states to describe in detail the parties' intention behind each clause in a treaty negotiation document and provide them publicly were required for the correct interpretation of a clause. Also, in the Indian situation, there has been a wide range of judicial precedents for MFN clauses at various levels of authorities held in favour of the taxpayer. Hence, again the question that arises here is why only at this point of time the CBDT felt it necessary to issue the Circular clarifying this point.

Pertinent to mention that there are MFN clauses where such criteria of entry into force have not been specifically stated, and in such a situation, the issue discussed in this paragraph would not arise. For example, the MFN clause present in the Protocol to India-Sweden DTT reads as follows: "In respect of Articles 10 (Dividends), 11 (Interest) and 12 (Royalties and fees for technical services) if under any Convention, Agreement or Protocol between India and a third State which is a member of the OECD, India limits its taxation at source on dividends, interest, royalties, or fees for technical services to a rate lower or a scope more restricted than the rate or scope provided for in this Convention on the said items of income, the same rate or scope as provided for in that Convention, Agreement or Protocol on the said items of income shall also apply under this Convention". Thus, the discussion in this paragraph cannot be imported uniformly, and a lot depends on how MFN clauses are worded in the different tax treaties.

One last comment in this paragraph can be made to the Circular approach. As seen above, the CBDT used the condition of the 'entry into force' as something in favour of its view on the OECD membership requirement. One may say that this is not necessarily true, as this requirement can also worsen India's position.

In fact, one may interpret the OECD membership requirement as it can be fulfilled at a later stage (i.e., after the entry into force of the treaty with the third state) and believe that according to the literal wording of the clause, its effects

must (retroactively) start from the “date on which the relevant Indian Convention or Agreement enters into force”. Under this scenario, even more years could remain open to claim the MFN clauses’ benefit by the relevant taxpayers.

This approach would be probably contrary to the principle of ‘non-retroactivity’ in tax treaties enshrined in article 28 of the VCLT, according to which “[u]nless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, its provisions do not bind a party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the treaty with respect to that party”. However, under certain tax systems, such a principle is interpreted as valid only where the provision that should retroact is not in favour of the taxpayer. Thus, also this approach could offer a different point of view of the issue at hand and deserve a more detailed case-by-case analysis.

3.4. Requirement of notification under Section 90 of the Income-tax Act, 1961

The Circular³⁶ also discusses the requirement of the “separate notification” for the activation of the protocols as per the Indian domestic income tax laws.

Section 90(1)³⁷ of the Indian Income tax Act, 1961, empowers the Central Government to enter into the tax treaty, but such treaty comes into force after its notification in the Official Gazette.

The Circular has raised the question of whether where a DTT is already notified in the Official Gazette in such situations: (i) the activation of a clause in a protocol would require separate notification, or (ii) the protocols would be considered suo-moto an integral part of the DTT.

Professor Vogel, in his commentary, states that: “protocols and in some cases, other completing documents are frequently attached to treaties. Such documents elaborate and complete the text of a treaty, sometimes even altering the text. *Le-*

³⁶ Circular §4.4.

³⁷ Relevant parts from Section 90(1) of the Indian Income tax Act, 1961, are reproduced: “The Central Government may enter into an agreement with the Government of any country outside India or specified territory outside India,—

(a) for the granting of relief in respect of (i) income on which have been paid both income-tax under this Act and income-tax in that country or specified territory, as the case may be, or (ii) income-tax chargeable under this Act and under the corresponding law in force in that country or specified territory, as the case may be, to promote mutual economic relations, trade and investment, or

(b) for the avoidance of double taxation of income under this Act and under the corresponding law in force in that country or specified territory, as the case may be,⁹⁵ [without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance (including through treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in the said agreement for the indirect benefit to residents of any other country or territory).] or

(c) [...];

(d) [...];

and may, by notification in the Official Gazette, make such provisions as may be necessary for implementing the agreement” (emphasis added).

gally, they are a part of the treaty, and their binding force is equal to that of the principal treaty text. Therefore, when applying a tax treaty, it is necessary carefully to examine these additional documents” (emphasis added)³⁸.

Further, this is a largely settled position in the Indian Judiciary; protocols are considered an integral part of the DTTs and, thus, should be self-operational³⁹. For example, the Delhi High Court, in the case of Steria India⁴⁰, relying on the case of ITC Ltd⁴¹ and Professor Vogel’s commentary held that the Protocol to India-France DTT forms an integral part of the DTT, and there is no need for separate notification for it. In the ITC case⁴², it was stated that the protocol is an indispensable part of the DTT with the same binding force as the main clauses therein.

Reference can also be made to paragraph no. 11 of the GRI case⁴³, which came after the release of the Circular and where the Circular was discussed at length. The Court reaffirmed that no separate notification is required for protocol, saying literally the following: “*the Circular specifying the need for a separate notification for importing the beneficial treatment from another Agreement as a corollary of section 90(1) of the Act, overlooks the plain language of the section seen in juxtaposition to the language of the Protocol, which treats the MFN clause an integral part of the Agreement. On notifying the Agreement or Convention, all its integral parts get automatically notified. As such, there remains no need to again notify the individual limbs of the Agreement so as to make them operational one by one*” (emphasis added).

Considering the above, the requirement of separate notification for protocols does not sound convincing. When something is part of DTT, why would a separate notification be required for its activation (if not expressly agreed upon between the parties). At most, as said in previous §3.1., a notification duty⁴⁴ maybe required by the country that recorded a change in its taxation laws due to the activation of the relevant MFN clause (India in this case)⁴⁵, but such a notification would be just a matter of courtesy vis-a-vis the other contracting states and not a required condition for the activation of the MFN clauses.

³⁸ REIMER, E.; RUST, A. (ed). *Klaus Vogel on double taxation conventions*. 4. ed. Alphen aan den Rijn, Netherlands: Wolters Kluwer, 2014, para. 69, p. 34.

³⁹ Poonawalla Aviation (P) Ltd., In re [TS-717-AAR-2011-O], Steria India Ltd vs. CIT [TS-5588-HC-2016(DELHI)-O], DCIT vs. ITC Ltd. [TS-5462-ITAT-2001(KOLKATA)-O], Sumitomo Corpn vs. DCIT [TS-5294-ITAT-2007(DELHI)-O], Idea Cellular Ltd. [TS-120-AAR-2012-O], Concentrix Services Netherlands BV (supra no. 35).

⁴⁰ Steria India Ltd vs. CIT [TS-5588-HC-2016(DELHI)-O].

⁴¹ DCIT vs. ITC Ltd. [TS-5462-ITAT-2001(KOLKATA)-O].

⁴² Ibid., 41.

⁴³ GRI Renewable Industries S. L. vs. ACIT (IT) [TS-79-ITAT-2022(PUN)].

⁴⁴ E.g., on the basis of a provision similar to the one provided by article 2(4) OECD MC.

⁴⁵ For a more detailed analysis of this issue, see: JALAN, N.; MANZI, G.; GREVE ARCIL, G., op. cit., §2.3.3.1.

Additionally, one may place a reference on Article 31 of the OECD MC dealing with ‘Entry into Force’⁴⁶, where it is stated that DTT enters into force after the completion of the internal procedure of ratification. However, no reference to such requirement of internal procedure of ratification is mentioned anywhere in the DTTs with France, Netherlands and Switzerland for the activation of the protocols. Thus, any further procedure should be completed before applying the relevant MFN beneficial treatment.

Further, Indian courts⁴⁷ have upheld that “the law declared by this Court is binding on the Revenue/Department and once the position in law is declared by this Court, the contrary view expressed in the circular should perforce lose its validity and become non-est”. In the case of *Hindustan Aeronautics Ltd*⁴⁸ it is stated that “when the Supreme Court or the High Court has declared the law on the question arising for consideration, it will not be open to a Court to direct that a circular should be given effect to and not the view expressed in a decision of the Supreme Court or the High Court”.

If these principles could be applied to the issue analysed in this paragraph, one could argue that Courts have already held in multiple precedents⁴⁹ that the protocols should be considered part of the relevant DTTs, and there should be no need for a separate notification requirement for the activation of the MFN clauses included therein. Thus, the contrary view stated in the Circular of requiring a separate notification for the activation of a clause in the Protocol (where no such notification requirements are specified in the clause) seems even more contradictory.

4. Binding nature of the Circular

The CBDT Circular binds the tax authorities and not the taxpayers. Also, courts are not bound by the CBDT Circular. This principle has been upheld in several Indian judicial precedents⁵⁰.

There is a possibility that taxpayers can still follow the past court decisions/rulings to claim the beneficial treatment under the MFN clause. When the tax authorities deny such beneficial claims of the taxpayers, they can bring the matter before the court.

⁴⁶ Provisions similar to article 31 OECD MC are included in the relevant DTTs assessed in this article, i.e. article 28 in the India-Switzerland DTT, article 29 in the India-Netherlands DTT, article 30 in the India-France DTT.

⁴⁷ *Commissioner of Central Excise, Bolpur vs. Ratan Melting & Wire Industries C.P.* 4022 OF 1999.

⁴⁸ *Hindustan Aeronautics Ltd vs CIT* [AIR 2000 SC 2178 at 2180].

⁴⁹ That in all the cases considered in this article include the MFN clauses.

⁵⁰ *Navnit Lal C Jhaveri vs. K K Sen* [TS-5055-SC-1964-O]; *UCO Bank vs. CIT* [TS-2-SC-1999-O]; *CIT vs. Anjum M H Ghaswala* [TS-10-SC-2001-O], *Keshavji Ravji & Co. vs. CIT* [TS-5047-SC-1990-O], *Hindustan Aeronautics Ltd vs. CIT* 2000 243 ITR 808 CCE vs. *Kores (Ltd 1997 89 ELT 441)*, *Ellerman Lines Ltd vs. CIT* 1971 82 ITR 913.

As per section 119(1) of the Income tax Act, 1961, the CBDT can “issue such orders, instructions and directions to other income tax authorities as it may deem fit for the proper administration of this Act”. Section 119(2) allows the Board “for the purpose of proper and efficient management of the work of assessment and collection of revenue” to issue directions even by relaxing certain statutory provisions as specified in this sub-section. Though this does not mean these powers of Administration and Management can be extended to Dispensing power⁵¹.

Even the GRI Renewable Industries judgement⁵², which came after the release of the Circular, did not agree with the principles outlined in the Circular. The taxpayers, in this case, claimed the benefit of the MFN clause under India-Spain DTT, referring to India-Portugal DTT for a rate of 10% instead of 20% for ‘fee for technical services’ and ‘royalties’. It was held that “the Agreement between India and Spain was signed on 08.08.1993, entered into force on 12.01.1995 and was notified on 21.04.1995. The Protocol was amended and made part of the Agreement, and it was agreed that the same should be an integral part of the agreement. It was held that the Agreement stood notified on 21.04.1995, and the Protocol also got automatically notified along with the Agreement as the same was an integral part of the agreement. Further, the Tribunal held that this Circular could only have prospective effect as it introduced new conditionalities and had no application to the year under consideration. ITAT observes that “(I)t is a trite law that a circular issued by the CBDT is binding on the AO and not on the assessee or the Tribunal or other appellate authorities”.

There was another case where tax authorities denied the application of lower withholding taxes to a Dutch shareholder (DXC Gatriam Holdings BV). The non-resident taxpayer wanted to claim the benefit of the India-Netherlands DTT MFN clause in lieu of which the applicable rate for tax deduction at source/ withholding taxes for dividends should have been 5% instead of 10%. While rejecting the taxpayer’s claim, tax authorities relied on CBDT’s Circular No. 3 of 2022. The non-resident shareholder filed a writ petition⁵³ in the Karnataka High Court by stating that the applicable rate should only be 5% considering the Courts’ decisions. The taxpayer, though, was contesting the rate of 10%, yet agreed to deposit 10%, and as regards to 5%, extra deposit sought that the extra deposit of 5% should be treated as a deposit in protest until the final outcome of the petition is provided. The Court accepted this and allowed interim relief to the taxpayer by stating that out of 10% of deduction of taxes on dividends, 5% will be treated as a deposit under protest, which shall be subject to the outcome of the writ petition.

⁵¹ JHA, Shivkant. Chapter 21: CBDT’s Circular making power: frontiers still to be settled. In: JHA, Shivkant. *Judicial Role in Globalised Economy*. Web Edition, 2012. Available at: http://shivkantjha.org/pdffdocs/JRIGE/chapter_21.pdf. Accessed: 12 July 2022.

⁵² GRI Renewable Industries S. L. vs. ACIT (IT) [TS-79-ITAT-2022(PUN)] (Ibid., 43).

⁵³ WP 6595/2022.

Even though the Circular may not be finding support from the Indian Judiciary, needless to mention, the Circular could impact the pending and future cases on MFN clauses in India (and maybe not only). This would add additional challenges for taxpayers as the tax authorities being bound by the Circular would deny the claim of beneficial treatment under the MFN clause to the taxpayers. Further, the application for lower withholding taxes under Section 197⁵⁴ of the Indian Income tax Act, 1961, would also be impacted. Taxpayers in such a situation will have no option but to go into litigation where they would want to claim the beneficial treatment under the relevant MFN clauses.

In the authors' view, the Circular needs to be carefully revisited, taking into consideration also the judgements issued on the matter; otherwise, it would be a wastage of additional resources in terms of manpower, and litigation costs, from both the revenue authorities and taxpayers' sides.

5. Conclusive remarks

The analysis of the different statements made by the CBDT in the Circular showed that the available knowledge on the functioning of the MFN clauses is still of scarce relevance and that the debate on the issues surrounding their application/interpretation in tax treaties is far from an end and to reach a common consensus.

The lack of model rules and a clear wording led the parties involved to disagreements, mainly to the detriment of the relevant taxpayers and their legitimate expectations.

A uniform approach, also at the OECD/UN level, seems necessary at this point to give the governments a proper understanding of the impact that the inclusion of such clauses could have in the relevant treaty networks, the necessary tools to handle complex situations involving the same clauses, and also to protect tax certainty and the taxpayers' rights.

⁵⁴ As per section 197 of the Indian Income tax Act, 1961, a tax authority may issue the taxpayer a lower or Nil withholding tax certificate based on the taxpayer's application.

Some Policy Considerations Regarding Most-Favoured-Nation Provisions in Tax Treaties with Special Reference to the Position of the Netherlands¹

Jan de Goede

Senior Principal, Tax Knowledge Management at IBFD in the Netherlands, and Professor of International and European Tax Law at the University of Lodz in Poland, as well as visiting Professor at the Renmin University of China in Beijing and the Financial University of the Russian Federation in Moscow.

1. Introductory remarks, relevance in practise of MFN-clauses and the diversity in these

As pointed out in literature² and very briefly described by me here in main lines, MFN-clauses originate from trade agreements, have a very long history going centuries back, had different wordings over time and were basically meant to achieve a level-playing field in a contracting State's market for traders and investors from the other contracting State in relation to traders and investors from third countries receiving a certain favourable treatment in the first mentioned State.

Although contracting States increasingly started to include such MFN provisions also in tax treaties, neither the OECD nor the UN Model Tax Convention³ contains an MFN provision in either the text of these Models or in their accompanying Commentaries. The Commentaries on Article 24 of the OECD Model 2017 (as also referred to in the commentaries on the UN Model 2017) only clarify that Article 24 cannot be interpreted to require such most favoured nation treatment as tax conventions are based on reciprocity and the specific economic relationship between the contracting States. However, in Section II (D)(5) of the UN Manual for the Negotiation of Bilateral Tax treaties between Developed and Developing Countries 2019⁴ three short sections are devoted to such provisions in the context of overcoming difficulties in tax treaty negotiations.

¹ This article is, due to time constraints, to be regarded as an elaborate speaking note in preparation of acting as panellist at the Panel 'Most-Favoured Nation Clauses in tax treaties: recent developments and trends' organized by IBDT, São Paulo, on 28 April 2022. It does not pretend to be a comprehensive academic article on the topic meeting all habitual lay-out and referencing standards.

² See for instance JALAN, N.; MANZI, G.; GREVE ARCIL, G. Most Favoured Nation clauses in tax treaties: comparative analysis and main issues. *World Tax Journal*, vol. 14, no. 1, 2022, including many references to other interesting sources.

³ OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Paris: OECD Publishing, 2017, and UNITED NATIONS. *Model Double Tax Convention between Developed and Developing Countries*. New York: United Nations, 2017, Treaties & Models IBFD, hereafter also referred to as the OECD and UN Models or just as Models.

⁴ UNITED NATIONS. *Manual for the Negotiation of Bilateral Tax Treaties between Developed and Developing Countries*. New York: United Nations, 2019. Available at: <https://www.un.org/developing>

In my perception such difficulties can in particular arise when one country has a strong position on a certain point which in principle is not acceptable under the tax treaty policy of the other country. The treaty negotiator of the other country (the requesting State) may, however, as a last resort to overcome a deadlock during the negotiations be prepared to accept such position if by the inclusion of an MFN provision it can be secured that its taxpayers would not be treated worse than taxpayers from relevant third countries in case these would in the future receive a more favourable treatment regarding this point in subsequent treaties concluded with their countries by the first mentioned country (the requested State). The inclusion of such MFN provision may in that respect also be proposed by a tax treaty negotiator of the requesting State to justify the acceptance of the other State's position and can also be very important and maybe even necessary to get the treaty ratified by the parliament of the requesting State. The benefit of the MFN provision for the requested State is that it can (at least until that policy is abandoned in relation to a relevant third State) maintain its position and thus avoid, or postpone, any budgetary sacrifice directly related to that position. A benefit for both States arises if it can thus be avoided that no agreement can be reached on a tax treaty in cases where both parties would consider it important enough to have such treaty with the other State. Yet, it must be recognized that in practise unexpected problems may arise when MFN provisions are invoked by the stakeholders which, besides the requesting State, are of course the taxpayers which can benefit from their application. Such unexpected problems may for instance be caused by the diversity in the formulation of MFN provisions (for which as mentioned no standardized formulations are included in the OECD and UN Models) and by the additional complexities which can over time arise if various relevant more favourable treaties are concluded by the requested State with third States.

A very informal rough estimate derived from the IBFD tax treaty database provided to me by an IBFD colleague⁵ indicates that in total around 500 MFN provisions could be identified in the around 2700 tax treaties concluded and in force. In this context, I note that sometimes more MFN provisions may be included in one tax treaty.

As regards the diversity in topics covered by these MFN provisions, I can mention that around 60% of these applies to the articles on passive income (Articles 10, 11, 12, 12A of the abovementioned OECD and UN Models) which either relate to the level of tax rates or to the definition of the income covered. Around 40% of the MFN provisions identified applies to other articles (including Articles 2, 5, 8, 13, 23, 24, 25 and 26 of these Models) and may relate to various aspects of

ment/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2020-03/manual-bilateral-tax-treaties-update-2019.pdf Accessed: 13 July 2022.

⁵ For which I credit my IBFD colleague Sophia Akhtar Kahn, Manager Tax Treaty Unit.

these articles. So, MFN provisions seem certainly relevant in practise with respect to tax treaties, despite the absence of such provisions in the OECD and UN Models.

As described in tax literature⁶, there is, besides the diversity in articles and topics they refer to, also a large diversity in the formulation of MFN provisions in respect of the third countries in relation to which they may be activated, of whether they apply on a reciprocal basis or not, of how they apply (ranging from only providing a notification of its triggering and enabling the beneficiary country to ask for renegotiation, to an automatic application), and as from when the more favourable treatment applies. Besides, due to the fact that MFN provisions may be activated multiple times (by subsequent in other respects more favourable treaties concluded with relevant third States) and also many years after these were included in a tax treaty, unexpected impacts (including budgetary ones) may arise in case one or both contracting States overlooked their existence or misinterpreted their content. In practise, several questions of interpretation have arisen as to how the MFN provisions should be correctly implemented as illustrated by two recent cases briefly dealt with in the next section of this article.

2. The policy of the Netherlands regarding MFN provisions and recent case law directly affecting the Netherlands

During the eighties and nineties of the previous century the Netherlands included (sometimes multiple) MFN provisions in around 11 of its tax treaties⁷, and in the first decade of this century only in around 3⁸. Very recently MFN provisions were also included in two treaties concluded in respectively 2021 and 2022⁹. As appears from the countries mentioned in the footnotes, these do, by the way, not only comprise developing countries!

In the Note on Dutch Tax Treaty Policy 2011¹⁰ (follow-up on similar Notes submitted to Parliament in 1987, 1996 and 1998) presented to the Dutch parliament by the Dutch State Secretary for Finance, it was expressed that the policy of the Netherlands is to be reluctant to agree to MFN provisions. The main reason for expressing that view was that such provisions can negatively influence the flexibility in negotiations with other States and thus lead to a lock-in effect. Reference is also made to the so-called D-case of the Court of Justice of the European Union in which the Court ruled that the (non-discrimination) freedoms enshrined in EU law do not provide entitlement to the benefits of MFN clauses in tax treaties in relation to third EU members States in view of the specific nature

⁶ See for instance JALAN, N.; MANZI, G.; GREVE ARCIL, G., *op. cit.*, chapter 2.2.

⁷ Treaties with New Zealand, India, Brazil, Norway, Mexico, Latvia, Vietnam, Argentina, Kazakhstan, Estonia, Lithuania.

⁸ Treaties with South Africa, Qatar, Saudi Arabia.

⁹ Respectively with Chile and Colombia.

¹⁰ The 2011 Note on Dutch Tax Treaty Policy (Notitie Fiscaal Vedragsbeleid 2011).

of tax treaties which contain a balanced result in a specific bilateral relation¹¹. Finally, even very recently, in the context of answering questions in relation to the subsequent Note on Tax Treaty Policy 2020, the State Secretary of Finance repeated (on a question by a political party as to whether MFN provisions contribute to a fiscal race to the bottom!) that the Netherlands is reluctant to agree to MFN provisions in tax treaties as they can limit the flexibility in tax treaty negotiations. Despite this reluctance, the inclusion of MFN provisions in the very recent treaties with Chile (2021) and Colombia (2022) apparently shows that in these relations inclusion of such provisions was considered necessary in the context of reaching an agreement with these (OECD!) countries! Maybe these are nice examples illustrating that in certain circumstances and despite reluctance to including these, MFN provisions were needed to be able to conclude a tax treaty which was apparently considered important enough for the countries concerned.

Recent case law relating to the implementation of MFN provisions with respect to tax treaties concluded by the Netherlands, can illustrate some of the possible differences of interpretation between the stake-holders in respect of their activation and possible consequences of application are the Concentrix case (Delhi High Court of India¹², which Court came to the same conclusion as the Dutch State Secretary of Finance), and the X case (Dutch Supreme Court¹³) and the ABC Proprietary Limited case In South Africa (Tax Court of South Africa¹⁴) where the Courts in the two countries came to the same conclusion with respect to the interpretation of the same MFN provision!

Without going into the extensive details and all considerations in these cases for which I refer to the cases and to the tax literature on these, I would like to mention the views taken by the Dutch tax authorities on some aspects of both cases.

In the Concentrix case¹⁵, dealing with the application in India as the source State of the MFN provision included in the India-Netherlands tax treaty (1988),

¹¹ See also section 2 of the Commentaries on Art. 24 of the OECD Model 2017, as included from its 2008 version, explicitly stating (again) that such provision does not include a most favoured nation principle as mentioned in section 1 of this paper.

¹² Concentrix Services Netherlands BV vs. Income Tax Officer, combined cases W.P.(C) 9051/2020 and W.P.(C) 882/2021(2021).

¹³ See Hoge Raad, 18 January 2019, Nr.17/04584.

¹⁴ See ABC Proprietary Ltd vs. Commissioner for South African Revenue Services, 12 June 2019, Case No. 14287.

¹⁵ See for instance JALAN, N.; MANZI, G.; GREVE ARCIL, G., op. cit., chapter 2.3.2.1, and also JANSSEN-SANGHAVI, Dhruv. Concentrix: A Critical Review of the Delhi High Court's Ruling on the Interpretation of the India-Netherlands Tax Treaty. *Tax Notes International*, vol. 4, No. 9, 2021 and Concentrix Services Netherlands BV vs. Income Tax Officer (TDS) and another; Optum Global Solutions International BV vs. Deputy Commissioner of Income Tax and another: WP (C) 9051/2020, WP (C) 882/2021, CM Appl 2302/2021 in: *International Tax Law Reports*, London, vol. 23, part 6, p. 944-963, 2021.

where India had concluded a more favourable treaty with respect to source taxation on participation dividends with Slovenia, whereas both at the time of conclusion of the India-Netherlands tax treaty and at the time of conclusion and entry into force of that latter treaty between India and Slovenia (entering into force 17 February 2005) Slovenia was not yet a member of the OECD, which it became on 21 July 2010. The MFN provision from the India-Netherlands tax treaty reads as follows:

“If after the signature of this Convention under any Convention or Agreement between India and a third State which is a member of the OECD India should limit its taxation at source on dividends, interest, royalties, fees for technical services or payments for the use of equipment to a rate lower or a scope more restricted than the rate or scope provided for in this Convention on the said items of income, then, as from the date on which the relevant India Convention or Agreement enters into force the same rate or scope as provided for in that Convention or Agreement on the said items of income shall also apply under this Convention”.

The issue was whether this MFN provision would be triggered by Slovenia becoming a member of the OECD and if so as from which date.

The Dutch State Secretary of Finance had already taken the view as expressed in his Decree of 28 February 2012, that the more favourable 5% rate on participation dividends as included in the India-Slovenia tax treaty applied retroactively as from 21 July 2010 with respect to participation dividends paid by a company resident in the Netherlands to a qualifying resident of India. No similar action was taken by the Indian tax authorities yet.

The main issue was whether the word “is” should be interpreted as requiring that Slovenia should have been a member of the OECD at the time of conclusion of the treaty, or should be such member at the time of application of the treaty which it became after that date of conclusion. As the Court concluded that there is no unambivalent grammatical meaning (apparently various interpretations of the word ‘is’ were considered possible, ranging from a moment in the past, in the present or in the future) it seemingly interpreted it in accordance with the context and intention of the parties. As regards the context it placed value on the fact that the Dutch Tax Authorities had expressed their interpretation, whereas India had not, and thus concluded on the basis of the so-called doctrine of common interpretation that ‘is a member of the OECD’ had to be interpreted as referring to the situation at the time of application of the India-Netherlands tax treaty.

Assuming there is indeed no ordinary meaning of ‘is’, and that reference to domestic law of India unless the context otherwise requires, could apparently not solve the problem, I have understanding for the final outcome, although the correctness of interpretation based on the common interpretation doctrine can be

challenged under the Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)¹⁶ as Article 31 of that Convention clearly shows that the relevant context for interpretation of treaty provisions only comprises agreements, instruments or practises between the treaty parties and thus it can be concluded that unilateral statements of contracting parties do not form part of that context. As it had not been specified in the India-Netherlands tax treaty that the status of OECD member should exist at the time of concluding the more favourable treaty and there is no expression of a joint interpretation either, it seems appropriate to base the interpretation on the object and purpose of including an MFN provision. From the historical background of such provisions as briefly mentioned in the introduction to this paper, it can be concluded that the purpose of such provisions is to avoid a competitive disadvantage, in this case (in view of the requirement in the treaty of triggering of the MFN provision by India), between Dutch resident companies receiving participation dividends from a subsidiary in India compared to companies from other OECD member States also receiving such participation dividends. It seems that such interpretation could be either regarded as a purposive interpretation of such type of provisions under Article 31, or as a supplementary means of interpretation as included in Article 32, of the previously mentioned Vienna Convention on the Law of Treaties, in both cases justifying the interpretation of looking at the status of being a member State of the OECD at the time of application of the convention, in this case the time of application of the tax treaty between India and the Netherlands.

Finally, I tend to disagree to the position that an MFN provision in a tax treaty can, on the basis of a provision in tax treaties equivalent to Article 2, paragraph 4, of the previously mentioned OECD and UN Models, not be invoked if not notified to the other State by the State triggering it¹⁷. Both the wording of paragraph 1, in conjunction with the lack of mentioning tax treaties in paragraph 3 of Article 4 of these Models and the lack of such mentioning in real treaties, as well as the fact that such far going consequence of not informing the other contracting State are not in any way expressed as intention of that provision in the relevant Commentaries to the Models, would seem to give this sometimes difficult to implement obligation to notify the other contracting State of any significant changes in its taxation laws, in my view a disproportional effect. Such interpretation might, I am afraid, even be used by countries to delay the application of

¹⁶ See UNITED NATIONS. *Vienna Convention on the Law of Treaties*, 23 May 1969. United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331. Available at: <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>. Accessed: 13 July 2022.

¹⁷ Such position was taken in this procedure by the Indian tax authority and later also published by the Central Board of Direct Taxes of the Ministry of Finance of the Government of India in its Circular F. No. 503/1/2021-FT&TR-1 of 3 February 2022, which position was, however, rejected by the Court in the so-called Concentrix case, see footnote 12, which judgement can by the way as far as I am aware still be overturned by the Supreme Court of India.

an MFN provision which at the relevant time may not be considered desirable by them anymore and deprive the other contracting party and its taxpayers from their legitimately expected benefits. Anyway, I think we can all agree that the case illustrates the need to more precisely formulate the activation and application elements of an MFN provision to avoid this kind of uncertainties and resulting disputes from its interpretation.

As regards the Dutch X case (decided by the Dutch Supreme Court)¹⁸ and the South African ABC Proprietary Ltd case (decided by the Tax Court of South Africa)¹⁹, both dealing with the interpretation of the MFN provision included in Art. II.10 of the 2008 Protocol to the South African Netherlands tax treaty of 2005, I would like to mention the following.

At the request of South-Africa, the Netherlands agreed (contrary to long-standing Dutch tax treaty policy of including an exemption from tax at source with respect to participation dividends) to amend the 2005 South Africa-Netherlands tax treaty by Protocol of 2008, to introduce a 5% source taxing right on the gross amount of participation dividends whereas in the tax treaty such dividends were exempt from tax in the State of source. However, in consideration for this willingness the Netherlands insisted on including the following MFN provision in Art. II of the Protocol:

“If under any convention for the avoidance of double taxation concluded after the date of conclusion of this Convention between the Republic of South Africa and a third country, South Africa limits its taxation on dividends as contemplated in subparagraph a) of paragraph 2 of this Article to a rate lower, including exemption from taxation or taxation on a reduced taxable base, than the rate provided for in subparagraph a) of paragraph 2 of this Article, the same rate, the same exemption or the same reduced taxable base as provided for in the convention with that third State shall automatically apply in both Contracting States under this Convention as from the date of the entry into force of the convention with that third State”.

As part of the process of renegotiating all its tax treaties still containing such exemption for participation dividends, South Africa subsequently concluded a protocol to its tax treaty with Sweden in 2012 equally introducing such 5% taxation on participation dividends, as well as an MFN provision in Art. II of that protocol reading as follows:

“If any agreement or convention between South Africa and a third state provides that South Africa shall exempt from tax dividends (either generally or in respect

¹⁸ See footnote 13 and Dutch MFN provision: No. 17/04584, in: *International Tax Law Reports*, London, vol. 22, part 2, p. 121-152, 2019, with excellent Commentary by Frank Pottgens.

¹⁹ See footnote 14 and ABC Proprietary Ltd vs. Commissioner for the South African Revenue Services: Case No. 14287, in: *International Tax Law Reports*, London, vol. 22, part 2, p. 153-190, 2019, with excellent Commentary by Johann Hattingh.

of specific categories of dividends) arising in South Africa, or limit the tax charged in South Africa on such dividends (either generally or in respect of specific categories of dividends) to a rate lower than that provided for in subparagraph (a) of paragraph 2, such exemption or lower rate shall automatically apply to dividends (either generally or in respect of those specific categories of dividends) arising in South Africa and beneficially owned by a resident of Sweden and dividends (either generally or in respect of those specific categories of dividends) arising in Sweden and beneficially owned by a resident of South Africa, under the same conditions as if such exemption or lower rate had been specified in that subparagraph”.

At the time this MFN provision was taking effect in 2012, South Africa still had tax treaties in effect with Cyprus, Kuwait and Oman, which treaties provided for the exemption of participation dividends.

The issue in the Dutch case²⁰ was whether X Ltd, the South African parent company of a Dutch subsidiary, was entitled to an exemption from tax at source in the Netherlands of the dividends it received from its Dutch subsidiary in 2013. A 5% tax had already been withheld and the Dutch Tax Authorities refused a refund of this tax. The main issue at stake was whether the wording of the MFN provision as included in the 2008 Protocol to the South African-Netherlands tax treaty should be interpreted strictly grammatical or that a more purposive interpretation based on the context or any supplementary means was justified. Despite the fact that it was clear that South Africa intended to renegotiate all its tax treaties to achieve the 5% source taxation on participation dividends and that the Netherlands had received certain concessions for agreeing to the 5%, and that also Sweden had in principle agreed to the 5% but had also included an MFN to postpone the effectiveness of the 5% to be the last country in relation to which the exemption would apply, the Supreme Court ruled, following the principles of interpretation of Articles 31 and 32 of the beforementioned Vienna Convention on the Law of Treaties, that a grammatical interpretation was applicable and the refund had to be granted. The Dutch Supreme Court concluded that the South-Africa-Sweden protocol was a convention for the avoidance of double taxation concluded after the South Africa-Netherlands protocol, and that at the time of the dividend payment South Africa had agreed in its protocol to the tax treaty with Sweden under the MFN provision in that latter protocol that participation dividends were exempt (as a result of the other treaties still containing such exemption). Thus, the MFN provision as included in the South-African Netherlands protocol was applicable. The fact that South Africa had already previously agreed in its tax treaty with Sweden to exempt participation dividends and in comparison therewith had not limited its taxation right by the protocol, was considered irrel-

²⁰ See footnote 18.

evant as South Africa had in the meaning of Article 10, paragraph 10, as introduced by Article 2 of that protocol, agreed to new treaty obligations to limit its domestic taxing rights different from the previously agreed exemption in that treaty with Sweden. It also ruled that such grammatical interpretation was not in violation of any recognizable common intention of the treaty partners. Based on the various facts regarding the latter for which I again refer to the extensive source materials, I do, like Frank Pottgens in his excellent Commentary, agree to this judgement. In my impression the interpretation provided by the Dutch Supreme Court honours what taxpayers could rely on when reading the text and relevant materials.

As regards the South African ABC Proprietary Ltd case²¹, which as mentioned dealt with the same MFN provision from the South Africa-Netherlands tax treaty, dividends were paid in 2014 by a wholly owned South African subsidiary to its Dutch parent company. At that time, the treaty between South Africa and Kuwait was still providing for an exemption of participation dividends, which due to the abovementioned MFN provision in the tax treaty between India and Sweden still entitled Swedish parent companies to such exemption, which latter in the view of the taxpayer triggered the Netherlands-South African MFN provision discussed above. The South African Commissioner, however, took the view that the Court should consider the true intentions of the treaty partners and interpret the treaties accordingly and consider whether the words resulted in absurd and unanticipated consequences, and if so find that a provision should be imputed that the reference to any other agreement and specifically the agreement with Sweden, referred only to future better treatment for its resident taxpayers. Here, I would like to clarify that what was meant is to exclude any better treatment based on already existing tax treaties, like the one with Kuwait. However, according to the Court, this interpretation by the Commissioner, violated the so-called parol evidence rule. According to Johann Hattingh²² this rule entails that if a document is intended to provide a complete memorial of a legal act, extrinsic evidence may not contradict, add or modify this meaning! As the Court considered the (ordinary meaning of the) text of the Netherlands-South African provision clear and there were no grounds on which the Court could find certain words were missing, and thus it could due to the parol evidence rule not accept an interpretation regarding the original intention of the parties as proposed via the oral evidence by the South African Commissioner. Ordinary meaning is, as expressed by Hattingh, according to South African case law a legal and not a factual question. References to intention are, except in Article 31, paragraph 4, of the before-mentioned Vienna Convention on the Law of Treaties expressly avoided in it,

²¹ See footnote 19.

²² See his Commentary in ITLR mentioned in footnote 19.

which in Article 31, paragraph 1, of that Convention also seems to rely on such textual interpretation. After this comparison with the approach under the Vienna Convention, Johann Hattingh further expresses in his Commentary that in the circumstances at hand the South African tax treaty negotiators had probably assumed that all treaties which still granted the exemption would have been amended when the Dutch and Swedish MFN provision would become effective, which due to unexpected delays did prove otherwise.

In my view, the unfortunate outcome for South Africa is indeed, as confirmed by both the Dutch and the South African Courts, the correct one. The problem of activation of the MFN provision included in the Netherlands-South Africa protocol could in this case have been avoided if the South African negotiators would only have accepted an MFN provision in the protocol with Sweden which would, only apply to more favourable treatment granted under new treaties concluded by South Africa (which would probably not have been acceptable for Sweden as it apparently wanted to be the last country benefitting from the exemption). Alternatively, South Africa might perhaps have agreed with Sweden not to change the status quo with respect to the exemption in the existing tax treaty with Sweden, but to introduce the less favourable 5% in the protocol to that treaty and to provide in that protocol that it would only become applicable after the last existing treaty between South Africa and a third country providing for an exemption of participation dividends was no longer providing for such exemption.

Anyway, the case law discussed, shows the danger of unexpected effects of MFN provisions in the absence of thoroughly enough considered formulations and without looking for better options to meet the specific requirements in that specific situation. Such options for various situations might perhaps be discussed and developed in the context of the OECD or UN and be included in the Commentaries to those Models or in other documents.

3. Possible relevance of the MLI and the OECD/Inclusive Framework Pillar structure

As regards the possible relevance of the MLI for activation of MFN provisions, some interesting cases were dealt with in tax literature²³. Although the MLI generally does not include provisions which grant more favourable conditions with respect to the specific benefits which are generally the subject of the MFN provisions (see however, hereafter), I do agree that the MLI can, via the inclusion of for instance the Principal Purpose Test (PPT) of Article 29, paragraph 9, of the beforementioned OECD and UN Models, add additional conditions/limitations to the entitlement to benefits under a treaty in which those benefits were included by the application of an MFN provision. This raised the question whether such

²³ See JALAN, N.; MANZI, G.; GREVE ARCIL, G., *op. cit.*, chapters 2.3.4 and 2.3.5.1.

additional conditions should also be taken into account when granting benefits on the basis of an MFN provision. As regards the PPT example included in this literature referred to, in which case treaty shopping may have occurred to make use of the benefits included in a treaty by application of an MFN provision, I am of the opinion that such PPT included by the MLI or a separate Protocol in the treaty between the source State and the State of residence of the interposed conduit company can indeed be invoked by the source State to deny the benefits granted by the application of the MFN provision but only if of course the conditions for the application of the PPT to deny the treaty benefits are met. The benefits are included in that treaty due to the application of the MFN but like with respect to any other benefits included in that treaty, these can be refused by the source State if for instance subsequently an anti-abuse provision (be it PPT, or Limitation of Benefits (LOB), or beneficial ownership) is included in that treaty which can be applied to the situation at hand. In that respect it must of course be observed that the conditions for the application of these different anti-abuse provisions are different and thus depending on the facts of the case at hand may be applicable or not.

As regards the other case regarding the MLI dealt with in the same literature²⁴ where for instance the reduction of the rate of taxation on participation dividends to be applied in the source State is made conditional upon meeting a certain holding period, I think that such condition should in principle also apply if such beneficial reduction is included in a tax treaty on the basis of the MFN provision included in that tax treaty (albeit in the end depending on the wording of the MFN provision). This should in my view equally apply to the conditions mentioned in the other examples of such reduction, like the one where the lower rate agreed to by the State triggering the MFN provision only applies if under that more favourable tax treaty a company claiming the benefits of such reduction at least holds a certain percentage in the company distributing the dividends. I take that position in this situation when there is no clarity about the interpretation of the provision, in view of the object and purpose of the MFN provisions, which is to establish the same more favourable treatment provided to residents of a third State but not a more favourable one than that (which would occur if these other related requirements would not be imported as well through the MFN provision)!

Looking at the abovementioned examples, another interesting question arises if, for instance in the PPT case referred to above, the MFN provision is triggered by a contracting State by concluding a more favourable rate for participation dividends in its treaty with a third State which treaty does include a PPT, but which is not included in the treaty that the triggering State has with the State that

²⁴ JALAN, N.; MANZI, G.; GREVE ARCIL, G., *op. cit.*, chapters 2.3.4. and 2.3.5.2.

can claim the same benefits under the MFN provision. Should the compliance with such PPT provision then also be considered as a condition for benefitting from the reduced tax rate under the MFN provision like as for instance previously mentioned if a certain percentage of holding to be entitled to the reduced taxation at source is required? I would be inclined to provide an affirmative answer to this, in view of the same argument as provided with respect to additional conditions discussed above, that the object and purpose of the MFN provisions is to establish the same more favourable treatment provided to residents of a third State but not a more favourable one than that (which would be the case of the limitation of benefits caused by the PPT would not be imported as well through the MFN provision)!

Finally, although I did not study this matter further, I could imagine that the MLI can in some situations itself directly add a benefit to a treaty containing an MFN provision. What about the case where the MFN provision is about including arbitration in the tax treaty if the triggering State agreed to such arbitration in a treaty with a third State through the MLI? It would then seem to me that indeed the same type of arbitration should be included in that treaty on the basis of the MFN provision. Obviously also here it would depend on the exact wording of the MFN provision. Questions of interpretation might perhaps arise if the MFN provision would require an arbitration provision similar to the one included in the OECD or UN Model, as to whether the version agreed to in the MLI is meeting this condition.

Anyway, all of these examples show that the MFN provisions could and should be more precisely formulated to meet the objectives in specific situations and thus reduce the legal uncertainty and disputes relates to these provisions.

As regards the relation of MFN provisions with the proposed OECD/Inclusive Pillar Structure, more analysis seems in due time required, but a question which already pops up is whether, if the MLI to be developed in the context of pillar 1 will indeed as announced contain a form of binding dispute resolution, this may impact an MFN provision regarding binding arbitration which a State signing that new MLI concluded with a third State?

4. MFN activation clauses to be discussed in the panel

I have been asked to comment on a number of options provided to me with respect to activation of MFN provisions and I assume also on the date of effectiveness of MFN clauses (for instance date of entering into force or date of effectiveness of the treaty with the third State concluded by the triggering State) in practise.

Before going into the details regarding these various options, I would first like to mention that I do generally consider it very useful and important that the triggering country informs the Competent Authority of the relevant treaty partner of such activation (whatever the form of operation of the MFN provision,

ranging from only a notification to automatic application of the more beneficial treatment provided) and of the date of effectiveness of the change in its perception. It seems also important to inform its own relevant tax authorities of the change and to publish such activation and effective date in order to inform relevant taxpayers of any additional entitlement they may have as a result of such activation. Equally, it would be very useful and important for practise if also the other Competent Authority of the country which requested for the MFN provision informs its own relevant tax authorities and taxpayers. For the sake of completeness, I note that in view of the diversity of MFN provisions (for instance applying on a reciprocal basis, or not), different effects for the two States may occur as result their activation.

As discussed in more detail in section 2 of this article, I would not agree to the view that a notification procedure should, on the basis of Article 2, paragraph 4, of the previously mentioned OECD and UN Models, be a condition for applying the MFN as for instance expressed by the Indian Tax Authorities²⁵, as that may be regarded as a disproportional requirement which may inhibit a timely implementation of the MFN provision as intended and may also create legal uncertainty. In the context of these more general considerations made before discussing the various options presented to me, I finally observe the following with respect to the wording of the provision regarding effectiveness. I have seen MFN texts mentioning that the more beneficial treatment will apply as from the date of entry into force of the treaty which triggered the MFN provision, but that in official circulars the date(s) of effectiveness of the latter treaty is (are) mentioned. Although the latter date(s) may in some circumstances be more complex and may perhaps create difficulty in case of mismatches of for instance taxable years and periods, the date of effectiveness seems the best way, as if the date of entry into force of the more favourable treaty is followed, the taxpayer benefitting from an MFN provision can be better off (treated more favourably!) than the taxpayers benefitting from the treaty which triggered the MFN! So, I am of the opinion that the texts of MFN provisions should in this respect more precisely express the date of effectiveness of the changes caused by the activation of an MFN provision.

The following options regarding activation were put forward to me to be commented on and discussed during the Panel.

First: activation of the clause by unilateral interpretation of the State that triggers the clause.

It seems logical that the State that triggers an MFN provision is the first one to take action as it caused the triggering and will as a result of it need to change for instance its level of taxation at source or other things. However, it also seems logical that if the MFN provision was overlooked by it, the other State takes all

²⁵ See footnote 17.

actions of implementation if it became aware of the triggering event. If the MFN provisions were rather uniform and with little risk of different interpretation with the other State involved, this might be a feasible way. However, in practise we have noted that due to the diversity in MFN provisions which are sometimes not sufficiently clearly formulated, such unilateral interpretation, though understandable, may lead to confusion and mismatches as can be seen in the Concentrix case²⁶ previously discussed. One should in this respect also not forget that such other State has an interest in it being properly activated as intended, having been the requesting party to include the MFN provision and also because it may have effects on its own taxpayers and tax administration for instance by the relief of double taxation to be provided in that country or by a reduction of its taxation at source in case of a reciprocal MFN provision. So, ideally, the relevant Competent Authorities should settle the activation, interpretation and date of effectiveness in mutual agreement (Article 25, paragraph 3 of the beforementioned OECD and UN Models) and then publish the result.

Second: activation of the clause by unilateral interpretation by the other (MFN requesting) State.

I would like to first of all basically refer back to most of my comments made above on the previous option suggested regarding activation. In case the triggering State has not timely informed the other State, or has not taken any action, whereas the other State became aware of such triggering (for instance due to questions put to it by its taxpayers) it seems inevitable and even desirable that such other State takes action and develops an opinion about the implementation of the consequences of the triggering (both as regards the activation and date of effectiveness) with respect to the tax treaty concluded with the other (MFN triggering) State for the benefit of its tax authorities and its resident taxpayers. As previously mentioned issues of interpretation may arise and thus also in this case ideally the relevant Competent Authorities should settle the activation, interpretation and date of effectiveness in mutual agreement (Art. 25, paragraph 3 of the previously mentioned OECD and UN Models) and then publish the result.

Third: activation of the clause by mutual procedure agreement (MAP).

As mentioned with respect to the previous options, I would certainly prefer this approach, but do understand that if that procedure would not work in a satisfactory way, tax authorities of either or both States may inevitably have to take and publish a position on the activation, interpretation and date of effectiveness unilaterally.

Fourth: activation of the clause by taxpayer interpretation.

If taxpayers become aware of the in their view triggering of the MFN provision and no clarity regarding its activation, interpretation and date of effective-

²⁶ See footnote 12.

ness have been provided, or such clarifications have in the view of these taxpayers not been adequate or correct, they may of course in order to be able to enjoy the benefits they feel entitled to, approach the relevant tax authorities of the relevant State or States in order to try to secure the timely claiming and enjoying of such benefits. However, if the matter is not satisfactorily solved from the perspective of the taxpayer, either domestic legal actions can be taken by the taxpayer in the relevant State, or the taxpayer could on the basis of Article 25, paragraph 1, of the OECD and UN Models, submit a request for an official mutual agreement procedure to the Competent Authority in its State of residence or, preferably if possible under the specific treaty to the Competent Authorities of both contracting States.

5. Summarizing and concluding remarks

MFN provisions, which are basically providing to a treaty partner more favourable treatment as subsequently granted by the other contracting State in agreements concluded by the latter with third States, have their origin in trade agreements. In trade and later also investment agreements they have been used already for a very long period (albeit with different approaches and formulations) before they were introduced in tax treaties²⁷.

MFN provisions create a deviation from the bilateral nature which tax treaties have, being the result of compromises concluded between two contracting States based on their specific economic and fiscal backgrounds. The OECD and UN Model tax Conventions and related Commentaries therefore clearly express that such most-favoured treatment is not and cannot be considered included in the provisions of Art. 24, on non-discrimination, of these bilateral tax treaty Models²⁸. In view of the beforementioned aspects and the reduction of flexibility in future negotiations caused by these, countries may as for instance stated by the Netherlands, be reluctant (and some even not prepared at all) to accept inclusion of MFN provisions in their tax treaties. However, the Netherlands did not only previously include MFN provisions in 14 of its currently effective tax treaties but also included such provisions in two of its very recent tax treaties concluded with Chile and Colombia (Member States of the OECD!)²⁹.

The formulation and interpretation of such MFN provisions have, probably understandable in view of the previously mentioned arguments against granting a most favoured nation treatment in tax treaties, so far not been dealt with in the before mentioned OECD and UN Models or related Commentaries. The fact that there are no fully researched and internationally approved formulations and interpretations of these provisions available in the OECD and UN Models or relat-

²⁷ See footnote 2.

²⁸ See section 1 of this paper.

²⁹ See section 2 of this paper.

ed Commentaries, caused that rather differently formulated types of MFN provisions have been included in tax treaties which provisions can as shown in practise create legal uncertainty and disputes.

Furthermore, it should be realized that such provisions can create further legal and administrative challenges due to the fact that these may over time be triggered and have effects in the same treaty relationship by various subsequent (in some specific respects) more favourable treaties concluded by the granting State.

As discussed and illustrated, also the conclusion of multilateral treaties, like the MLI, may have direct and indirect effects related to MFN provisions, and further research is in due time required with respect to such possible effects with respect to the OECD/G20/ Inclusive Framework Pillar structure³⁰.

Thus, such MFN provisions may cause for one or both of the tax treaty parties unexpected and unintended effects from a tax policy perspective as well as serious budgetary losses as also shown in recent case law³¹. In view of that, cautioning against their use seems generally justified, especially with respect to developing countries where the capacity to legally and administratively deal with such complicated provisions may be more troublesome due to lack of adequate training and available resources.

Having said all of that, it nonetheless appears from practise that MFN provisions were and still are relevant as illustrated by the large number of such provisions which have been included in tax treaties, including also recently. Around 60% of these provisions apply to the so-called passive income articles (rates and definitions), but also in around 40% of the cases to various other articles of the tax treaties³². This seems to be the case, as they can, maybe as means of last resort and probably only temporarily, bridge totally different tax treaty policy approaches of the States involved and serve to overcome an obstacle to concluding a tax treaty. Their inclusion may on the one hand avoid the granting State having to bring additional policy and maybe budgetary sacrifices in this respect at the time of concluding the tax treaty, whereas on the other hand the requesting State is assured that it will also receive a more favourable treatment if the granting State provides that to other States, thus avoiding competitive disadvantages for the requesting State.

In view of the beforementioned, I take the view that a general discussion of this phenomenon of MFN treatment in tax treaties is warranted and also the development of various technically well formulated options for different situations and their activation and entry into effect, accompanied with clear commentaries

³⁰ See section 3 of this paper.

³¹ See section 2 of my paper.

³² See section 1 of my paper.

regarding the interpretation and pros and cons of such provisions, preferably to be included in the Commentaries to the OECD and UN Tax Models, or if too comprehensive for that in a separate toolkit like the ones published by the Platform for Collaboration on Tax. This should thus be done in a more elaborate way than what is currently included with respect to MFN provisions in the UN Tax Treaty Negotiation Manual 2019 previously mentioned³³. In such general discussion the inevitable complexities and risks of reducing the flexibility in subsequent treaty negotiations caused by MFN provisions should be mentioned, as well as the challenges presented by the required careful drafting of such provisions and complexities of proper administration of the impact of possibly various more favourable subsequent tax treaties concluded, which impact may also sometimes (depending of the type of MFN provision and level of more favourable treatment granted) have considerable budgetary effects.

I would furthermore like to observe that, given the different subjects as reflected in the various types of MFN provisions, it may not be possible to make fully comprehensive optional Model texts for all of these situations. However, it should be possible to draft such provisions for the most prevalent types of MFN provisions and anyway for certain elements of these like the possible ways of activation and entry into effect of these provisions. Such draft texts could for instance also include options for more specific obligations of notification of the occurrence of triggering the MFN provisions and their impact.

I would, however, like to caution against such obligations being formulated as a *conditio sine qua non* for the application of the MFN provisions by the Contracting Parties, to avoid the danger of treaty dodging in the form of delaying the implementation of their effects by the triggering party.

The abovementioned approach could create more awareness of the pros and cons of including MFN provisions and reduce the legal uncertainty and thus avoid disputes if indeed included in tax treaties.

In view of all the abovementioned aspects of MFN provisions, it is strongly advisable that a thorough case by case assessment is made by the treaty negotiators and tax administrators involved as to whether a deadlock in the negotiations on certain issues is severe enough and the drafting and complexity of application of specific MFN provisions is manageable enough to come to the conclusion that the expected benefits of the conclusion of a treaty (with all its pros and cons as a whole) is considered more important than the inevitable challenges and complexities introduced by including MFN provisions.

In this respect it is very interesting to note that the UN Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters during its 24th Session decided on 4 April 2022 that additional work will be done by one of its Subcommittees on MFN

³³ See footnote 4.

provisions with the aim to provide further guidance with respect to such provisions especially for developing countries. The results of such work as approved by the Tax Committee, will be published in an updated version of the before mentioned UN Manual for the Negotiation of Bilateral Tax treaties between Developed and Developing Countries 2019³⁴. It will not be published in the Commentaries of the UN Model as no inclusion of texts with respect to MFN provisions in the UN Model is currently envisaged. I do applaud this decision to undertake this work to provide additional guidance, am anxious to learn in due time how comprehensive and adequate this guidance can be in the context of that Manual and look forward to the discussions on this topic in the future meetings of the UN Tax Committee.

³⁴ See footnote 4.

Report: Alternative Dispute Resolution: Mutual Agreement Procedure, Arbitration and Challenges for Emerging Countries

Alina Miyake

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

Abstract

This report aims at presenting the discussions held in the panel "Alternative Dispute Resolution: mutual agreement procedure (MAP), arbitration and challenges for emerging countries", in the IX Brazilian Congress of International Tax Law, organized by the Brazilian Institute of Tax Law (IBDT) and the Department of Economic, Financial and Tax Law at Largo São Francisco Law School, University of São Paulo (USP). The panel occurred on April 28th, 2022, with the participation of Professors Natalia Quiñones¹, David Rosenbloom², Cláudia Pimentel³ and Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro⁴ as panelists, Professor Roberto Quiroga Mosquera⁵ as chairman and Alina Miyake as the moderator. The following topics were discussed in relation to the proposed subject: (i) scope and access to MAP; (ii) MAP formalities; (iii) interaction of MAP with domestic remedies and collection mechanisms and (iv) arbitration.

1. Initial remarks

This panel was divided in four sections in which panelists participate questions proposed by the mediator. So, after initial greetings by the Chairman, the floor was given to the moderator.

¹ International Tax Law Professor at Universidad de los Andes, Bogota. PhD Candidate in Tax Law at Amsterdam University. LL.M. (Gerard Wallace Scholar) from New York University. Partner at Quiñones Cruz in Bogota, Colombia. Former head of the Office for International Affairs at the Colombian Tax Administration (DIAN).

² Visiting Professor (James S. Eustice) of Taxation and Director of the International Tax Program at New York University School of Law. J.D. from Harvard Law School (magna cum laude). Partner at Caplin & Drysdale, Chartered.

³ Master's Candidate in International Tax and Comparative Law at IBDT. General Coordinator of Taxation at Brazilian Revenue Service.

⁴ Professor of the Specialization Courses at IBDT. Professor of the LL.M. Course at PUC-Campinas. Master's Degree and PhD in Economic, Financial and Tax Law from University of São Paulo. Partner at Bocater, Cargomo, Costa e Silva, Rodrigues Advogados.

⁵ Professor at the Law School of the University of São Paulo and at the Professional Master's Degree at Fundação Getúlio Vargas. Doctor and Master in Tax Law at Pontifical Catholic University of São Paulo. Partner at Mattos Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados.

2. Introduction

The mediator introduced the subject highlighting that the dispute resolution of tax treaties controversies has historically not been effective. She highlighted that the absence of a tool obliging competent authorities (CA) to discuss the matter and reach a negotiated resolution of the case motivated the Project Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), conducted by the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) and the Group of 20 (G20) to have an entire action dedicated to this matter: the Action 14 (Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective).

The mediator also mentioned that the final report of Action 14 (2015) established *minimum standards* to be adopted by the countries that adhere to the inclusive framework. Brazil, the United States of America (US) and Colombia are among the 141 countries that follow this path. The *minimum standards* basically comprise: (i) certain modifications to the bilateral tax treaties; (ii) guaranteeing the access to MAP in transfer pricing (TP) cases and for discussing the abuse of tax treaties; (iii) certain transparency and formalization measures, including guidance in relation to the access to MAP; and (iv) the change of posture of the countries in relation to MAP, including the timely solution of controversies the allocation of resources and staff to the CA function, reporting obligations, among others.

The mediator also added that, in Brazil, the implementation of the minimum standards occurred by means of Normative Ruling (*Instrução Normativa*) issued by the Brazilian Revenue Service (RFB) no. 1,846/2018 and the MAP Manual approved by the Ordinance issued by the General Coordination of Taxation (Cosit) no. 12/2018. She also highlighted that our panelist Professor Cláudia Pimentel had an important role in the implementation of these measures.

3. Scope and access to MAP

Questions proposed by the mediator: when one thinks about MAP policy, the most relevant discussions is related to its scope. Should governments take (i) a restrictive view (including time limitations) in order to preserve Competent Authority (CA) resources and let domestic courts deal with the issues or (ii) a taxpayer friendly, wider scope and access approach? In this broad perspective, is the MAP a way of relieving the courts?

Professor Natalia Quiñones initiated the discussions pointing out that she had an important role in the implementation of the MAP regulations in Colombia as the country delegate with the OECD. She highlighted that in terms of scope and access, MAP has been heavily criticized in both European/OECD and non-European/OECD countries mainly because some countries require that there is a proof of double taxation to grant access to the MAP. She also mentioned that it may be difficult to demonstrate that there is a double taxation, or a country has the right to impose a tax but has not implemented a domestic rule. To address this situation the OECD recommended the countries to grant access to MAP in key situations: anti-abuse matters, TP cases, de-

termination of profits to a permanent establishment and, as best practice, grant access to MAP in case of tax treaties' interpretation. The OECD allows time limitations for accessing MAP, with a general trend of 3 years after the first notification of taxation not in accordance with the tax treaty.

Professor Natalia Quiñones mentioned that the countries are allowed to grant a wider scope for MAP. This is the case of Colombia: taxpayers are allowed to access MAP 6 or 8 years after the notification because they have chosen to litigate before courts and litigation can take a long time to be completed. This is an option of the domestic legislation.

Professor David Rosenbloom stressed that this question is related to the main purpose of tax treaties: avoiding double taxation, helping people. He does not see the point of limiting the access to MAP, because it is the only implementation procedure under the tax treaties once there is no "world tax court". In this sense, limiting the access to MAP is limiting the application of the tax treaty and there is no point of forcing things into court.

He highlighted that the MAP clause under the US model convention is much more elaborate than the OECD's. Under this model, the access to MAP is quite liberal and taxpayer friendly (the request should be to either country, with no time limitations, taxpayer does not have to make first notice before initiating the MAP, no collection during the MAP). In his opinion, the OECD 3-year rule is a terrible rule for two reasons: (i) it is not clear what a notification of taxation is and (ii) 3 years is a short period of time for preparing a big case, for example, a multinational tax audit in the US can take more than 3 years.

Professor Natalia Quiñones, in turn, shared the Colombian experience on the matter highlighting that the option for a broad MAP access was a tough choice due to the limited resources. In this sense, she commented that developing countries should make sure that there will be enough staff and resources when adopting a broad scope. In relation to the time limitations, Professor Natalia Quiñones discussed the mismatches between domestic statute of limitation rules. What could be done when you are discussing one adjustment that can be made under the US law and this period is subject to the Colombian statutes of limitations? This may be the reason why countries choose a narrower view.

Professor Cláudia Pimentel initiated her speech highlighting that the tax litigation in Brazil is a relevant issue and the importance of discussing the alternative dispute resolution mechanisms. Concerning the MAP, she emphasized that the access to MAP is a bilateral matter. In her opinion, there is no justification for Brazil granting the access to MAP for more time than it is established in the tax treaty. She opined that the negotiation of tax treaties should take into consideration the mismatches between the domestic legislations. After the signature of the tax treaties, she understands that the CAs and local legislations are bound by the tax treaty limitations.

She emphasized that the time limitation clause should be interpreted with a taxpayer friendly approach. In her view, only the effective tax assessment would represent a proper notification of taxation. This does not mean that the taxpayer should only file a MAP request after a tax assessment. Professor Cláudia Pimentel opined that Brazil grants a broad access to MAP, being compliant with the Action 14 minimum standards in the 2019 and 2021 peer reviews. She also emphasized that MAP is an additional mechanism, independent from the domestic remedies.

Questions proposed by the mediator: in relation to the implementation of Action 14 minimum standards, most of the measures are transparency ones, especially related to how a taxpayer initiates the MAP. However, some challenges remain. One example we have discussed is the challenge for Brazil to comply with its committed to grant access to MAP in TP cases. As a backdrop, as discussed in the April 26th panel of this Congress ("Pros, Cons and Challenges of the OECD transfer pricing standard in Brazil"), Brazil has a fixed margins system for TP purposes and aims at adopting a new legislation aligned with the OECD standards. In view of that, the following question arises: what happens while Brazil completes the convergence with the OECD guidelines? Do the Brazilian tax treaties allow the access to an advance pricing arrangement (APA)? Will it change with the alignment to OECD standards?

Professor Cláudia Pimentel stressed that the Brazil grants access to MAP in relation to TP cases. However, the local CA faces two challenges: (i) lack of information, because Brazil has no local and master files and (ii) lack of expertise. In her view, the convergence of Brazilian TP rules with OECD standards will ease the analysis of these cases.

Regarding the APAs, Professor Cláudia Pimentel stressed that despite Brazil has the Article 25 of OECD Model Convention in Brazil, she understands that a domestic legislation is necessary to provide the negotiation parameters due to the statutory legal system.

Questions proposed by the mediator: the other panelists discussed whether the bilateral APA considered within the scope of the mutual agreement procedure under Article 25 of the OECD Model Tax Convention (OECD-MC).

From Professor David Rosenbloom's perspective, the MAP involves a compromise solution with some degree of flexibility. Even though the US tax treaties expressly provide for the APA, from the US perspective it is a domestic document. Bilateral, trilateral, and multilateral APAs should have coordination with the domestic APA legislation of the other country. In these cases, the taxpayers should make proposals in all countries and try to figure out a joint position with a common transfer pricing method. He explained that once the countries agree with this position at a MAP level, the taxpayer will execute APAs with each tax administration.

From a Colombian perspective, Professor Natalia Quiñones pointed out that the approach taken is the same than the US. The difference is that Colombia has had one bilateral APA request and US had several. The staff taking care of the APA function is

the same of MAP's. A tax treaty would be important due to the nature of the information exchanged for reaching an APA. However, Colombia has adopted a wider view, considering bilateral or multilateral APAs even when there is no tax treaty in place.

4. MAP formalities

Questions proposed by the mediator: under this topic, the panelists held discussions related to the participation of the taxpayer in the MAP, clarifying for the audience how the proceeding is conducted (i.e., the applicable formalities, if any) and the publishing of the results.

Professor Natalia Quiñones initiated the discussions stressing that one of the main criticisms that MAP receives from this perspective is that it may be viewed as a "black box" (with discussions held over the phone, no written records, package deals etc.). OECD does not have any requirement on the matter: the MAP is a government-to-government procedure. Most of the cases are factual and because of that the taxpayers' participation is key. Colombia shares the information provided by the taxpayer to the other CA.

Professor David Rosenbloom highlighted that there are two kinds of MAP, one related to the interpretation of the treaty which is solved with no interaction of the taxpayers and other that is initiated by the taxpayer case. He agreed that sometimes the MAP may be viewed as a "black box", but the taxpayer always has the chance of walking away from the result of the MAP agreement. For Professor David Rosenbloom taxpayers should not take a position, it is a matter of governments. Because of that MAP is not a judicial hearing, the taxpayer is not allowed to present its case, but in case of very complicated trilateral, multilateral APAs it is more efficient to have a hearing. There should be a mechanism of simultaneous filings to the CAs.

In the US, the CAs are accessible. The MAP itself is an informal private government-to-government proceeding with no participation of the taxpayer. Professor David Rosenbloom believes that it should be kept this way for efficiency purposes. Finally, Professor David Rosenbloom pointed out that international taxation is like a three-leg stool, there are three parties: the two countries and the taxpayer. In MAP cases, the taxpayers should be in the same side of one of the CAs (generally the one of the residence State). Many taxpayers do not feel comfortable in this situation.

Professor Alexandre Monteiro initiated his speech differentiating the modalities of MAP provided by Article 25(1)(2)(3) of OECD model convention (unilateral, bilateral, interpretative, and integrative). Brazil implemented the BEPS minimum standards via the Normative Rulings RFB no. 1,669/2016 (revoked) and 1,846/2018, which deal with the MAP formalities. Under these rules the MAP is defined as a non-contentious proceeding. There is no domestic law dealing with the interaction of MAP and the internal law proceedings.

Most of Articles 25(1) of Brazilian tax treaties do not grant access to MAP in both contracting States. Only the treaties executed with Switzerland and Argentina contain

such provision. Brazil has signed new treaties with Sweden and Uruguay with the same wording, but they have not been approved by the National Congress yet. In terms of time limitations, we have treaties with 2-, 3- or 5-year term or no limitations. There is a controversy of what would be the first notification and how this term would interact with the dispositions of domestic law. He emphasized that the Normative Ruling provides the set of documents necessary for a MAP and requires the filing of an offsetting request whenever the MAP is related to a tax that has been paid.

Professor Alexandre Monteiro highlighted the importance of maintaining a broad access to MAP, describing the unilateral phase and the bilateral phase under the terms of Article 25(1) and (2), respectively. He also mentioned that the results from the MAPs are not published.

Other aspect highlighted by Professor Alexandre Monteiro is that the Brazilian tax treaties in general do not have the final provision of Article 25(2) ("Any agreement reached shall be implemented notwithstanding any time limits in the domestic law of the Contracting States") and because of that the Brazilian taxpayers may lose the right of recovering their taxes if the MAP takes too long. The modification of the existing tax treaties is one of the recommendations of OECD peer review.

In relation to the taxpayers' participation, Professor Alexandre Monteiro mentioned that one possible strategy is to provide an option for the taxpayer between the judicial/administrative proceedings from domestic law and the MAP (fork-on-the-road) and once the taxpayer opts for the MAP, it should provide a broader participation of the taxpayer. The adoption of this position in his view may affect the MAP's promptness and informality. Professor Alexandre Monteiro highlighted that under the Normative Ruling, the CA may notify the taxpayer to present clarifications. There is no other legal provision related to the taxpayer's participation. Finally, Professor Alexandre Monteiro highlighted some aspects of the domestic legislation (including dispositions of the Brazilian tax code) that should be evaluated vis-à-vis the legal certainty.

Professor Cláudia Pimentel⁶ complemented that the CA function in Brazil involves two departments of RFB: the International Relations Office (ASAIN), who is responsible for receiving the MAP requests and Cosit, who is responsible for the technical analysis of the matter (*i.e.*, possibility of granting a unilateral relief, request more information, initiate the bilateral phase, etc.).

5. Interaction of MAP with domestic remedies and collection mechanisms

Questions proposed by the mediator: for discussing the interaction between MAP and the domestic legislation including the litigation (administrative and judicial proceedings) and the collection mechanisms, we discussed the following questions: can the taxpayer choose if they go to court in parallel with requesting a MAP? What

⁶ This explanation was made in the discussions of item 3 (Scope and access to MAP) but due to the subject involved, it was moved to this item.

happens if there are conflicting decisions? Should a country establish fork-on-the-road mechanisms? Can a taxpayer challenge the outcome of the MAP in a domestic court? Is there an interaction between MAP and collection mechanisms?

Professor Natalia Quiñones pointed out that the interaction between domestic remedies and MAP is one of the most difficult subjects regarding MAP, once it depends on the different views on MAP. The view adopted by Colombia is that MAP qualifies as a remedy for the taxpayer. There are divergent views in the US and Europe. In Europe, taxpayer rights are too important, and you cannot create an obligation to choose one remedy or the other. In this sense, the taxpayers can file a MAP and/or a domestic proceeding whenever they understand that their rights have been violated.

Professor Natalia Quiñones added that the OECD's view on the matter is kind of neutral. She mentioned that the OECD allows taxpayers to go to court and after the ruling is issued, they can request a mutual assistance for alleviating the double taxation resulting from the ruling. After that they can challenge the decision in court.

Professor Natalia Quiñones explained that Colombia's approach is quite different due to the lack of resources: they did not allow a double governmental expense (one with the MAP and other with the administrative/judicial proceeding) and opted for a fork-on-the-road route. In this case, she mentioned that the taxpayer is obliged to choose between MAP or court. Taxpayer is allowed to challenge the unsolved MAP (resulting in a double taxation) before administrative and/or judicial courts. In Colombia, the law gives to the MAP the same value of final judicial ruling and consequently, the taxpayer is not allowed to walk away from the MAP decision. The only exception to this general is the verification of a constitutional violation: in this case, the taxpayer is allowed to challenge the MAP decision before the constitutional court. She clarified that Colombia went to the parliament to pass this law.

Professor David Rosenbloom, in turn, highlighted that from the US' perspective the MAP is different from the judicial proceeding. It is a proceeding in which there are at least two parties, and a judge decides. MAP is different than that: it is a government-to-government proceeding with no direct participation of the taxpayer. Professor David Rosenbloom clarified that the taxpayer has a choice to go to court. If a judicial ruling is issued, the US CA only delivers the court decision to the other CA. In this sense, there would be no flexibility in this case.

He emphasized that the most common situation is the one in which the taxpayer asks the court to put a stay in the proceeding in order to file a request for MAP, pointing out that this is not a matter of conflicting decisions: the court decides the domestic law taking the tax treaties into consideration and CAs offer a compromised situation. In his view these are completely different approaches.

Professor David Rosenbloom also mentioned that the taxpayer cannot challenge the MAP results before court but can always walk away from the MAP decision and submit its case to domestic law. He added that under the US tax treaties the collection should be stayed while the MAP is going on.

Professor Cláudia Pimentel mentioned that from a Brazilian perspective, the MAP is quite similar than the proceeding described by Professor David Rosenbloom. In her view, MAP is independent from the domestic remedies. In this sense, the taxpayer can opt to pursue an administrative/judicial proceeding and the MAP at the same time. Professor Cláudia Pimentel emphasized that the mechanism of “pausing” the administrative or judicial proceeding while MAP is in course adopted by the US would be quite interesting for Brazil due to the limited resources available. She affirmed that this possibility was already discussed with the RFB.

She also pointed out that if an administrative or judicial court ruling on the same matter, the Brazilian CA would be bound to it. This seems to be similar than the case of the US. Other aspect that she highlighted is that the taxpayer is not allowed to challenge the MAP decision before courts. In this case, she emphasized that the taxpayer is allowed to challenge the double taxation (*i.e.*, the lack of a MAP solution) or the taxation not in accordance with the tax treaty.

Professor Cláudia Pimentel complemented that the Brazilian legislation does not require the collection of taxes for the MAP request. She mentioned that despite there is no provision that deals with a suspension of the tax liability during the course of MAP, in practice, taxpayers file and administrative proceeding and a request for MAP simultaneously. Consequently, the collection mechanism is indirectly paused.

6. Voluntary or mandatory and binding arbitration

Questions proposed by the mediator: in relation to the arbitration, the US is the only country of our panelists that has a broad experience on the matter. This is mostly because there is always a bias in the sense that the developing world would be losing in case of an international tax arbitration. There is no previous experience, there are few arbitrators specialized in the emerging countries, high costs, among others. Other aspect that was discussed is that sooner or later the mandatory and binding arbitration will be implemented. It is speculated that the implementation will occur via the Pilar 1 or the revised minimum standard. In this context, what are the best recommendations for the developing world? Should it be prepared?

Professor Natalia Quiñones initiated this topic emphasizing that the arbitration has been the preference of OECD for some time now. She mentioned that since the multilateral instrument – MLI (2017) and BEPS 1.0 (making reference to the final reports of 2015), the majority of OECD countries have wanted to bring arbitration as a mandatory provision in the tax treaties. This is related to the fact that the CAs are not obliged to reach an agreement while the arbitration provides for a finalization of the controversy.

She detailed that there are diverging views of how this arbitration shall be conducted: (i) baseball/ final offer arbitration (each CA offers its final position and the arbitrator chooses one of them), which is preferred by the US or (ii) panel arbitration (where a tribunal can decide on questions of law, issuing a rationale for its decision and

consequently a "soft" case law can be created), which is preferred by some European countries led by France.

She highlighted that the position of developing countries usually has been to oppose arbitration. This is why arbitration was not approved in BEPS 1.0: this was India and other developing countries saying no to arbitration. In her opinion, the reason behind this position is the perception of unfairness in their past experiences with arbitration in the scope of bilateral investment treaties. Professor Natalia Quiñones added that this is not Colombian view on the matter: she believes that Colombia understands that arbitration is coming soon as it started to approve arbitrations in some of the new tax treaties (with France, United Kingdom, Italy, and Netherlands). In line with this, she mentioned that there is a bill of law in the parliament regarding domestic tax arbitration. She explained the reason behind the introduction of a domestic mechanism is to gain experience on the matter and be prepared.

Professor Natalia Quiñones also pointed out that Colombia as an OECD country will be forced to go on arbitration if Pillar 1 ever be approved. It also seems to her that it will be the case of Brazil as a G20 country.

Professor David Rosenbloom initiated his speech stating that he is one of the greatest supporters of mandatory and binding arbitration. In his view, this is the most relevant development in terms of tax treaties of the past 20 years. He pointed out that the US have 7 tax treaties with mandatory and binding arbitration, and they work very well. He opined that this clause is useful for the countries never arbitrate a single case. In his view, the existence of an arbitration clause obliges the CAs to do their jobs on their own, operating as pressure in the process.

Professor David Rosenbloom also pointed out that the US has 4 treaties with mandatory arbitration for more than 15 years (this is the case of the treaties with Belgium, Germany, France, and Canada). To his knowledge, the US has only entered in an arbitration with Canada. In the case of Belgium, the eminence of arbitration made the CAs do their jobs.

He mentioned that there is nothing in common between arbitration in the scope of tax treaties and arbitration in the scope of bilateral investment treaties. In his opinion, the arbitration in bilateral investment treaties is expensive, time consuming and the panel knows nothing about taxation. His suggestion to developing countries is not to enter those treaties or to remove tax issued from them. On the other hand, he believes that arbitration in the scope of tax treaties is fast, efficient, inexpensive.

Professor David Rosenbloom refutes the idea of having a panel in tax treaties arbitration. For sustaining his position, he emphasized that the US has more than 100 active MAP cases and there is not enough time for judicializing the MAP. He understands that the arbitration should pursue a compromised solution for the taxpayer and move on. Professor David Rosenbloom highlighted that in the baseball arbitration (which is sometimes called last clear chance arbitration), the arbitrator should choose

between the offer of one CA or the other. He pointed out that the arbitrator can't write a decision, compromise with anything and there are no precedents.

Professor David Rosenbloom mentioned that he understands the concerns of the developing countries of entering into arbitration and most of it would be related to sovereignty issues. In his view the sovereignty issue is more connected with the execution of the tax treaty itself than with the dispute resolution mechanisms. He understands that the United Nations could play an important role in the implementation of arbitration for developing countries (e.g., list of arbitrators etc.). He finalized his speech highlighting that arbitration is coming. In his opinion we are going anywhere with respect to Pilar 1 and probably Pilar 2 unless we improve dispute resolution mechanisms.

Professor Alexandre Monteiro emphasized that Brazilian treaties do not have any arbitration clause. The arbitration in his opinion would make the MAP faster and more efficient. He also pointed out that developing countries discussion exists for quite long: in the BEPS final reports this issue is presented as a sovereignty issue or as a lack of experience/ resources issue.

He made reference to Professors Natalia Quiñones and David Rosenbloom speeches, concluding that mandatory arbitration is coming. In this scenario, he believes that voluntary arbitration is not used and is not an efficient mechanism to provide enforceability for dispute resolution. In his perception, the mandatory and binding arbitration seems to be the most efficient mechanism.

7. Conclusions

As final remarks, the moderator read one of the questions presented by the audience: *if a tax treaty prescribes mandatory arbitration (in the end, as a right of the taxpayer...), could the Contracting States, in their domestic laws, require the taxpayer to bear the costs as a condition for it? Would it be against the right prescribed in the tax treaty?*

Professor David Rosenbloom answered that the costs are not that high, and the arbitration is quick and solved by the phone. In his perception there is no need of an army of lawyers and the costs are not unreasonable, but they can be borne by the taxpayer.

Professor Natalia Quiñones, in turn, highlighted that from an Indian and African perspective, the attribution of this costs to the taxpayer would create a bias in the arbitrator even in the case of baseball arbitration.

Finally, the Chairman closed the panel making the final greetings.

Procedimento Amigável em Sentido Estrito e a Experiência Brasileira: os Caminhos Necessários entre a Evolução Normativa e a Eficácia Prática do Instituto no País

Alexandre Luiz Moraes do Rêgo Monteiro

LL.M. em Direito Tributário Internacional pela New York University. Doutor em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo. Advogado em São Paulo.

Alina Miyake

Bacharela em Direito e Mestranda em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo. Advogada em São Paulo.

Introdução e delimitação do objeto de pesquisa

O objetivo do presente trabalho é discutir o estágio de implementação do procedimento amigável (MAP) em sentido estrito no Brasil, entendido como o mecanismo de solução de controvérsias de que tratam o art. 25(1)(2) da Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (CM-OCDE) desde a implementação dos *minimum standards* previstos na Ação 14 do Projeto *Base Erosion and Profit Shifting* da OCDE e do Grupo dos 20 (G20).

O Brasil, enquanto membro da *inclusive framework* do BEPS, se comprometeu à implementação desses *minimum standards* e os tem implementado por meio da edição das Instruções Normativas da Receita Federal do Brasil n. 1.669/2016 e 1.846/2018 (IN RFB n. 1.669 e 1.846) e do Manual do Procedimento Amigável aprovado pela Portaria da Coordenação Geral de Tributação (Cosit) n. 12/2018, tendo se comprometido à implementação do MAP inclusive para dirimir controvérsias relacionadas à aplicação da legislação de preços de transferência¹. A implementação dessas normas no Brasil tem sido objeto de revisão por *peer review* do time de trabalho do Projeto BEPS.

À luz do exposto, os autores do presente trabalho pretendem fazer uma análise crítica da implementação dos *minimum standards* no Brasil e tecer algumas considerações *lege ferenda* para tornar os mecanismos de solução de controvérsia de direito tributário internacional mais efetivos no Brasil.

¹ Cf. OECD. *BEPS Action 8-10: Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation*. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 185. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/aligning-transfer-pricing-outcomes-with-value-creation-actions-8-10-2015-final-reports_9789264241244-en. Acesso em: 1º maio 2022.

1. Breve contextualização dos mecanismos de solução de controvérsias no âmbito do Direito Tributário Internacional e o papel do MAP

1.1. Evolução histórica

A busca de um acordo mútuo para a solução de conflitos de tratados tem origem nos primeiros acordos para evitar a tributação (ADTs) do século XIX, e isso é muito anterior aos trabalhos da OCDE, da Liga das Nações ou da Organização das Nações Unidas (ONU)². A formalização de uma cláusula de MAP tem origem no acordo do Reino da Prússia e do Império Austro Húngaro de 1899³⁻⁴. Com a Sociedade das Nações iniciou-se o esforço de padronização dos ADTs⁵, hoje evidenciado por dois modelos, a CM-OCDE e a Convenção Modelo da ONU (CM-ONU).

1.2. CM-OCDE

O art. 25 da CM-OCDE é previsto como o método de solução de controvérsias desde o modelo de 1963⁶, repetindo a redação de trabalho anterior da Organização Europeia para Cooperação Econômica (OECE)⁷⁻⁸. Desde então, o MAP, com diversas modificações, é previsto no art. 25⁹:

ARTICLE 25 MUTUAL AGREEMENT PROCEDURE

1. Where a person considers that the actions of one or both of the Contracting States result or will result for him in taxation not in accordance with the provisions of this Convention, he may, irrespective of the remedies provided by the domestic law of those States, present his case to the competent authority of either Contracting State. The case must be presented within three years from the first notification of the action resulting in taxation not in accordance with the provisions of the Convention.

² Cf. LENZ, Raoul. General Report. *Cahiers de Droit International*. Roterdã: International Fiscal Association, 1960, v. 42, p. 303.

³ Cf. ALTMAN, Zvi Daniel. *Dispute resolution under tax treaties*. Doctoral Series. Amsterdã: IBFD, 2005, v. 11, item 1.2.1.1. Disponível em: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/dtrtt_s_1. Acesso em: 1º maio 2022.

⁴ A determinação de qual seria o primeiro ADT não é unânime. Sobre o assunto: BARBOSA, Mateus Calicchio. *O procedimento amigável nos acordos de bitributação brasileiros*. São Paulo: Quartier Latin/IBDT, 2018, p. 44-45 (Série Doutrina Tributária, v. XXII).

⁵ Cf. BARBOSA, Mateus Calicchio. Op. cit., p. 44-45.

⁶ Cf. OECD. *Draft Double Taxation Convention on Income and Capital 1963*. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264073241-en>. Acesso em: 1º maio 2022.

⁷ Cf. BARBOSA, Mateus Calicchio. Op. cit., p. 53.

⁸ Vide recomendações do relatório de 1958: OCDE. *The Elimination of Double Taxation – Report of the Fiscal Committee of the OEEC*. Paris: OECD, 1958. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/389/113fc701-8d8c-4cbd-a361-f4973d33aa5d.pdf>. Acesso em: 1º maio 2022.

⁹ Reprodução da CM-OCDE de 2017: OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version*. Paris: OECD, 2017. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page1. Acesso em: 1º maio 2022.

2. The competent authority shall endeavour, if the objection appears to it to be justified and if it is not itself able to arrive at a satisfactory solution, to resolve the case by mutual agreement with the competent authority of the other Contracting State, with a view to the avoidance of taxation which is not in accordance with the Convention. Any agreement reached shall be implemented notwithstanding any time limits in the domestic law of the Contracting States.

3. The competent authorities of the Contracting States shall endeavour to resolve by mutual agreement any difficulties or doubts arising as to the interpretation or application of the Convention. They may also consult together for the elimination of double taxation in cases not provided for in the Convention.

4. The competent authorities of the Contracting States may communicate with each other directly, including through a joint commission consisting of themselves or their representatives, for the purpose of reaching an agreement in the sense of the preceding paragraphs.

5. Where,

a) under paragraph 1, a person has presented a case to the competent authority of a Contracting State on the basis that the actions of one or both of the Contracting States have resulted for that person in taxation not in accordance with the provisions of this Convention, and

b) the competent authorities are unable to reach an agreement to resolve that case pursuant to paragraph 2 within two years from the date when all the information required by the competent authorities in order to address the case has been provided to both competent authorities,

any unresolved issues arising from the case shall be submitted to arbitration if the person so requests in writing. These unresolved issues shall not, however, be submitted to arbitration if a decision on these issues has already been rendered by a court or administrative tribunal of either State. Unless a person directly affected by the case does not accept the mutual agreement that implements the arbitration decision, that decision shall be binding on both Contracting States and shall be implemented notwithstanding any time limits in the domestic laws of these States. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this paragraph.

Para fins do presente trabalho, analisaremos somente o art. 25(1)(2) da CM-OCDE, o dito procedimento amigável em sentido estrito¹⁰:

- a) o art. 25(1) é a base do MAP unilateral, que reflete o direito de o contribuinte submeter um caso à apreciação da autoridade competente do país que for nacional, sempre quando considerar que o tratamento conferido

¹⁰ Sobre isso, ver XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 166; TÓRRES, Heleno Taveira. Pluritributação internacional sobre a renda das empresas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 40; BARBOSA, Mateus Calicchio. Op. cit., p. 82 e s. MONTEIRO, Alexandre Luiz M. do R. *Direito Tributário Internacional: a arbitragem nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 100 e s.

pela autoridade fiscal está em dissonância daquilo previsto no acordo de bitributação. Na redação da CM-OCDE, a apresentação do pedido deve ocorrer em até três anos da primeira notificação que conduzir a um tratamento tributário em desacordo com o acordo de bitributação. Uma vez que o caso é admitido, a autoridade competente deverá determinar se tal caso é plausível, podendo expedir uma solução unilateral da controvérsia se entender que a afronta ao acordo é consequência de ato da autoridade fiscal do país que o contribuinte é nacional.

- b) quando a solução unilateral não é suficiente, o art. 25(2) da CM-OCDE prevê o MAP bilateral, o qual exige que a autoridade competente do país de que o contribuinte é nacional (i) aprecie o caso; (ii) entenda que a objeção do contribuinte parece ser justificável; e (iii) não seja capaz de prover uma solução sozinha, sem a participação do outro Estado contratante. A fase bilateral se instaura pelo chamado à autoridade competente do outro Estado nacional ao MAP. Nessa modalidade de procedimento amigável, ambas as autoridades competentes têm o objetivo de atingir uma solução da controvérsia mediante comunicações informais, necessidade de uso da via diplomática para tanto ou de um procedimento formal¹¹.

A seguir analisaremos as tentativas contemporâneas de diagnóstico de efetividade desse mecanismo de solução de controvérsias.

1.2.1. MEMAP (2007)

Em 2004, a OCDE promoveu, por meio do *Centre for Tax Policy and Administration* (CTP), um projeto cujo objetivo era tornar os procedimentos amigáveis no âmbito dos acordos de bitributação mais eficazes. Essa iniciativa resultou na produção do *Manual on Effective Mutual Agreement Procedures* (MEMAP)¹², o qual endereçou as *best practices* para o desenvolvimento do procedimento amigável correlatas a sua transparência, publicidade efetividade, celeridade e independência. Além disso o MEMAP se limitou apenas a tecer recomendações às autoridades competentes.

O MEMAP também previu um mecanismo de monitoramento do perfil dos países-membros da OCDE com relação ao procedimento amigável, com informações específicas de suas práticas e promove monitoramento de estatísticas anuais dos procedimentos amigáveis dos quais os países-membros e as economias parceiras são parte.

¹¹ Sobre o assunto: XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 166; ROTHMANN, Gerd Willi. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra a bitributação*. 1978. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1978, p. 181.

¹² Cf. OECD. *Manual on Effective Mutual Agreement Procedures (MEMAP)*. 2007. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/38061910.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2022.

1.2.2. BEPS (Action 14) e Inclusive Framework (2015 em diante)

Dentro do escopo do projeto BEPS, a Ação 14 analisou medidas para *Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective*, cujo relatório final foi publicado em 2015¹³. As orientações do referido relatório repetem, em grande medida, aquilo que o MEMAP já previa, com medidas de transparência, publicidade efetividade, celeridade e independência para a autoridade competente, entre outros, a fim de trazer soluções efetivas para as disputas relacionadas a acordos de bitributação, mesmo na ausência do instituto da arbitragem. O grande mérito dessa ação do projeto BEPS é propor alterações a serem implementadas pelos países – tanto por meio de modificações ao acordo de bitributação quanto por inovações na lei doméstica, as quais são endereçadas em duas categorias: *minimum standard* e *best practices*, que dependem de comprometimento político dos países para serem implementadas. Esse processo de implementação está sendo acompanhado pelo *monitoring mechanism* também previsto pela Ação 14.

Para fins do presente artigo, importa apenas detalhar as medidas entendidas como *minimum standards*, *i.e.*, aquelas que o Brasil se comprometeu a implementar enquanto membro da *inclusive framework*¹⁴⁻¹⁵:

Bloco 1 – Alterações aos acordos de bitributação

- a adoção do art. 25(1)(2)(3) da CM-OCDE, introduzindo base normativa para o acesso aos procedimentos amigáveis unilateral, bilateral, interpretativo e integrativo, tais como interpretados pelos comentários à CM-OCDE;
- independência do procedimento amigável em relação à legislação doméstica, tais como a alteração dos acordos para que fique consignado que os limites temporais da legislação doméstica não podem impedir a implementação daquilo que foi decidido via procedimento amigável ou, alternativamente, o estabelecimento mútuo de limites temporais para o ajuste de lucros a ser realizado por um Estado contratante no âmbito do art. 7 da CM-OCDE (lucros das empresas) ou para a atribuição de lucros a uma empresa que não tenham sido incluídos por força do art. 9(1) (empresas associadas);

¹³ Cf. OECD/G20. Making Dispute Resolution Mechanisms more Effective, Action 14: 2015 Final Report. In: *OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project*, 2015, p. 13. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/making-dispute-resolution-mechanisms-more-effective-action-14-2015-final-report_9789264241633-en#page15. Acesso em: 7 abr. 2022.

¹⁴ Cf. OECD/G20. *Members of the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS*. Updated: November 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>. Acesso em: 1º abr. 2022.

¹⁵ A divisão metodológica de cada uma das subcategorias dentro do *minimum standard* e das *best practices* já foi objeto de trabalho anterior publicado pela autora (cf. MIYAKE, Alina. Os mecanismos de solução de controvérsias em Direito Tributário Internacional: uma análise do cenário brasileiro. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *A tributação internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, v. III, p. 215-220).

- acesso ao procedimento amigável em qualquer um dos Estados contratantes do acordo de bitributação, além da notificação do outro Estado contratante quando o contribuinte submete um pedido de procedimento amigável unilateral. Tais medidas visam trazer conveniência ao contribuinte e transparência ao outro Estado contratante, o qual é informado desde o princípio sobre controvérsia discutida em outro país que pode afetar a sua tributação.

Bloco 2 – Hipóteses de garantia de acesso ao procedimento amigável

- acesso ao procedimento amigável em casos envolvendo disputas relacionadas a preços de transferência; acesso ao procedimento amigável quando não houver consenso entre o contribuinte e a autoridade fiscal na aplicação de regras antiabuso domésticas, tais como normas gerais antielisivas (*general anti-avoidance rules – GAARs*) ou de acordos de bitributação, incluindo dentro do escopo do procedimento amigável dirimir as questões relativas ao abuso de tratados (Ação 6 do Projeto BEPS)

Bloco 3 – Implementação e publicação de procedimentos internos

- publicação de um perfil padrão do procedimento amigável em cada país em uma plataforma conjunta, incluindo o contato das autoridades, orientações e quaisquer outras informações necessárias; a publicação de regras, procedimentos e orientações para acesso ao procedimento amigável, inclusive por meio das plataformas digitais de informação; publicidade e comunicação do outro Estado contratante nas hipóteses de limitação de acesso ao procedimento amigável (sendo permitida a limitação ao procedimento amigável quando a legislação doméstica prever *audit settlements*¹⁶);
- transparência com relação à adoção da arbitragem.

Bloco 4 – Alterações de postura dos países com relação ao procedimento amigável

- maior celeridade na solução de controvérsias, buscando atingir a solução bilateral em um prazo médio de 24 (vinte e quatro) meses e uma postura colaborativa entre as autoridades competentes, que atuarão conjuntamente por meio do *Forum on Tax Administration MAP Forum* (FTA MAP Fo-

¹⁶ *Audit settlements* são soluções unilaterais previstas na legislação interna, provocadas pelo contribuinte, as quais podem conduzir a uma limitação ao procedimento amigável e até mesmo uma aplicação mais favorável do acordo ao contribuinte por um dos Estados contratantes. Como esse mecanismo é dado internamente, tal solução não se torna pública, medida fundamental para que um Estado não indisponha com outro Estado contratante (cf. MAISTO, Guglielmo. BEPS Action 14 vs Treaty Obligations and State Aids. *Kluwer International Tax Blog*, março 2015. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2015/03/04/beps-action-14-vs-treaty-obligations-and-state-aids/>. Acesso em: 2 abr. 2022). Por essa razão, a recomendação do *minimum standard* é de que a autoridade competente da outra parte do acordo de bitributação seja notificada (cf. OECD/G20. Making Dispute Resolution Mechanisms more Effective, Action 14: 2015 Final Report. In: *OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project*, 2015, p. 20. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/making-dispute-resolution-mechanisms-more-effective-action-14-2015-final-report_t_9789264241633-en#page15. Acesso em: 7 abr. 2022).

rum), órgão que irá receber os dados estatísticos e monitorar a evolução do procedimento amigável nos países participantes (*peer review*), reportando os resultados à OCDE e ao G20;

- garantia de independência hierárquica com relação à autoridade lançadora para a autoridade competente (a cargo do MAP);
- recursos e capacitação para o exercício da função de autoridade competente, dissociando essa função da política fiscal de um país;
- os *bilateral advance pricing arrangements* (APA bilaterais)¹⁷ devem ser estendidos aos anos anteriores não incluso originalmente em seus escopos se o contexto fático for igual para redução de disputas relacionadas à aplicação das regras de preços de transferência.

1.3. Outros exemplos (ONU e US Model)

Sob a perspectiva da CM-ONU, embora existam trabalhos anteriores no âmbito do Conselho Econômico e Social (ECOSOC), foi só em 1980 que foi concebido um modelo de ADT específico para ser celebrado entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento¹⁸. Especificamente no que concerne ao MAP, há sutis diferenças entre o art. 25 da CM-ONU e a CM-OCDE, principalmente endereçando procedimentos que a OCDE deixa aos comentários. Em geral, há o mesmo tratamento aos países, independentemente do estado do desenvolvimento econômico¹⁹⁻²⁰. Nos últimos modelos, as diferenças mais relevantes se referem à adoção da arbitragem²¹.

Os Estados Unidos adotam cláusulas similares ao MAP desde os acordos com a Suécia (1939) e com a Dinamarca (1948)²². Diferentemente da maior parte da

¹⁷ Os APAs bilaterais são definidos pelas *Transfer Pricing Guidelines* da OCDE como mecanismos por meio dos quais o contribuinte e as autoridades fiscais de dois países envolvidos em uma transação relativa a preços de transferência negociam um acordo mútuo (cf. OCDE. *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration*. 2022. p. 170. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2022_0e655865-en#page215. Acesso em: 8 abr. 2022).

¹⁸ Cf. BARBOSA, Mateus Calicchio. Op. cit., p. 44-45.

¹⁹ Cf. UN. *Model double Taxation Convention between developed and developing countries*. Nova York: United Nations, 2021, p. 38 e ss. Disponível em: https://www.un.org/development/desa/financing/sites/www.un.org.development.desa.financing/files/2022-03/UN%20Model_2021.pdf. Acesso em: 28 abr. 2022.

²⁰ Cf. BARBOSA, Mateus Calicchio. Op. cit., p. 77-78.

²¹ Como delimitação metodológica, deixaremos de analisar esse tema.

²² CONGRESSO DOS ESTADOS UNIDOS. *Joint Committee on Internal Revenue Taxation*. Washington: U.S. Government Printing Office, 1962, v. I, p. 719-720; v. II, p. 2.372. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=TvPjokNV5OEC&pg=PA836&lpg=PA836&dq=United+states+1932+Income+Tax+Convention+france&source=bl&ots=KHAvPsBYy2&sig=ACFu3U3AIzeHQxk8PfbqtfWYSuCkn_HS5w&hl=pt-BR&sa=X&ved=2ahUKewixqNKwrOH3AhUjJJCHeuBAbkQ6AF6BAgZEM#v=onepage&q=mutual%20agreement&f=false e <https://books.googleusercontent.com/books/content?req=AKW5Qadxw4tTZE7RadZrr3kIQ3OUdNIUH->

experiência internacional, os Estados Unidos têm tradição no uso desse mecanismo para dirimir as suas controvérsias de direito tributário internacional, especialmente no que concerne às disputas com o Canadá e o México²³. Há mais de 40 (quarenta) anos, era possível evidenciar estatísticas semelhantes àquelas que se buscava com o MEMAP e a Ação 14²⁴ e houve a adoção precoce da arbitragem voluntária (no ADT com a Alemanha, 1989) e compulsória (no ADT com a Alemanha, 2006)²⁵.

2. O MAP nas convenções para evitar a dupla tributação celebradas pelo Brasil

2.1. O procedimento amigável até 2016

Até 2015, havia pouca evidência pública de que o Brasil era parte de algum procedimento amigável²⁶. Apesar da existência dessas pequenas evidências, o relatório geral do Congresso de Madri (2016) da *International Fiscal Association* conclui que o número de procedimentos amigáveis no Brasil é igual a zero²⁷.

Em busca de informações precisas quanto à existência do procedimento amigável no Brasil antes da edição de qualquer normativo legal, foi protocolado, em 2015, um pedido à Coordenação-Geral de Relações Internacionais da RFB (Corin) fazendo uso da Lei de Acesso à Informação²⁸ para confirmar o volume de procedimentos e se, de fato, eles eram resolvidos. Em resposta a essa solicitação, a Corin confirmou que o Brasil é parte de alguns procedimentos amigáveis e que

dplYpNqs8_BklBPqySxNvOvtpp81O_X5Gaq3q_jXyY0PO9MaV6oIbhmtmNUMHGU3b13ZeZe-QT51vIUrib64t8k69wzVSbRu9Dqrc_ddnqgtBIgchYgQGvdGTkyI1-SE-vNgR5216hgrzZO8NgG-c6EGr0rzq6azETW7OjuWdggkBQymP811h78ExcFr7dBZSMK4aa_wzYPkdk-XZaLC8CWDugk-6dKvj2OS6a_ILJPqJPSVCU9YwlArbtPbGlxz9JNLw. Acesso em: 1º maio 2022.

²³ Cf. BECERRA, Juan Angel. *Interpretation and Application of Tax Treaties in North America*. Amsterdã: IBFD, 2007, p. 15.

²⁴ Cf. COLE, Robert T. *et al.* Mutual Agreement – procedure and practice. In: IFA. *Cahiers de droit fiscal international*, v. 66, 1981, p. 253 e s.

²⁵ Cf. MONTEIRO, Alexandre Luiz M. do R. *Op. cit.*, p. 209 e s.

²⁶ As evidências de que o procedimento amigável existia são: (i) a transcrição da Nota Cosit n. 23/2013, que remete a um procedimento amigável com a Finlândia, no Parecer PGFN/CAT n. 2.363/2013; (ii) a publicação do Ato Declaratório Interpretativo SRF n. 4/2006, que tratou da aplicação do acordo de bitributação celebrado entre o Brasil e a Espanha para serviços técnicos; (iii) a Solução de Consulta Cosit n. 199/2014, a qual estabeleceu que uma solução de consulta não prejudica o direito ao procedimento amigável a que se refere o art. 25 do acordo de bitributação em um caso de conflito de dupla residência (Brasil-Suécia); e (iv) a Solução de Consulta da Divisão de Tributação (Disit) da 8ª Região Fiscal n. 198/2006 que, em caso sobre a tributação de instituição financeira espanhola que opera no mercado de balcão organizado brasileiro, explica o mecanismo do procedimento amigável.

²⁷ Cf. DEL CAMPO, Carolina. *Dispute resolution procedures in international tax matters: General Report*. In: IFA. *Cahiers de droit fiscal international*, v. 101a, 2016, p. 23.

²⁸ Informações solicitadas por meio do portal Acesso à Informação do Governo Federal, sob registro do e-processo n. 10030.000258/1215-79, em nome de Alina Miyake (cf. CORIN. Nota RFB/Corin n. 108. Brasília, 30 dez. 2015 e CORIN. Nota Corin n. 5. Brasília, 20 jan. 2016).

houve casos resolvidos. Os resultados dessa solicitação já foram publicados em trabalhos anteriores da autora²⁹.

A partir de dados solicitados para RFB por meio da Lei de Acesso à Informação³⁰⁻³¹, foi possível constatar que havia 8 procedimentos amigáveis ativos entre 2010 e 2015 e 14 entre 2012 e 2017, sendo esse segundo período já com a IN RFB n. 1.669. Os temas discutidos se referiam aos seguintes artigos da CM-OCDE: 2 (impostos abrangidos), 5 (estabelecimento permanente), 7 (lucros das empresas), 8 (transporte terrestre, marítimo e aéreo), 9 (empresas associadas), 12 (*royalties*), 14 (serviços profissionais independentes), 15 (rendimentos de emprego), 18 (pensões) e 21 (outros rendimentos).

O acesso à íntegra desses procedimentos é negada sob o argumento de que há sigilo fiscal tutelando tais procedimentos³². Nesse contexto, mesmo que comprovada a existência do procedimento amigável, a forma de condução das tratativas que resultaram na denúncia do acordo de bitributação celebrado com a Alemanha evidencia que um procedimento amigável pode até ter sido iniciado, mas a negociação entre os governos não resultou em um consenso, de modo que as controvérsias na aplicação do acordo (que incluem a qualificação de serviços técnicos e a aplicação de regras de preços de transferência) jamais foram dirimidas³³.

2.2. A implementação dos *minimum standards*: as IN RFB n. 1.669 e 1.846

Apesar da nossa opinião quando à desnecessidade de legislação doméstica para dar efetividade ao MAP, a fim de implementar os *minimum standards* no Brasil e dar maior transparência aos jurisdicionados, a RFB editou a IN n. 1669 em 2016 e posteriormente a IN n. 1.846 em 2018, bem como publicou o Manual do Procedimento Amigável, aprovado pela Portaria Cosit n. 12/2018³⁴ e o perfil do

²⁹ Cf. MIYAKE, Alina. Os mecanismos de solução de controvérsias em Direito Tributário Internacional: uma análise do cenário brasileiro. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *A tributação internacional na era pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, v. III, p. 227-228.

³⁰ Cf. CORIN. *Nota RFB/Corin n. 108*. Brasília, 30 dez. 2015; CORIN. *Nota Corin n. 5*. Brasília, 20 jan. 2016.

³¹ Cf. CORIN. *Nota RFB/Suari/Corin n. 31*. Brasília, 12 jul. 2017.

³² O sigilo fiscal seria fundamentado pela Lei n. 12.527/2011, art. 23, II, pelo Decreto n. 7.724/2012, art. 6º, I, e pela Lei n. 5.172/1966 (Código Tributário Nacional – CTN), art. 198, sob o argumento de que a revelação poderia prejudicar negociações internacionais de natureza tributária.

³³ Cf. ROTHMANN, Gerd W. A denúncia do acordo de bitributação Brasil-Alemanha e as suas consequências. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. v. 9, p. 147-148, 2005; DAGNESE, Napoleão. “Is Brazil ‘Developed’? Termination of the Brazil-Germany Tax Treaty”. *Intertax*, 2006, v. 34, n. 4, p. 195-198.

³⁴ Disponível no sítio eletrônico da RFB: RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Manual do procedimento amigável. 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/acesso-a-informacao/legislacao/acordos-internacionais/map/manual-map.pdf>. Acesso em: 8 maio 2022.

país para o procedimento amigável³⁵. Todas essas normas têm como destinatário a parte do MAP unilateral. A norma não trata dos procedimentos para o acesso ao MAP por Estados contratantes.

A tabela a seguir analisa o estágio de implementação de cada elemento dos *minimum standards vis-à-vis* os ADTs celebrados após o Projeto BEPS:

| Medida proposta | Implementação no Brasil |
|--|---|
| <i>Bloco 1 – Alterações aos acordos de bitributação:</i> | |
| Adoção dos parágrafos 1 a 3 da CM-OCDE | Todos os acordos de bitributação celebrados pelo Brasil preveem as modalidades de procedimento amigável: (i) unilateral; (ii) bilateral; (iii) interpretativo; e (iv) integrativo. Entretanto, as IN RFB n. 1.669 e 1.846 não tratam expressamente das modalidades mencionadas em (iii) e (iv) ³⁶ . |
| Independência do procedimento amigável em relação à legislação doméstica | A maioria dos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil não adotam a obrigação de dar efeito à decisão tomada no âmbito de um procedimento amigável independentemente da existência de um prazo específico na legislação doméstica. Destaque-se, inclusive, que o Brasil fixou a sua posição sobre o tema nos comentários à CM-OCDE (2014) ³⁷ . São exceção a essa posição os acordos celebrados com a Índia e Portugal ³⁸ . Medida adotada nos novos acordos. |
| Acesso ao procedimento amigável em qualquer um dos Estados contratantes | Essa medida não era prevista na IN n. 1.669. Na IN n. 1.846, há previsão, desde que o acesso desde que haja previsão no ADT. Esse é o caso dos ADTs com a Argentina (2017) e a Suécia ³⁹ . O acordo com os Emirados Árabes Unidos (2018) prevê a possibilidade de acesso a residente, como regra geral |

³⁵ Disponível no sítio eletrônico da RFB: RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Procedimento amigável (MAP). Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/acordos-internacionais/map/map>. Acesso em: 8 maio 2022.

³⁶ Nesse sentido, SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. MAP Guidance Released by Revenue Service. *International Transfer Pricing Journal*, v. 24, n. 4, p. 4, 22 jun. 2017.

³⁷ “Argentina, Brazil, Bulgaria the Philippines and Thailand reserve their positions on the second sentence of paragraph 2. These countries consider that the implementation of reliefs and refunds following a mutual agreement ought to remain linked to time-limits prescribed by their domestic laws”. (cf. OECD: OECD Income and Capital Model Convention and Commentary – Non-OECD economies’ *positions on the OECD model tax convention: Positions on article 25* (mutual agreement procedure) and its commentary. Paris: OECD, 2014).

³⁸ Sobre a inclusão dessa cláusula no art. 25(2) desses acordos, Luís Eduardo Schoueri e Mateus Calicchio Barbosa entendem que essa divergência na posição brasileira não tem razão aparente (cf. SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. “MAP Guidance Released by Revenue Service”. *International Transfer Pricing Journal*, v. 24, n. 4, p. 1, 22 jun. 2017).

³⁹ Esse também é o caso do ADT com a Suécia.

| | |
|--|---|
| | e aos nacionais, se for hipótese de procedimento amigável unilateral. O acordo com Cingapura (2018, ainda não internalizado) limita o acesso aos ADTs aos residentes. |
| Notificação do outro Estado contratante quando o contribuinte submete um pedido de procedimento amigável unilateral | Regra prevista no art. 8º, § 2º, da IN n. 1.846 (havia redação semelhante na IN n. 1.669). Não há informação pública de que a autoridade competente brasileira notificou as hipóteses de limitação de acesso ao procedimento amigável para outros Estados contratantes. |
| <i>Bloco 2 – Hipóteses de garantia de acesso ao procedimento amigável</i> | |
| Acesso ao procedimento amigável em casos de preços de transferência | Formalmente, não há impedimentos para acesso ao procedimento amigável em casos relacionados à aplicação das regras de preços de transferência. Na prática, há óbices de solução de controvérsias por parte da RFB (enquanto autoridade competente) ⁴⁰ . |
| Acesso ao procedimento amigável para discutir a aplicação de regras antiabuso domésticas ou de acordos de bitributação | Todos os ADTs celebrados pelo Brasil após o Projeto BEPS tem em seu protocolo o objetivo de combate ao uso abusivo do acordo. Dessa forma, se a controvérsia versar sobre o tema, haverá acesso ao MAP. |
| <i>Bloco 3 – Implementação e publicação de procedimentos internos</i> | |
| Publicação de um perfil padrão do procedimento amigável do país | Publicação do perfil das autoridades competentes brasileiras no sítio eletrônico da OCDE. |
| Publicação de regras, procedimentos e orientações para acesso ao procedimento amigável | Publicação das IN n. 1.669 e 1.846. Previsão do Parecer Cosit como instrumento resposta aos procedimentos amigáveis (Anexo I da Portaria RFB n. 20/2021). |
| Publicidade para as hipóteses de limitação de acesso ao procedimento amigável | Há previsão expressa de limitação de acesso ao procedimento amigável nas seguintes hipóteses: (i) se o requerente não prestar informações no prazo; (ii) se referir-se ao mesmo objeto e período em relação ao qual já se tenha obtido uma resolução em procedimento anterior ou do qual o requerente tenha manifestado sua desistência; (iii) se apresentado após o prazo; e (iv) se versar sobre situações relacionadas a sujeito passivo distinto do |

⁴⁰ Isso foi reconhecido na apresentação do estudo de alinhamento da legislação de preços de transferência brasileira com o padrão da OCDE: RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Um novo sistema de preços de transferência para o Brasil. 12 abr. 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Z-bvK37cQRQ>. Acesso em: 14 maio 2022.

| | |
|---|---|
| | requerente, ainda que pertencentes ao mesmo grupo econômico (IN n. 1.846, art. 8º, § 1º ⁴¹). Requisito de renúncia às impugnações, recursos administrativos e ações judiciais que tenham o mesmo objeto do procedimento amigável (art. 13, II). |
| Transparência com relação à adoção da arbitragem | Considerando que não há previsão alguma sobre arbitragem nos acordos de bitributação de que o Brasil é parte, de certa forma, tal requisito está atendido. |
| <i>Bloco 4 – Alterações de postura dos países com relação ao procedimento amigável</i> | |
| Celeridade na solução de controvérsias | O prazo médio de 40,95 meses (antes de 2016), 26,43 meses (2019) ⁴² e 43,63 meses (2021) ⁴³ . Se comparado com os Estados Unidos, 30,87 (2017) ⁴⁴ e 27,17 meses (2019) ⁴⁵ , com acervo de milhar comparado com dezenas. |
| Independência, recursos e capacitação para o exercício da função de autoridade competente | <i>Independência</i> : a função de autoridade competente é exercida conjuntamente pelos seguintes órgãos da RFB: Cosit e Coordenação de Tributação Internacional (Cotin), sendo o segundo subordinado |

⁴¹ Cumpre mencionar que o art. 8º, § 1º, da IN RFB n. 1.669 trouxe outras restrições de acesso ao procedimento amigável: (i) matéria submetida, pelo próprio requerente, à apreciação do Poder Judiciário e sobre a qual já tenha sido proferida sentença ou acórdão, ainda que recorrível; (ii) matéria já decidida definitivamente pelo Poder Judiciário e cujos efeitos se estendam ao requerente, por exemplo repercussão geral ou recurso repetitivo do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ), respectivamente; e (iii) matéria submetida, pelo próprio requerente, à apreciação do contencioso administrativo e sobre a qual já tenha sido proferida sentença ou acórdão, ainda que recorrível. A concomitância é, ao menos em tese, dirimida pelo art. 10, parágrafo único, da IN RFB n. 1.846, que não limita o acesso ao procedimento amigável bilateral.

⁴² Cf. OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 1)*. Paris: OECD, 2019, p. 42. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/making-dispute-resolution-more-effective-map-peer-review-report-brazil-stage-1_12acb5ea-en#page1. Acesso em: 7 abr. 2022.

⁴³ Cf. OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 2)*. Paris: OECD, 2022, p. 10. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/making-dispute-resolution-more-effective-map-peer-review-report-brazil-stage-2_30e8a050-en#page1. Acesso em: 7 abr. 2022.

⁴⁴ OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, United States (Stage 1)*. Paris: OECD, 2017, p. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/making-dispute-resolution-more-effective-map-peer-review-report-united-states-stage-1_9789264282698-en#page26. Acesso em 14/05/2022.

⁴⁵ Cf. OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, United States (Stage 2)*. Paris: OECD, 2019, p. 56. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/making-dispute-resolution-more-effective-map-peer-review-report-united-states-stage-2_305147e9-en#page2. Acesso em: 14 maio 2022.

| | |
|--|--|
| | <p>ao primeiro nos termos dos arts. 2º, I, 24, III, e 26, III, da Portaria ME n. 284/2020 e Anexo I da Portaria RFB n. 20/2021.</p> <p>É válido destacar que o primeiro órgão tem como uma de suas competências a colaboração com a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e a Advocacia-Geral da União (AGU) na defesa dos interesses da Fazenda Nacional. Nesse contexto, é questionável a independência das pretensões arrecadatórias para o exercício da função de autoridade competente. Ademais, é importante mencionar que recentemente houve a tentativa de se introduzir um bônus de eficiência para os servidores mensurado por meio de indicadores de desempenho e metas estabelecidas pela RFB⁴⁶. Considerando que as recomendações do Projeto BEPS são de que as autoridades competentes não podem ter a sua remuneração atrelada, por exemplo, à volume de arrecadação, a depender da forma que esse bônus seja introduzido (se for), pode ser ainda mais questionável o exercício da função de autoridade competente por servidores da RFB.</p> <p><i>Recursos:</i> Não há informação específica com relação à destinação de recursos para a Cosit/Cotin. As informações públicas tratam da RFB como um todo.</p> <p><i>Capacitação:</i> a RFB informou que promove treinamento para servidores envolvidos na função de autoridade competente para que as suas decisões sejam tomadas em concordância com a redação dos acordos de bitributação⁴⁷.</p> |
|--|--|

O *status* da implementação do procedimento amigável no Brasil é acompanhado pelo FTA MAP Forum. Analisaremos a seguir os dois relatórios bianuais de acompanhamento do país (2019 e 2021).

2.2.1. Peer-review Stages 1 (2019) e 2 (2021)

De forma geral, o Brasil é bem avaliado na implementação dos *minimum standards*, como verificado anteriormente; a maior parte dos *minimum standards* estão de alguma forma endereçados pela legislação brasileira. Os relatórios de avaliação da OCDE, os *Peer- reviews Stages 1 and 2*, refletem isso. Os principais pontos de destaque nesses relatórios são:

⁴⁶ Tentou-se introduzir essa medida pela Medida Provisória n. 765/2016, a qual não foi aprovada quando da conversão da Lei n. 13.464/2017.

⁴⁷ Cf. OCDE. *Brazil Dispute Resolution Profile*. p. 2, 1º set. 2016. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/dispute/Brazil-Dispute-Resolution-Profile.pdf>. Acesso em: 14 maio 2022.

- a) Necessidade de ajustes aos ADTs para incluir o art. 25(1)(2)(3). O Brasil tem celebrado novos acordos com redação adequada e manifestado interesse em celebrar novos acordos se valendo da mesma política⁴⁸.
- b) Houve apenas um caso em que a autoridade competente brasileira negou acesso ao MAP. Necessidade de se criar notificação/processo de consulta quanto à impossibilidade de acesso ao MAP, inclusive ao caso de impossibilidade de acesso ao MAP em ambos os Estados contratantes quando não houver previsão no ADT⁴⁹.
- c) Não se verificou restrição de acesso ao MAP, inclusive no que se refere à aplicação das regras de TP⁵⁰.
- d) O Brasil não recebeu solicitações de acesso ao MAP relacionadas ao abuso de tratados⁵¹.
- e) Normas e perfil do MAP foram publicados. Recomendação de alguns aprimoramentos da legislação doméstica além dos *minimum standards*: (i) indicação se o MAP é aplicável em caso de aplicação de normas domésticas antiabuso, disputas multilaterais e denúncia espontânea; (ii) acesso ao MAP para mais de um ano calendário e se o MAP inclui a discussão de multa e juros⁵².
- f) Ausência de profissionais independentes na Cotin para o exercício da função de autoridade competente, dependência de recursos da RFB⁵³.

3. O necessário aperfeiçoamento do instituto e algumas soluções de *lege ferenda* para o incremento de sua eficácia prática

Como anotamos nos tópicos anteriores, houve significativa evolução normativa no que tange ao incremento e à eficácia da legislação tributária em relação ao

⁴⁸ Cf. OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 1)*. Op. cit., p. 13, 19-24, 30-31; OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 2)*. Op. cit., p. 17-18, 21-24, 32-33.

⁴⁹ Cf. OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 1)*. Op. cit., p. 24-25; OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 2)*. Op. cit., p. 25-26.

⁵⁰ Cf. OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 1)*. Op. cit., p. 25-26, 29; OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 2)*. Op. cit., p. 26-28, 30-31.

⁵¹ Cf. OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 1)*. Op. cit., p. 27; OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 2)*. Op. cit., p. 28-29.

⁵² Cf. OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 1)*. Op. cit., p. 31-34; OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 2)*. Op. cit., p. 35-36.

⁵³ Cf. OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 1)*. Op. cit., p. 43-44; OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 2)*. Op. cit., p. 48-49.

MAP no Brasil. A participação do país no *inclusive framework* do BEPS permitiu que diversas das diretrizes existentes na Ação 14 do BEPS fossem, efetivamente, transpostas para IN RFB n. 1.669 e, mais recentemente, também para a IN RFB n. 1.846.

Apesar dos reconhecidos avanços, destacados até mesmo nos relatórios bianuais publicados pela OCDE (*Stages 1 and 2*), diversos aspectos, em nossa visão, seguem como óbices ao pleno desenvolvimento e utilização do instituto no bojo do sistema jurídico tributário e, mais especificamente, dentro da normatização existente para o contencioso tributário no País.

Algumas dessas deficiências, a nosso ver, explicam em parte a razão de haver, ainda, no universo aferido pela OCDE (2016 a 2019), um número bastante limitado de casos de MAP, no Brasil⁵⁴. Procuraremos, assim, neste tópico, lançar luz sobre alguns dos pontos identificados, sejam eles (i) no arcabouço normativo interno, assim entendida a legislação doméstica (*lex fori*), sejam (ii) nas diferentes redações e omissões na redação contida nos tratados para evitar a dupla tributação celebrados pelo País.

3.1. Atualização e renegociação dos acordos para evitar a dupla tributação celebrados pelo Brasil

Em primeiro lugar, observa-se a premente necessidade de atualização dos dispositivos constantes nas convenções celebradas pelo país. Considerando o (longo) tempo de vigência de diversos tratados assinados, há uma multiplicidade de redações distintas endereçando o MAP. O nosso foco, tal como delimitado anteriormente, será avaliar as modificações que, a nosso ver, precisariam ser implementadas para imprimir maior eficácia no *procedimento amigável em sentido estrito*, objeto de pesquisa neste trabalho.

A nossa análise, portanto, neste item estará delimitada pelas observações em relação ao art. 25(1)(2) da CM-OCDE, assim como às diretrizes que deveriam ser implementadas para o aprimoramento do MAP.

3.1.1. Art. 25(1) da Convenção Modelo da OCDE e as convenções assinadas pelo País

Dentre os ajustes necessários para o aprimoramento do instituto, encontra-se a revisão e a negociação de textos atualizados para as convenções assinadas pelo Brasil, adequando-as ao disposto na versão atual do art. 25(1)⁵⁵, seja em sua pri-

⁵⁴ De acordo com o Relatório da OCDE (*Stage 2*), o número total de casos, incluindo aqueles já encerrados, entre 2016 e 2019 alcança, apenas, 38 (trinta e oito). OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 2)*. Op. cit., p. 10.

⁵⁵ “Article 25. Mutual Agreement Procedure. 1. Where a person considers that the actions of one or both of the Contracting States result or will result for him in taxation not in accordance with the provisions of this Convention, he may, irrespective of the remedies provided by the domestic law of those States, present his case to the competent authority of either Contracting State. The case

meira parte, seja em sua última frase. Tais ajustes, como se sabe, encontram-se previstos como *minimum standards*, devendo cada uma das jurisdições garantir a adaptação do dispositivo para possibilitar uma maior utilização e eficácia do MAP⁵⁶.

Especificamente no caso brasileiro, nota-se que, dos 36 (trinta e seis) tratados assinados pelo País⁵⁷, apenas 2 (dois), daqueles atualmente vigentes, possuem redações equivalentes à primeira parte do art. 25(1), incluindo-se a possibilidade de o residente ou nacional iniciar o MAP a partir de um ou outro Estado Contratante⁵⁸. A estes dois somam-se os tratados negociados com Uruguai e Suécia, atualmente pendentes de internalização no sistema jurídico brasileiro, após a autorização pelo Congresso Nacional (art. 49, I, da CF/1988⁵⁹) e publicação do respectivo decreto presidencial⁶⁰.

A grande maioria das convenções assinadas pelo País, portanto, contém redação limitada, no tocante ao art. 25(1), primeira parte, muitos prevendo o manejo do MAP pelo contribuinte apenas no estado de sua residência, havendo alguns tratados que preveem o início também perante o país de sua nacionalidade⁶¹.

Entende-se como relevantes os ajustes referidos nas convenções assinadas pelo País, na medida em que, para além de se tratar de ponto considerado *minimum standard* de adoção pela Ação 14 do BEPS, também permite, de fato, uma redução dos casos em que uma das autoridades competentes acabe por não dar início à fase unilateral do MAP. Os referidos casos podem ser ilustrados na hipótese, *verbi gratia*, em que a autoridade competente entenda não ser a violação (efetiva ou potencial) *justificada*, aos olhos da autoridade competente⁶².

Para esses casos, além das demais sugestões apontadas posteriormente, poderia o contribuinte que se sentisse lesado requerer o início do MAP perante a outra autoridade competente, desde que observados os prazos previstos para re-

must be presented within three years from the first notification of the action resulting in taxation not in accordance with the provisions of the Convention.”

⁵⁶ Cf. OECD/G20. Making Dispute Resolution Mechanisms more Effective, Action 14: 2015 Final Report. In: *OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD, 2015, p. 13. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/making-dispute-resolution-mechanisms-more-effective-action-14-2015-final-report_9789264241633-en#page15. Acesso em: 7 abr. 2022.

⁵⁷ A respeito, *vide*: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao>. Acesso em: 7 abr. 2022.

⁵⁸ Argentina (Cf. protocolo, no Decreto n. 9.482/2018) e Suíça (Decreto n. 10.714/2021).

⁵⁹ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional [...]”

⁶⁰ Cf. OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 2)*. Op. cit., p. 21.

⁶¹ Exemplo desse caso pode ser atribuído à convenção celebrada com os Emirados Árabes Unidos, cuja redação, à exceção da possibilidade de início em ambos os Estados, encontra-se alinhada com o art. 25(1) da CM-OCDE.

⁶² Cf. art. 25(2) da CM-OCDE.

querer a sua instauração. O mesmo, inclusive, se aplicaria às hipóteses de eventual violação à cláusula de não discriminação, facultando-se ao contribuinte o início do procedimento pelo país de sua nacionalidade. Nestes últimos, inclusive, evitar-se-ia um viés dotado de parcialidade pelo estado da residência para eventuais alegações de discriminação de contribuintes com base na nacionalidade.

Ainda em relação ao art. 25(1), em sua parte final, nota-se que a grande maioria dos tratados assinados pelo País não contém qualquer prazo para início do MAP, o que, a nosso ver, também tende a reduzir a sua eficácia. Dentro da rede de tratados negociados pelo Brasil, incluindo-se aqueles negociados, mas ainda não vigentes, apenas 8 (oito) possuem prazos não inferiores a 3 (três) anos, contados da primeira notificação recebida pelo contribuinte que resulte em tributação em desconformidade com a convenção. Os demais 28 (vinte e oito) tratados podem ser separados a partir do seguinte quadro-síntese:

| Provision | Number of tax treaties |
|--|------------------------|
| No filing period for a MAP request* | 19 |
| Filing period less than 3 years for a MAP request (2 years) | 3 |
| Filing period more than 3 years for a MAP request (5 years) | 2 |
| Filing period as allowed by the domestic law of the contracting states | 4 |

* These 19 treaties include the treaty with former Czechoslovak Socialist Republic that Brazil continues to apply to the Czech Republic and Slovak Republic.

Fonte: OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 2)*. Op. cit., p. 22.

A inexistência de prazos – a despeito do declarado entendimento da Receita Federal do Brasil de aplicação da *lex fori* e do prazo local de 5 (cinco) anos – permite uma redução na segurança jurídica do mecanismo, ainda pouco utilizado. Por outro lado, pode-se dizer, também, que a indicação de prazos curtos, como de 2 (dois) anos em determinados tratados, também reduz a sua eficácia, na medida em que determinadas controvérsias, notadamente aquelas atinentes aos *preços de transferência*, demandam robusto arcabouço fático e elementos técnico-econômicos, muitas vezes de difícil confecção dentro desse período.

3.1.2. Art. 25(2) da Convenção Modelo da OCDE e os ajustes necessários nas convenções brasileiras. Inexistência de antinomia com a legislação interna e o entendimento do STF no RE n. 460.320

Outro aspecto que nos parece ser de grande relevância se refere à atualização e aos ajustes à redação vigente nos tratados brasileiros *vis-à-vis* o disposto no art. 25(2) da Convenção Modelo da OCDE. Nesse sentido, faz-se necessária a inclusão, a nosso ver, da segunda parte do dispositivo nos tratados brasileiros, prevendo que os acordos alcançados no âmbito do MAP possam ser implementados

nas respectivas jurisdições, conforme aplicável, independentemente de qualquer limite ou prazo existente na legislação doméstica de cada país⁶³⁻⁶⁴.

Assim como apontado no tópico anterior, são poucos os tratados celebrados pelo Brasil que contém redação similar à parte final do art. 25(2) da Convenção Modelo da OCDE⁶⁵. Além disso, o entendimento das autoridades competentes brasileiras, tal como reportado no relatório elaborado pela OCDE (*Stage 2*)⁶⁶, caminha no sentido de que, mesmo nos tratados em que tenha sido negociada a inclusão de dispositivo similar, dever-se-ia observar os prazos constantes nos arts. 165⁶⁷ e 168⁶⁸, ambos do Código Tributário Nacional (CTN), na medida em que eventual disposição do tratado não poderia se sobrepor às regras gerais em matéria tributária, notadamente em relação a prescrição e decadência⁶⁹.

Sem nos aprofundarmos muito no tema do *treaty override*, que não é objeto específico de aferição neste trabalho, parece-nos que a Receita Federal, ao justificar a inexistência ou a inaplicabilidade da parte final do art. 25(2) da CM-OCDE, o faz de modo, aparentemente, superficial. Neste ponto, um dos signatários deste artigo já teve a oportunidade de defender a inexistência de antinomia⁷⁰, propriamente dita, entre o texto do tratado, representando o exercício da soberania externa pela República Federativa Brasileira, e as regras de incidência ou mesmo as normas gerais em matéria tributária.

Enquanto as últimas alcançam o âmbito de aplicação da jurisdição internamente, os tratados ou convenções internacionais se posicionam no sentido de delimitar, dentro do feixe de competências (*i.e.*, soberania) livremente negociado

⁶³ “Any agreement reached shall be implemented notwithstanding any time limits in the domestic law of the Contracting States.”

⁶⁴ Essa questão é diagnosticada no relatório da OCDE: Cf. OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 1)*. Op. cit., p. 51 e s.; OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 2)*. Op. cit., p. 57 e s.

⁶⁵ De acordo com o relatório da OCDE (*Stage 2*), seriam apenas 8 (oito) tratados que contém redação semelhante. Vide: OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 2)*. Op. cit., p. 61.

⁶⁶ Cf. OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 2)*. Op. cit., p. 57.

⁶⁷ “Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos: [...]”

⁶⁸ “Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados: I – nas hipóteses dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; II – na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.”

⁶⁹ OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 2)*. Op. cit., p. 57.

⁷⁰ Cf. MONTEIRO, Alexandre Luiz M. do R. Caso Volvo 2: art. 24 do acordo de bitributação Brasil-Suécia e tratamento tributário distinto no pagamento de dividendos. In: CASTRO, Leonardo F. de M. e. *Tributação internacional: análise de casos*. São Paulo: MP Editora, 2010, p. 369.

entre os países, a aplicação das regras internas. Em outras palavras, valendo-nos da célebre doutrina de Klaus Vogel⁷¹, os tratados funcionam como uma máscara que, muito embora não revogue a legislação interna, tem a sua eficácia delimitada pelas convenções, o que é reforçado pela letra do art. 98 do CTN⁷².

A referida constatação, inclusive, alinha-se com a cooperação internacional, incluída de forma indireta o art. 4º, IX⁷³, da CF/1988, igualmente representada pelo *pacta sunt servanda*, expressamente referido na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), mais precisamente nos arts. 26⁷⁴ e 27⁷⁵ do Decreto n. 7.030/2009.

Aliás, muito embora o voto do Ministro Gilmar Mendes no chamado Caso Volvo (Recurso Extraordinário – RE n. 460.320⁷⁶) tenha sido contundente no sentido de tratar a respeito da hierarquia superior dos tratados, fato é que os ministros do STF, neste que é o mais recente pronunciamento sobre o tema, entendem pela recepção do art. 98 do CTN, manifestando-se (i) no sentido de inexistir, via de regra, antinomia, como por nós indicado; ou (ii) ainda que exista, aplicar-se-ia, na espécie, o critério da *lex speciallis*, permitindo-se a suspensão de eficácia dos dispositivos da legislação interna nas circunstâncias específicas trazidas nos acordos internacionais.

Sendo assim, ao contrário da manifestação da Receita Federal no relatório da OCDE, ainda que se entenda ser o tema da prescrição e da decadência objeto de lei complementar, que estabeleça regras gerais sobre o tema, entendemos que poderiam os tratados celebrados pelo País dispor de modo distinto, no tocante à implementação do MAP, mais especificamente com a inclusão de redação similar àquela do art. 25(2) da Convenção Modelo da OCDE. Trata-se de exegese oriunda da análise da relação entre tratados e a legislação interna, aliada (a) ao texto do art. 98, igualmente plasmado em lei recepcionada com natureza de complementar (*i.e.*, CTN); e (b) ao posicionamento do STF no RE n. 460.320.

3.2. Negativa de acesso ao MAP quando a autoridade competente entende não ser uma reclamação “justificada”

Ainda sob o prisma da análise do art. 25(2), porém na parte relativa à redação atualmente vigente na vasta maioria dos tratados brasileiros, observa-se que

⁷¹ *Apud* SCHOUERI, Luís Eduardo. Tratados e convenções internacionais sobre tributação. *Direito Tributário Atual*, n. 17. São Paulo: Dialética, 2003, p. 35.

⁷² “Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.”

⁷³ “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: [...] IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade [...]”

⁷⁴ “Art. 26. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.”

⁷⁵ “Art. 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

⁷⁶ STF, RE n. 460320, rel. Gilmar Mendes, rel. p/ Acórdão: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 05.08.2020, Processo Eletrônico *DJe*-243, divulg. 05.10.2020, publ. 06.10.2020.

a obrigação de dar início ao MAP, ainda em sua fase unilateral, encontra-se condicionada à avaliação, por parte da autoridade competente, de se tratar de uma *reclamação justificada*. Em outras palavras, cabe à própria autoridade competente, inclusive naqueles casos em que eventual violação seja a ela atribuída, verificar o cabimento ou não da reclamação e, só então, dar início às fases unilateral e bilateral.

Em diversos países, o contribuinte não possui recurso em face das hipóteses em que lhe seja negado o acesso⁷⁷, havendo, inclusive, aqueles, como os Estados Unidos, em que a averiguação do cabimento é entendida como *discricionária* por parte da administração pública, conforme restou decidido no conhecido Caso Yamaha⁷⁸ (*District Court of Columbia*). A criação de mecanismos de bloqueio ao MAP, tal como este, aliás, reforça o nosso entendimento no sentido de que caberia ao Brasil ajustar a redação dos seus tratados para incorporar os ajustes feitos no art. 25(1) da Convenção Modelo da OCDE após a Ação 14 do BEPS, autorizando o ingresso em face de qualquer um dos estados contratantes.

No caso brasileiro, diferentemente do modelo discricionário existente nos Estados Unidos, a análise, em especial se tratando de matéria tributária, é permeada pela aplicação do princípio da legalidade, mesmo porque, como se sabe, o lançamento tributário é ato administrativo vinculado⁷⁹ (e não discricionário). Nesse mesmo sentido, a Constituição determina que todas as decisões, administrativas⁸⁰ ou judiciais, devam ser fundamentadas.

Seguindo esse raciocínio, observa-se, pelo último relatório emitido pela OCDE para o Brasil⁸¹, que, basicamente, tem-se notícia de um caso, apenas, em que a autoridade competente brasileira decidiu não estar a reclamação do contribuinte *justificada*. Muito embora, nesse caso, haja a informação de que a outra autoridade competente tenha sido notificada antes da decisão, a própria autoridade competente brasileira admite não ter, até o momento, documentado, propriamente, a análise dessa fase preliminar, anterior à etapa unilateral.

Ora, justamente por se tratar de análise absolutamente vinculada, entende-se que o processo deveria ser plenamente regrado e documentado, permitindo-se,

⁷⁷ Dentre aqueles em que há recursos, pode-se citar a Dinamarca e a Bélgica: SANTIAGO, Igor Mauler. *Direito Internacional Tributário: métodos de solução de conflitos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 199.

⁷⁸ UNITED STATES OF AMERICA. Yamaha Motor Corp., USA v. United States, 779 F. Supp. 610 (D.D.C. 1991). Disponível em: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/779/610/2313930/>. Acesso em: 7 abr. 2022.

⁷⁹ Art. 142, parágrafo único, do CTN: “Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

⁸⁰ “Art. 93. [...] X – as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros [...]”

⁸¹ Cf. OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 2)*. Op. cit., p. 26.

assim, eventual questionamento, inclusive, aos demais remédios domésticos, em caso de ausência de efetiva motivação, ou mesmo em que a análise tenha se desviado do disposto no art. 8º, *caput*⁸² e § 1º⁸³, da IN RFB n. 1.846.

3.3. Outras sugestões relevantes para incremento da eficácia do MAP no País

Além dos aspectos trazidos nos tópicos anteriores, entendemos que há, ainda, a necessidade de a legislação brasileira se debruçar sobre alguns pontos adicionais para aprimoramento do MAP, seja a partir dos aspectos trazidos na Ação 14 do BEPS, seja em relação àqueles indicados no MEMAP de 2007.

Especificamente no âmbito do MEMAP, poderíamos destacar os seguintes aprimoramentos, que impulsionariam o MAP:

- a) incremento da participação do contribuinte⁸⁴, para além da mera menção da possibilidade de notificação (art. 9º⁸⁵ da IN RFB n. 1.846), em especial nos casos de maior complexidade técnica, como aqueles que analisam *preços de transferência* e a sua adequação ao critério do *arm's length*;
- b) elaboração de *position papers* por parte da autoridade competente que tenha adotado o ato que ocasionou a tributação em desconformidade com o texto do acordo para evitar a dupla tributação;
- c) criação de prazos específicos para encerramento do MAP, se possível em observância ao prazo de dois anos posteriormente adotado no art. 25(5) da Convenção Modelo da OCDE e utilizado como parâmetro no âmbito da Ação 14 do BEPS;
- d) criação de mecanismos que permitam uma maior interação entre o MAP e os demais remédios internos à disposição dos contribuintes, tema este que será retomado, com maior vagar, em seguida neste trabalho.

Somem-se a essas recomendações, também, aquelas aperfeiçoadas na Ação 14 do BEPS, dentre as quais poderíamos destacar as seguintes:

- a) aperfeiçoamento no relacionamento entre as autoridades competentes, o que, como se viu, ainda possui pontos de aprimoramento destacados no

⁸² “Art. 8º O requerimento de instauração de procedimento amigável será recebido por despacho da RFB se atender aos requisitos previstos nos arts. 5º e 6º e desde que trate exclusivamente dos seguintes tributos: [...]”

⁸³ “[...] § 1º O requerimento a que se refere o *caput* não será admitido: I – se o requerente não prestar, no prazo estipulado na intimação, informações adicionais, no caso previsto no § 9º do art. 5º; II – se referir-se ao mesmo objeto e período em relação ao qual já se tenha obtido uma resolução em procedimento anterior ou do qual o requerente tenha manifestado sua desistência; III – se apresentado após o prazo previsto no Anexo II; ou IV – se versar sobre situações relacionadas a sujeito passivo distinto do requerente, ainda que pertencentes ao mesmo grupo econômico.

⁸⁴ Cf. ALTMAN, Zvi Daniel. *Dispute Resolution under Tax Treaties*. Amsterdam: IBFD, 2006, p. 420-421.

⁸⁵ “Art. 9º O sujeito passivo poderá ser notificado pela RFB para apresentar informações ou documentos complementares durante o procedimento amigável.”

relatório da OCDE (*peer review*)⁸⁶, inclusive no caso de notificação sobre o início do MAP;

- b) manutenção de recursos e pessoal adequados à efetiva implementação e aplicabilidade do MAP, de modo a permitir uma redução do prazo médio de resolução contido no relatório da OCDE, atualmente de 43,63 meses⁸⁷ e com viés de crescimento deste lapso temporal, como se observa da diferença reportada entre o primeiro e o segundo relatório.

Na nossa visão, seria importante endereçar todos os aspectos trazidos, adicionalmente, neste tópico, permitindo-se, assim, uma adequada e sustentável evolução do MAP no Brasil.

3.4. Compatibilidade e adequação entre o MAP e o ambiente normativo em que as controvérsias tributárias estão inseridas

Por fim, pretendemos abordar, de forma pragmática, alguns dos entraves ou das dificuldades atualmente existentes para a efetiva adoção, pelos contribuintes, do MAP como forma de resolução de controvérsias oriundas da aplicação dos acordos para evitar a dupla tributação. Nesse sentido, cumpre-nos trazer alguns aspectos relacionados à relação entre as regras do MAP e a legislação tributária atualmente em vigor, notadamente no ambiente das controvérsias tributárias.

O nosso foco, portanto, a seguir, estará centrado na análise do seguinte:

- a) relação entre a utilização do MAP e as regras de suspensão e/ou extinção do crédito tributário⁸⁸ (arts. 151 e 156, do CTN);
- b) relacionamento, incluindo análise de prejudicialidade, entre o MAP e eventuais remédios judiciais ou administrativos que tenham sido utilizados antes, durante, ou após o início do MAP;
- c) eficácia e implementação do resultado diante dos prazos prescricionais existentes em lei complementar, em especial nos tratados em que não haja a inserção da parte final do art. 25(2) da Convenção Modelo da OCDE;
- d) eficácia da decisão em casos de lançamento tributário e diante do disposto no art. 145 do CTN.

É o que se passará a analisar em seguida.

3.4.1. MAP e as regras de suspensão do crédito tributário (art. 151 do CTN)

Como se observou nos tópicos anteriores, a autoridade competente brasileira, mais especificamente a RFB, possui entendimento manifestado, de forma ex-

⁸⁶ Cf. OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 2)*. Op. cit.

⁸⁷ Cf. OECD. *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Brazil (Stage 2)*. Op. cit., p. 10.

⁸⁸ Cf. MONTEIRO, Alexandre Luiz M. do R. Op. cit., p. 117.

pressa, nos relatórios da OCDE, no sentido de que eventual matéria de lei complementar, como no caso de prescrição e decadência⁸⁹, não poderia ser regulada ou negociada no âmbito dos tratados para evitar a dupla tributação.

Deve-se aliar a esse aspecto (*i.e.*, posicionamento da autoridade competente brasileira) determinadas dificuldades decorrentes da realidade brasileira e do contencioso pátrio em matéria tributária. Sob esse prisma, especificamente, cumprem papel fundamental os dispositivos que regulam (i) a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151 do CTN); (ii) a expedição de certidões de regularidade fiscal, essencial para a prática de negócios no País; e (iii) a extinção do crédito tributário em definitivo.

Afigura-se impensável, no cenário local, enveredar em uma disputa tributária relacionada à tributação em desconformidade com o disposto em um acordo para evitar a dupla tributação, sem que se tenha clareza a respeito da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, na medida em que, não havendo tal suspensão, estaria o contribuinte sujeito (i) à eventual inscrição do suposto crédito tributário em Dívida Ativa da União, com o conseqüente ajuizamento de execução fiscal, com todas as conseqüências daí advindas, inclusive a possibilidade de expropriação de bens do contribuinte; (ii) à inscrição do contribuinte em cadastro de inadimplentes (Cadin)⁹⁰; assim como (iii) à inviabilidade de obtenção de certidões positivas com efeito de negativas (conforme art. 206 do CTN⁹¹).

Em outras palavras, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário é condição *sine qua non* à própria efetividade do MAP, notadamente naquelas hipóteses em que a tributação em desconformidade com o acordo para evitar a dupla tributação tenha decorrido de um lançamento de ofício (*i.e.*, auto de infração), lavrado pela RFB.

Em casos tais, considerando-se a normatização existente, ou bem (i) se apresenta uma defesa administrativa, na forma de impugnação (cf. art. 14 e s. do Decreto n. 70.235/1972⁹² c/c art. 151, III, do CTN⁹³) em conjunto com um requerimento de instauração do MAP; ou (ii) se opta pelo acesso direto ao Poder Judiciário com o depósito integral do crédito tributário⁹⁴ ou a obtenção de medida con-

⁸⁹ “Art. 146. Cabe à lei complementar: [...] III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;”

⁹⁰ “Art. 7º Será suspenso o registro no Cadin quando o devedor comprove que: [...] II – esteja suspensa a exigibilidade do crédito objeto do registro, nos termos da lei.”

⁹¹ “Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.”

⁹² “Art. 14. A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento.”

⁹³ “Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: [...] III – as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;”

⁹⁴ “Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: [...] II – o depósito do seu montante integral [...]”

cedida *in limine*⁹⁵, também em conjunto com um requerimento de instauração do MAP. Nas duas hipóteses, perde-se a oportunidade de conferir autonomia ao MAP, permitindo-se, também com isso, um menor acesso às esferas administrativa e judicial para controvérsias desse tipo.

Nesse ponto, portanto, somos do entendimento de que um incremento de eficácia no MAP, inclusive a partir do deslocamento de mais recursos para sua efetiva utilização, dependeria da aprovação de um projeto de lei complementar que incluísse um novo inciso à redação atual do art. 151 do CTN, de modo a prever, como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o requerimento de instauração do MAP, permanecendo-se nessa circunstância (*i.e.*, com exigibilidade suspensa) até o encerramento do procedimento amigável, na forma atualmente prevista no art. 12⁹⁶, da Instrução Normativa RFB n. 1.846/2018.

Resta claro, nessas hipóteses, que poderia (ou deveria) haver uma coordenação entre o prazo previsto no tratado para o requerimento (3 (três) anos), de acordo com a redação atual do art. 25(1) da CM-OCDE e o período atualmente existente para apresentação de impugnações (30 dias⁹⁷). De todo modo, ainda que coubesse ao contribuinte a opção de apresentar o requerimento de instauração do MAP em até trinta dias da data de sua notificação para fazer jus à suspensão, a mera inclusão dessa hipótese dentre aquelas passíveis de suspensão da exigibilidade do crédito tributário já consistiria em grande avanço para a efetiva implementação do MAP.

3.4.2. O MAP e os demais remédios internos (administrativos e judiciais)

Outro ponto que, a nosso ver, possui grande relevância se refere à relação entre os mecanismos de resolução de controvérsias dos tratados, nesse caso o MAP, com os remédios internos à disposição dos contribuintes. Em especial porque, pela própria disposição da IN RFB n. 1.846, o MAP não possuiria, a princípio, natureza contenciosa⁹⁸.

Sem a pretensão de esgotar a discussão a respeito da concomitância de instâncias para apreciação da mesma controvérsia, entendemos oportuno, aqui, trazer algumas situações práticas de forma propositiva, buscando-se trazer insumos para aperfeiçoamento da normatização atualmente existente.

⁹⁵ “Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: [...] V – a concessão de medida liminar em mandado de segurança; [...] V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;”

⁹⁶ “Art. 12. O procedimento amigável será encerrado: [...]”

⁹⁷ “Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.”

⁹⁸ “Art. 2º O procedimento amigável não tem natureza contenciosa, e dele são partes as autoridades competentes dos Estados Contratantes.”

3.4.2.1. Relacionamento entre o MAP e o contencioso administrativo tributário

Nesse sentido, a primeira questão a ser analisada atine, justamente, à interação entre o contencioso administrativo e o MAP. Se tomarmos, para essa finalidade, apenas os processos de determinação e exigência do crédito tributário⁹⁹, notamos que, após o lançamento de ofício, o contribuinte possui prazo de 30 (trinta) dias para impugnação, que, após apresentada, faz iniciar a fase contenciosa e encerra a etapa inquisitória¹⁰⁰.

Desde já, como indicado anteriormente, há um descasamento entre o prazo para defesa administrativa e aquele previsto para se requerer o MAP. Desse modo, pode ocorrer que (i) o contribuinte apresente o requerimento ao MAP antes de esgotado o prazo para defesa administrativa em relação à mesma matéria; ou (ii) que tal requerimento ocorra apenas após já iniciado o processo administrativo, em todas as suas fases, conforme disposto no Decreto n. 70.235/1972.

Há, atualmente, na legislação, pouca ou nenhuma interação entre os diferentes cenários previstos, mesmo porque, como se viu, o MAP é tratado como procedimento de natureza não contenciosa.

Apenas existe, no âmbito da IN RFB n. 1.846, (i) a determinação de que o contribuinte comprove a submissão do tema à esfera administrativa no requerimento, com o compromisso de manter as autoridades competentes atualizadas no tocante aos seus desdobramentos¹⁰¹; (ii) a determinação da inafastabilidade das autoridades competentes das decisões administrativas e/ou judiciais¹⁰²; além de (iii) a necessidade de desistência de eventuais recursos ou impugnações pelo contribuinte para implementação efetiva do MAP¹⁰³.

A legislação tributária, portanto, nesse sentir, parece-nos bastante vaga, deixando de dispor, efetivamente, sobre o relacionamento entre os mecanismos ao

⁹⁹ Na nomenclatura existente no art. 19-E da Lei n. 10.522/2002.

¹⁰⁰ Cf. MARINS, James. *Direito Processual Tributário Brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2015, p. 289.

¹⁰¹ “Art. 5º, § 1º [...]. XII – a comprovação de que a matéria foi submetida a apreciação judicial ou administrativa, no Brasil ou no outro Estado Contratante, mediante juntada de cópia da petição inicial e da resposta correspondente, se for o caso, e de outros documentos relativos à movimentação do processo quando da apresentação do requerimento; [...] XIV – declaração expressa que confirma a exatidão e o caráter completo das informações apresentadas e da documentação fornecida, e o compromisso de enviar à autoridade competente brasileira, de forma célere, documentos que comprovem as alterações havidas nas informações apresentadas ou novas informações, inclusive novas decisões proferidas em processos administrativos ou judiciais sobre a matéria ou emitidas pela autoridade competente do outro Estado Contratante.”

¹⁰² “Art. 10. Na apreciação da matéria submetida ao procedimento amigável, a RFB não se afastará de decisões administrativas ou judiciais no Brasil relativas a processos do próprio requerente de que trata o inciso XII do § 1º do art. 5º.”

¹⁰³ “Art. 13. A implementação da solução resultante do procedimento amigável deve ser precedida de: [...] II – comprovação de desistência expressa e irrevogável de impugnações ou de recursos administrativos interpostos e das ações judiciais que tenham o mesmo objeto do procedimento amigável e renúncia a qualquer alegação de direito sobre as quais se fundam as referidas impugnações e recursos ou ações no Brasil e no exterior.”

longo do seu curso, e acabando por permitir que tratem, em paralelo e de maneira absolutamente apartada, da mesma lide. Esse entendimento, inclusive, é reforçado pela inexistência de comandos normativos que tratem, expressamente, de eventual conexão e/ou prejudicialidade externa no Decreto n. 70.235/1972 e na IN RFB n. 1.846, além da jurisprudência atual do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf), bastante refratária ao reconhecimento de prejudicialidade¹⁰⁴.

Apesar do arcabouço normativo atualmente existente, aparentemente apontando no sentido da ausência de interação entre os mecanismos em referência, entendemos que há inúmeros casos em que, de fato, existe conexão entre o contencioso administrativo federal e o MAP, em muitos dos casos analisando uma mesma competência tributária. Para tais casos, seja visando a garantir uma maior uniformidade decisória, seja, inclusive, para que se propague um maior senso de segurança jurídica, deveria haver uma relação de prejudicialidade entre cada caso.

Muito embora não defendamos uma suspensão de prazo para impugnação a partir do mero protocolo de requerimento de instauração do MAP, entendemos que, uma vez protocolada eventual defesa administrativa, deveria esta, a princípio, aguardar o desfecho do MAP e eventual solução da controvérsia nessa seara.

Proceder dessa forma não apenas incentivaria os contribuintes a explorarem, de forma mais efetiva, a via do MAP, inclusive para se alcançar solução harmônica para os Estados Contratantes, como também reduziria os custos associados à condução conjunta de esforços administrativos paralelos para o mesmo caso e evitaria o chamado *cherry-picking*, a nosso ver não desejável¹⁰⁵, que consistiria nesse estímulo à busca do resultado mais vantajoso para o contribuinte em cada esfera, em detrimento daquele que seja mais adequado à solução da controvérsia.

A nossa sugestão, portanto, ficaria por conta da introdução normativa de dispositivos, tanto no Decreto n. 70.235/72 como na IN RFB n. 1.846, prevendo a interação entre ambos os mecanismos de resolução de controvérsias, suspendendo-se, assim, o curso do processo administrativo fiscal enquanto pendente o MAP. Atualmente, muito embora não haja essa previsão, entendemos que seria possível a utilização do disposto no art. 313, V, *a*¹⁰⁶, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), na medida em que, envolvendo a mesma competência e tributo, ha-

¹⁰⁴ Vide: CSRF, Acórdão n. 9101-005.923, 1ª Turma, j. 03.12.2021; Carf, Primeira Seção, Acórdão n. 1401-004.816, 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara, j. 14.10.2020, dentre inúmeros outros.

¹⁰⁵ A respeito da questão envolvendo *cherry-picking*, porém focando no tema da arbitragem, vide: WERNINGER, Patrick. The role of arbitration in resolving qualification conflicts under Tax Treaties. In: BURGSTALLER, Eva *et al.* *Conflicts of qualification in Tax Treaty Law*. Viena: Linde, 2007, p. 359.

¹⁰⁶ “Art. 313. Suspende-se o processo: [...] V – quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa ou da declaração de existência ou de inexistência de relação jurídica que constitua o objeto principal de outro processo pendente [...]”.

veria, a nosso ver, prejudicialidade externa, também aplicável na instância administrativa por força do art. 15 do mesmo CPC/2015¹⁰⁷.

3.4.2.2. *Relacionamento entre o MAP e o contencioso judicial*

Na mesma esteira do tópico anterior, o relacionamento entre os dois mecanismos é bastante escasso, à exceção do já indicado tratamento dado pela IN RFB n. 1.846 (arts. 5º, § 1º, XII e XIV, 10 e 13, II). A legislação, como se viu, atualmente permite o andamento conjunto entre MAP e eventual medida judicial do contribuinte, apenas determinando, por óbvio, uma prevalência das decisões jurisdicionais sobre o feito administrativo, além de exigir a renúncia, por parte do contribuinte, dos direitos sob os quais se funda eventual demanda para a implementação do resultado do MAP.

Entendemos relevante, contudo, para a regular e adequada resolução do litígio, que os juízes, de posse da informação sobre a existência do MAP (o que caberia aos contribuintes, diante da boa-fé¹⁰⁸ exigida pelo CPC/2015¹⁰⁹), deveriam, inclusive *ex officio*, suspender o processo judicial pelo prazo facultado no já citado art. 313, V, *a*, do CPC/2015, até que o MAP alcance o seu resultado final.

Ressaltamos, como indicado anteriormente, que caberia ao Brasil, em seus tratados, e à autoridade administrativa, em sua execução, observarem o prazo de até 24 (vinte e quatro) meses para apresentar uma decisão no âmbito do MAP. Mais do que isso, seria salutar, notadamente em matérias de grande conteúdo técnico, como em casos de preços de transferência, imprimir uma maior participação do contribuinte¹¹⁰, para que, de fato, haja uma integração plena e efetiva dos diferentes mecanismos de solução de controvérsias.

3.4.3. Eficácia do resultado independentemente do prazo prescricional

Outro aspecto já anteriormente mencionado, inclusive nas próprias palavras da RFB, refere-se à inexistência (ou ineficácia) de texto similar ao art. 25(2) da Convenção Modelo da OCDE, em sua segunda parte, nos tratados e na prática brasileira. Referido fato, como se viu, coloca em xeque a eficácia do MAP, na medida em que o seu desfecho poderia se dar em data posterior a eventual prazo prescricional para repetição ou restituição de indébitos tributários. Referido as-

¹⁰⁷ “Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

¹⁰⁸ “Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.”

¹⁰⁹ “Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.”

¹¹⁰ Cf. ZUGER, Mario. *Settlement of disputes in Tax Treaty Law – General Report*. In: LANG, Michael *et al.* *Settlement of disputes in Tax Treaty Law*. Amsterdam: Kluwer Law, 2002, p. 22.

pecto, aliás, é reforçado pela vigência da Súmula 625 do STJ¹¹¹, por meio da qual se entende que pedidos administrativos não teriam o condão de interromper o referido prazo prescricional.

Entendemos que, para além da efetiva implementação do art. 25(2) da Convenção Modelo nos tratados brasileiros, a que já nos referimos anteriormente, dever-se-ia pensar, de *lege ferenda*, na modificação do art. 168, incluindo-se no referido dispositivo um parágrafo prevendo a interrupção do prazo quando do requerimento do MAP.

3.4.4. Da modificação do arts. 145 e 156 do CTN nas hipóteses de constituição do crédito tributário

Por fim, igualmente verificamos a necessidade de ajuste nos arts. 145¹¹² e 156 do CTN, para que se possa, de fato, imprimir eficácia a eventual resolução da controvérsia pelo MAP em casos em que o acesso a esse mecanismo tenha sido feito após lançamento de ofício por parte da autoridade fiscal.

Em tais casos, para além da coordenação entre os remédios internos e MAP, já apontada nos tópicos anteriores, faz-se mister a adequação do disposto, atualmente, nos referidos dispositivos legais, na medida em que, atualmente, a resolução do caso pelo MAP não teria (ao menos potencialmente) o condão de afastar o lançamento e, *per se*, não seria suficiente para extinguir o crédito tributário.

Com efeito, compulsando-se o disposto no art. 145, o lançamento poderia ser modificado pela autoridade fiscal apenas e tão somente se (i) tal fosse determinado no âmbito do contencioso administrativo (cf. Decreto n. 70.235/1972); ou (ii) nas hipóteses de retificação de ofício, regularmente prevista no art. 149 do CTN. Considerando-se, pela própria linguagem da IN RFB n. 1.846 e do CTN, que eventual resolução no âmbito do MAP que atraísse a competência tributária para o Brasil não seria enquadrada no item “i”, restaria, apenas, à espécie, verificar o enquadramento no âmbito do art. 149¹¹³.

Um dos subscritores desse trabalho já teve a ocasião de sustentar, em outra oportunidade, que a resolução da controvérsia pelo MAP poderia ser enquadrada no disposto no inciso VIII do art. 149¹¹⁴, por se tratar, em tese, de fato novo não

¹¹¹ Súmula 625 do STJ: “O pedido administrativo de compensação ou de restituição não interrompe o prazo prescricional para a ação de repetição de indébito tributário de que trata o art. 168 do CTN nem o da execução de título judicial contra a Fazenda Pública”.

¹¹² “Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de: I – impugnação do sujeito passivo; II – recurso de ofício; III – iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.”

¹¹³ “Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos: [...]”

¹¹⁴ “Art. 149. [...] VIII – quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;”

conhecido à época do lançamento¹¹⁵. Contudo, diante de eventual possibilidade de questionamento em relação a esse ponto, caberia não apenas uma inserção de novo inciso no art. 145 do CTN, possibilitando a alteração do lançamento diante do desfecho distinto do MAP que confira a possibilidade de a RFB lançar tributo, como também do próprio art. 156¹¹⁶ do CTN, de modo a inserir como hipótese de extinção do crédito tributário eventual solução do MAP devidamente implementada, na espécie.

4. Síntese conclusiva

Consoante se buscou demonstrar ao longo deste trabalho, o instituto do MAP e, bem assim, os mecanismos de solução de controvérsias no âmbito dos acordos para evitar a dupla tributação vem passando por evidente aperfeiçoamento, iniciando-se com o MEMAP e os aperfeiçoamentos debatidos no âmbito do BEPS e passando pelas discussões trazidas nas convenções modelo, notadamente OCDE e ONU. Tais incrementos podem ser percebidos na prática de diversos países, notadamente no modelo norte-americano.

O Brasil, como membro do *Inclusive Framework* do BEPS, também vem vivenciando inúmeros aperfeiçoamentos no instituto, seja nos ajustes de redação das novas convenções ou protocolos, seja nos normativos internos. Em 2016, verificou-se a edição da primeira instrução normativa, mais precisamente a IN RFB n. 1.669, que teve os seus dispositivos aprimorados quando da edição da IN RFB n. 1.846/2018 e atualmente em vigor.

A implementação dos *minimum standards* pelo País, inclusive, vêm sendo observada de perto pelo FTA MAP Forum, havendo sido disponibilizados dois relatórios (*Stages 1 and 2*) sobre os diversos aspectos da prática brasileira em relação ao MAP.

Neste artigo, apesar de a prática ter sofrido sensível aperfeiçoamento nos últimos anos, sendo avaliada como boa no âmbito do FTA MAP Forum, buscamos pontuar, de forma não exaustiva, alguns aspectos relevantes para o uso efetivo do MAP como mecanismo de solução de controvérsias no Brasil.

Nesse sentido, buscou-se demonstrar a necessidade de renegociação de determinadas redações do art. 25 da Convenção Modelo da OCDE, tal como incorporado nas convenções brasileiras, especialmente as mais antigas. Há a necessidade, na nossa visão, de ajustar o texto dos arts. 25(1) e (2), trazendo maior eficácia e utilização ao instituto e, especialmente, reduzindo as barreiras temporais para a sua aplicação no âmbito interno.

Também buscamos pontuar, ao longo dos capítulos anteriores, algumas recomendações que seriam necessárias e eficientes e trazidas da *expertise* dos países no

¹¹⁵ MONTEIRO, Alexandre Luiz M. do R. Op. cit., p. 112.

¹¹⁶ “Art. 156. Extinguem o crédito tributário: [...]”

MEMAP e na Ação 14 do BEPS. No âmbito interno, igualmente pontuamos alguns ajustes necessários para a adequação do ambiente normativo interno, em especial com os ajustes do próprio CTN, em seus arts. 151 e 156 (suspensão e extinção do crédito tributário), aliados também a um ajuste na redação do art. 145.

Igualmente, buscou-se apontar aspectos pertinentes ao relacionamento do MAP com os remédios internos locais, sejam eles judiciais e/ou administrativos, incluindo-se temas relacionados à prejudicialidade externa, prazos e a eficácia do resultado *vis-à-vis* a aplicação dos prazos prescricionais internos.

Apesar de não termos a pretensão de esgotar o tema, buscou-se, nas linhas que se passaram, trazer reflexões para o aprimoramento do MAP no País, de modo que o instituto possa, efetivamente, ser um instrumento de redução dos litígios em matéria de tributação internacional, atingindo o principal escopo das convenções que é, justamente, de aumentar a segurança jurídica com a redução da dupla ou pluritributação.

A Recomendação do Pilar 2 para limitar a Dedutibilidade de Pagamentos Intragrupo contraria Injustificadamente os Princípios da Igualdade e da Renda Líquida

Leonardo Aguirra de Andrade

Pós-doutorando, Doutor e Mestre em Direito Tributário pela Universidade de São Paulo (USP). *LL.M.* em Direito Tributário Internacional pela Georgetown University.

Resumo

O artigo avalia a regra de pagamento de tributação reduzida (*undertaxed payment rule* – UTPR) recomendada pela OCDE no Pilar 2 e conclui pela sua potencial incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro em razão da contrariedade injustificada aos princípios da igualdade e da renda líquida.

Palavras-chave: Pilar 2, igualdade, renda líquida.

Abstract

The article exams the undertaxed payment rule (UTPR) recommended by the OECD in Pillar 2 and asserts its potential incompatibility with the Brazilian legal system due to the unjustified violation of the principles of equality and net income.

Keywords: Pilar 2, equality, net income.

1. Introdução

O objetivo do presente artigo é analisar a política fiscal internacional relativa ao *single tax principle*, selecionando-se, dentre seus diversos aspectos, a estratégia de combate à dupla não tributação da renda consistente na indedutibilidade de despesas, no caso de remessa para beneficiário situado em jurisdição com baixa ou nenhuma tributação da renda. Tal recomendação de indedutibilidade, como estratégia para combater o abuso, pode ser encontrada nas medidas propostas no âmbito do Pilar 2, no contexto do Projeto de combate à erosão da base tributária e transferência de lucros (BEPS) da OCDE/G20¹.

Em dezembro de 2021, a OCDE divulgou suas regras-modelo no escopo do Pilar 2 para implementação de mecanismos de *top-up-tax* visando à tributação única global (*Pillar Two Model Rules*), com o objetivo de elevar a tributação total sobre os lucros em excesso de uma multinacional a uma alíquota mínima global.

¹ OECD. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD Publishing, 2020, p. 14: “It acknowledges that denying treaty benefits for certain deductible intra-group payments made to jurisdictions where those payments are subject to no or low rates of nominal taxation may help source countries to protect their tax base, notably for countries with lower administrative capacities”.

A proposta prevê a introdução de duas categorias de regras interligadas no plano doméstico: (i) a regra de inclusão de renda (*income inclusion rule* – IIR), que prevê a imposição de um imposto complementar; e (ii) a regra de pagamento de tributação reduzida (*undertaxed payment rule* – UTPR), que prevê a possibilidade de o país de fonte negar deduções ou demandar ajustes equivalentes².

Nesse contexto, o presente artigo pretende examinar a validade da introdução de uma eventual regra de indedutibilidade de despesas intragrupo, nos moldes do UTPR³, no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, especula-se que existem, pelo menos, cinco fundamentos com potencial argumentativo para justificar a inviabilidade da adoção dessa regra de indedutibilidade no Brasil por meio de mera lei ordinária: (i) o princípio da capacidade contributiva enquanto critério de aplicação da igualdade; (ii) o princípio da renda líquida objetiva; (iii) o princípio da universalidade; (iv) o conceito de renda; e (v) a própria desnecessidade da regra, tendo em vista as particularidades da legislação brasileira.

A indedutibilidade em questão poderia ser analisada de diversas formas, tal como da perspectiva do próprio conceito de renda: sob a ótica de produção, a renda de uma pessoa jurídica é apurada após se considerar os seus custos e as suas despesas necessárias à manutenção da fonte produtora, de modo que deve ser resguardado o direito à dedução dos gastos incorridos na manutenção da integridade do capital, sob pena de não se tributar renda, e sim patrimônio⁴. Essa perspectiva de limitação da liberdade da atuação do legislador na delimitação das despesas dedutíveis a partir do conceito de renda – que merece aprofundamento – é deixada de lado, por razões metodológicas, para futuras pesquisas.

No presente artigo, busca-se concentrar atenção nos dois primeiros fundamentos mencionados, deixando o exame dos demais fundamentos para futuros estudos sobre o tema. Ou seja, concentra-se atenção neste trabalho nos limites da dedutibilidade de despesas sob a ótica da eficácia dos princípios da capacidade contributiva e da renda líquida.

Para os fins da presente análise, adota-se como premissa que o princípio da capacidade contributiva é aplicável a pessoas jurídicas. Acolhe-se, como ponto de

² OECD. *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*: Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2021.

³ Conforme previsto no art. 2.4 das regras-modelo: “2.4.1 Constituent Entities of an MNE Group located in [insert name of implementing-Jurisdiction] shall be denied a deduction (or required to make an equivalent adjustment under domestic law) in an amount resulting in those Constituent Entities having an additional cash tax expense equal to the UTPR Top-up Tax Amount for the Fiscal Year allocated to that jurisdiction”. OECD. *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*: Inclusive Framework on BEPS. Op. cit., p. 12.

⁴ COSTA, Alcides Jorge. Conceito de renda tributável. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Imposto de Renda: conceitos, princípios e comentário*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 25.

partida, o entendimento de Klaus Tipke no sentido de que se aplica o princípio da capacidade contributiva às pessoas jurídicas como critério de aplicação da igualdade⁵. Nesse particular, vale ressaltar que, a nosso ver, a aplicação da capacidade contributiva às pessoas jurídicas se opera de maneira indireta, por meio de ficção jurídica, na mesma medida que as próprias pessoas jurídicas são construções jurídicas, sendo que são os indivíduos que têm capacidade contributiva efetiva⁶. Essa aplicação indireta ou por meio de ficção jurídica não obsta a aplicação da capacidade contributiva às pessoas jurídicas, tendo em vista que as manifestações de riqueza passíveis de tributação por tais entidades devem estar submetidas a algum critério de comparação para fins da aplicação da igualdade e a capacidade contributiva é, por excelência, o melhor parâmetro de comparação em matéria de imposto de renda.

Nesse sentido, parte-se do pressuposto de que considerar a capacidade contributiva como *critério de aplicação da igualdade* no plano tributário significa dizer que a capacidade contributiva seria justamente a *medida de diferenciação* entre contribuintes, no que diz respeito à sua obrigação de pagar impostos⁷. Ou seja, a existência de um *critério de diferenciação* implica admitir que *alguma diferenciação* poderia ser adotada dentro do âmbito de aplicação do princípio da igualdade, com a finalidade de definir os diferentes ônus fiscais sobre a renda de cada pessoa jurídica⁸.

Enquanto unidades produtivas geradoras de renda (juridicamente autônomas em relação aos indivíduos), as pessoas jurídicas devem ter resguardadas as suas necessidades operacionais (para atender as “necessidades mínimas operacionais e de produtividade para sobreviverem como cédula econômica”⁹), inclusive no sentido de impor ao legislador limites à restrição da dedução das suas despesas necessárias à manutenção da fonte produtiva. A indedutibilidade, nessa hipótese, implica uma limitação indevida da eficácia do princípio da capacidade contribu-

⁵ TIPKE, Klaus. Fundamentos da justiça fiscal. In: TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2022, p. 35.

⁶ Nesse sentido: SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. A persona e o direito: entre a realidade e a ficção das pessoas jurídicas. In: *Revista Direito Tributário Atual* n. 30. São Paulo: Dialética. IBDT, 2014, pp. 251-273 (261). PIGNATARI, Leonardo Thomaz. Revisitando o Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas no Brasil: Origens, Justificativas e Métodos de Integração. *Revista Direito Tributário Atual* n. 46, São Paulo: IBDT, 2020, pp. 277-300 (286). ABRANTES, Emmanuel Garcia. *A realização da renda da pessoa jurídica*. Série Doutrina Tributária Vol. XLIV. São Paulo: IBDT, 2021, p. 126.

⁷ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 23-24.

⁸ OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. Aspectos jurídicos do princípio da capacidade contributiva. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: CEJUR, 1987, p. 175.

⁹ COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 66-67.

tiva, a não ser que existam fundamentos constitucionalmente legítimos para tal limitação.

Resta, então, identificar quais critérios de diferenciação seriam admitidos e em quais hipóteses. Para essa análise, adota-se o caminho sugerido por Luís Eduardo Schoueri para aplicação do princípio da igualdade em matéria tributária: “primeiro, encontra-se um critério; em seguida, busca-se a fundamentação constitucional para o critério encontrado. Finalmente, comparam-se as situações a partir do critério eleito”¹⁰.

A hipótese analisada no presente artigo considera um contribuinte, pessoa jurídica domiciliada no Brasil, integrante de um grupo multinacional (com receita anual acima de 750 milhões de euros), que efetua pagamentos a entidade do grupo localizada no exterior. Essa situação é comparada com um contribuinte também pessoa jurídica domiciliada no Brasil, mas integrante de um grupo econômico – de igual porte econômico – exclusivamente nacional, e que efetua pagamentos a entidade do grupo localizada no Brasil.

Assumindo que a regra de indedutibilidade discutida no âmbito do Pilar 2 atingiria apenas o primeiro contribuinte, eis que integrante de um grupo multinacional, indaga-se se a condição de ser integrante de um grupo multinacional seria um desses critérios de diferenciação válidos, de acordo com o ordenamento jurídico doméstico. Além disso, questiona-se se seria possível realizar uma avaliação da capacidade contributiva da pessoa jurídica brasileira no nível doméstico, considerando adicionalmente a situação jurídica e econômica das outras entidades integrantes do seu grupo econômico situadas no exterior. Em outros termos, o fato de a pessoa jurídica pertencer a um grupo multinacional altera a sua capacidade contributiva manifestada localmente? De outro lado, o limite de 750 milhões de euros sugerido no Pilar 2, igualmente, desperta dúvidas sobre a observância da igualdade, uma vez que esse limite é considerado de maneira global, e não pela capacidade contributiva manifestada localmente. É legítimo o Brasil de maneira diferente tratar dos contribuintes em situação semelhante localmente, porém em situação diferente quanto se examina mundialmente as receitas auferidas por outras entidades pertencentes ao seu grupo econômico? Eventuais conclusões no sentido de que a indedutibilidade de despesas violaria os princípios da capacidade contributiva e da renda líquida poderiam levar a questionamentos acerca da viabilidade da introdução do Pilar 2 no Brasil.

O presente artigo, portanto, faz uma avaliação da regra de indedutibilidade de despesas intragrupo, nos moldes do UTPR, de acordo com o direito doméstico, para além da abordagem tradicional da igualdade no âmbito do Direito Tributário Internacional conforme o art. 24 da Convenção Modelo da OCDE, a qual é deixada de lado no presente estudo.

¹⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 365.

2. A recomendação do Pilar 2 para limitar a dedutibilidade de pagamentos intragrupo como medida de combate ao abuso

Em 8 de outubro de 2021, o Quadro Inclusivo sobre a Erosão da Base e Transferência de Lucros (*Inclusive Framework*) da OCDE/G20 chegou a um acordo sobre a solução de dois pilares para enfrentar os desafios fiscais decorrentes da digitalização da economia¹¹.

O Pilar 1 propõe a revisão das regras de alocação de lucros e de conexão (nexo), com o objetivo de permitir a atribuição de competência tributária a países envolvidos em determinadas operações praticadas por empresas multinacionais. Já o Pilar 2, objeto do presente artigo, propõe um conjunto de regras globais de combate à erosão da base tributária (no acrônimo em inglês, GloBE – *Anti Global Base Erosion Rules*), que permite que um país exerça competência tributária quando outros países não a houverem exercido ou quando determinado rendimento esteja sujeito a uma tributação baixa no outro país.

O Pilar 2 também prevê uma regra adicional baseada em tratado, a regra de sujeição à tributação (*subject to tax rule – STTR*), que permite que as jurisdições de fonte imponham tributação sobre certos pagamentos de partes relacionadas sujeitas a tributos abaixo de uma alíquota mínima¹².

As regras GloBE terão o *status* de *common approach*, o que significa que os membros do *Inclusive Framework* não são obrigados a adotar as regras GloBE, mas, se optarem por fazê-lo, deverão implementar regras de maneira consistente com os resultados previstos no Pilar 2 e aceitarão as regras GloBE impostas por outros membros¹³.

Após o consenso alcançado pelo Inclusive Framework em outubro de 2021, a OCDE publicou, em 20 de dezembro de 2021, as regras-modelo do Pilar 2 (*Pillar Two Model Rules*), ou *GloBE Rules*¹⁴. As regras GloBE serão aplicadas às entidades multinacionais que atingirem o limite de 750 milhões de euros, conforme determinado na Ação 13 do BEPS (relatório país a país)¹⁵.

As regras GloBE operarão de forma a impor um imposto adicional usando um teste de alíquota efetiva de imposto, calculada por jurisdição. A IIR visa a impor um imposto complementar sobre uma entidade controladora, com relação à renda tributada de maneira reduzida em outra jurisdição. Já a UTPR prevê re-

¹¹ OECD. *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*. Paris: OECD Publishing, 2021.

¹² OECD. *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*. Op. cit., p. 3.

¹³ OECD. *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*. Op. cit., p. 3.

¹⁴ OECD. *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*: Inclusive Framework on BEPS. Op. cit.

¹⁵ OECD. *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*. Op. cit., p. 4.

jeitar ou limitar deduções ou exigir um ajuste equivalente, nos casos em que a receita de uma entidade em outras jurisdições não estiver sujeita a impostos conforme a IIR¹⁶.

Dentre as duas espécies de regras propostas pelo Pilar 2, interessa para o presente estudo a UTPR, isto é, a negativa de dedução de despesas. O art. 2.4.1 das regras-modelo estabelece os contornos da UTPR, a serem observados pelo país que desejar implementar as regras GloBE no seu ordenamento jurídico doméstico. Em linhas gerais, o artigo estabelece que a entidade pertencente ao grupo multinacional (entidade constituinte) poderá ter negada uma dedução ou ser requerida a fazer um ajuste equivalente, em montante que resulte na tributação adicional desta entidade resultando no montante *top-up* alocado àquela jurisdição. Veja-se a redação a seguir:

2.4.1 Constituent Entities of an MNE Group located in [insert name of implementing-Jurisdiction] shall be denied a deduction (or required to make an equivalent adjustment under domestic law) in an amount resulting in those Constituent Entities having an additional cash tax expense equal to the UTPR Top-up Tax Amount for the Fiscal Year allocated to that jurisdiction.

Recentemente, em 14 de março de 2022, a OCDE publicou os comentários¹⁷ e exemplos¹⁸ às regras GloBE. Em relação às limitações de deduções, o item 45 dos comentários dispõe que o art. 2.4.1 abrange a dedução de despesas ou itens similares que sejam levados em consideração no cálculo do lucro líquido ordinário, para fins fiscais naquela jurisdição, o que sugere que as restrições à dedutibilidade podem abarcar qualquer tipo de despesa¹⁹.

O presente estudo tem como foco analisar a regra de indedutibilidade prevista na UTPR, pois esta é a medida que teria o maior potencial de violar a capacidade contributiva como critério de aplicação da igualdade e o princípio da renda líquida em sentido objetivo, uma vez que a limitação à dedutibilidade de certas despesas poderia eventualmente resultar na tributação de um fenômeno que não configura renda – nos termos do questionamento apresentado por Victor Polizelli ao analisar o princípio da renda líquida²⁰, como será discutido nos itens a seguir.

¹⁶ OECD. *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*. Op. cit., p. 3.

¹⁷ OECD. *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Commentary to the Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*. Paris: OECD Publishing, 2021.

¹⁸ OECD. *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two) Examples*. Paris: OECD Publishing, 2021.

¹⁹ OECD. *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Commentary to the Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*. Op. cit., p. 32.

²⁰ POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da renda líquida. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJE-RSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (org.). *Direito Tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda – Estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019, p. 51.

3. A capacidade contributiva em sentido objetivo como critério de aplicação da igualdade e o princípio da renda líquida

O § 1º do art. 145 da Constituição Federal determina que os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte. Conforme ensina Humberto Ávila, o princípio da capacidade contributiva seria, assim, um critério-medida de diferenciação em relação a impostos: como a finalidade dos impostos é a obtenção de receita dos particulares, a capacidade contributiva operaria como a medida de diferenciação, concretizando o tratamento igualitário entre contribuintes em sua obrigação de pagar impostos²¹.

Consequência dessa constatação é que a instituição de impostos sobre a renda deve sempre observar a capacidade econômica. Nesse sentido, na opinião de Humberto Ávila, quando o legislador estabelece limites à dedução de despesas com educação ou saúde, ou cria ficções ou presunções legais, ele se afasta da capacidade contributiva individual em nome de princípios e objetivos estranhos à capacidade contributiva²². O autor conclui que, se renda é acréscimo patrimonial e o acréscimo patrimonial é o resultado líquido disponível, após dedução de despesas necessárias à manutenção e à proteção da fonte produtora, o conceito de renda deve necessariamente abranger o conceito de despesa e custo²³.

É nesse aspecto que o princípio da capacidade contributiva tangencia o princípio da renda líquida. Para Joachim Lang, o princípio da renda líquida é o resultado dos fatores positivo e negativo da renda como medida da capacidade de pagar tributos, sendo o positivo correspondente aos rendimentos e o negativo correspondente aos custos relacionados à obtenção dos rendimentos. Nesses termos, o autor considera que o princípio da renda líquida coloca o princípio da capacidade contributiva em termos concretos²⁴.

Paulo Victor Vieira da Rocha destaca a proximidade dos conceitos de realização e renda líquida, e observa que ambos têm força de norma concretizadora do princípio da capacidade contributiva e da segurança jurídica. O autor comenta que o princípio da realização, entendido como a proibição de se tributar o que não esteja disponível, é um pouco mais genérico que o princípio da renda líquida, que determina que se confrontem rendimentos e gastos (custos e despesas) efetuados para obtenção daqueles, ou seja, que não se tribute o patrimônio utilizado na produção do acréscimo²⁵.

²¹ ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit., p. 23-24.

²² ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit., p. 25-56.

²³ ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit., p. 44.

²⁴ LANG, Joachim. The influence of tax principles on the taxation of income from capital. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (eds.). *The notion of income from capital*. EATLP International Tax Series. v. 1. Amsterdã: IBFD, 2005, p. 15: "The ability-to-pay principle demands the full deduction of costs and losses as well as the full consideration of the proceeds".

²⁵ ROCHA, Paulo Victor Vieira da. A competência da União para tributar a renda, nos termos do art. 43 do CTN. *Direito Tributário Atual*, n. 21. São Paulo: IBDT, 2007, p. 303-304.

O Brasil não possui uma doutrina ou jurisprudência extensas sobre o princípio da renda líquida e sobre os limites constitucionais para atuação do legislador na concretização do princípio da renda líquida. Contudo, conforme observa Victor Polizelli, mesmo diante da ausência da previsão expressa do princípio da renda líquida na Constituição Federal ou no Código Tributário Nacional (CTN), é possível concluir que o imposto de renda incide sobre uma grandeza líquida²⁶.

Para fins de comparação e ressalvadas as diferenças entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e alemão, optou-se por analisar as considerações da doutrina e da jurisprudência alemãs, país que tradicionalmente discute o alcance e a aplicação do princípio da renda líquida, tendo a discussão alcançado Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht* – BVerGe) já há algumas décadas.

Na doutrina, destaca-se a obra de Maximilian Bowitz, que se dedicou ao tema do princípio da renda líquida objetiva²⁷. O autor constata que Tribunal Constitucional Alemão nunca se pronunciou expressamente sobre a existência de um *status* constitucional do princípio da renda líquida em seu sentido objetivo, ao contrário do princípio da renda líquida em seu sentido subjetivo, em relação ao qual o Tribunal já se manifestou, desde muito tempo, quanto ao seu caráter constitucional²⁸.

Ou seja, permanece controverso se o princípio da renda líquida objetiva na estrutura do imposto de renda é uma necessária derivação do princípio da capacidade contributiva, e, como tal, também desfrutaria de um *status* constitucional na Alemanha.

Em termos práticos, concluir por um caráter constitucional do princípio da renda líquida implicaria dizer que o imposto somente poderia incidir sobre o lucro líquido, portanto, tudo aquilo que tem conexão com o auferimento da renda estaria fora do campo disponível para a tributação, isto é, apenas o saldo restante corresponde ao acréscimo que economicamente representa a capacidade contributiva. Por outro lado, caso o princípio da renda líquida tivesse um *status* meramente infraconstitucional, o princípio da capacidade contributiva exigiria apenas que se fossem consideradas as características do indivíduo como medida de incidência da tributação, não sendo o princípio da igualdade um parâmetro absoluto²⁹.

A conclusão de um caráter infraconstitucional da capacidade contributiva foi analisada pelo Tribunal Constitucional Alemão no julgamento do caso BVerGe

²⁶ POLIZELLI, Victor Borges. Op. cit., p. 34.

²⁷ BOWITZ, Maximilian. *Das objektive Nettoprinzip als Rechtfertigungsmaßstab im Einkommensteuerrecht: eine Untersuchung zum Verfassungsrang eines Besteuerungsprinzips und zur Rechtfertigung gesetzgeberischer Einzelentscheidungen vor der Grundentscheidung*. Baden-Baden: Nomos, 2016.

²⁸ BOWITZ, Maximilian. Op. cit., p. 44-45.

²⁹ BOWITZ, Maximilian. Op. cit., p. 75-76.

43, 108, ocorrido em 1973³⁰. A decisão discutiu a dedutibilidade de despesas com os filhos (*Kinderfreibeträge*) da base de cálculo do imposto de renda de pessoas físicas na Alemanha.

Os demandantes alegaram que a parcela da renda recebida pelos pais e atribuíveis às despesas com os filhos deveria ser deduzida do imposto de renda, na medida em que criar os filhos é uma obrigação imposta pelo Código Civil. Do ponto de vista constitucional, os demandantes alegaram que os direitos fundamentais violados seriam o art. 6, §§ 1 e 2 (proteção da família e direito e obrigação dos pais de criar os filhos) e o art. 3, § 1 (princípio de igualdade), ambos da Constituição Alemã. Segundo as razões apresentadas, sua desvantagem tributária seria verificada no fato de que eles estariam sendo mais onerados que os contribuintes sem filhos, mas com a mesma renda.

A decisão do tribunal foi de que a obrigação que os pais têm em relação aos filhos, e conseqüentemente, o ônus econômico para os pais com os filhos, é uma das circunstâncias que afetam adversamente a capacidade contributiva. No entanto, o tribunal considerou que o legislador não é obrigado a considerar integralmente como dedutíveis as diversas despesas que famílias com diferentes níveis de renda realizam com seus filhos, o que agravaria desigualdades já existentes. Em conclusão, o tribunal afirmou que o legislador não está constitucionalmente obrigado a aplicar de forma pura o princípio da tributação segundo a capacidade contributiva.

Em decisão mais recente, em 2017, o mesmo tribunal analisou a compatibilidade da regra de vedação à dedutibilidade de perdas operacionais do imposto de renda corporativo em caso de aquisição prejudicial (*schädlicher Beteiligungserwerb*) de participação societária, instituída no âmbito da reforma tributária de 2008, com o princípio da igualdade previsto na Constituição Alemã³¹. O novo regulamento da lei do imposto de renda corporativo alemão passou a prever que a mudança de acionista seria uma circunstância suficiente para limitar a dedutibilidade de prejuízos, e não mais a mudança de atividade.

A conclusão do tribunal foi de que o legislador não é obrigado, constitucionalmente, a permitir a compensação de prejuízos sem restrições. No caso de uma restrição, no entanto, ele deve se orientar para a implementação lógica da decisão estatal relativa aos encargos. Em particular, o legislador entendeu por violado o princípio da separação entre sócios e entidade e, portanto, acabou por colocar em desvantagem as empresas com uma mudança de propriedade em comparação com aquelas sem uma mudança de propriedade.

³⁰ ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht. BVerGe 43, 108*. Decisão de 23 de novembro de 1973. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv043108.html> Acesso em: 22 nov. 2021.

³¹ ALEMANHA. *Bundesverfassungsgericht. BVerGe 2 BvL 6/11*. Decisão de 29 de março de 2017. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/ls20170329_2bvl000611.html. Acesso em: 22 nov. 2021.

Questão semelhante foi submetida por um contribuinte ao Tribunal Financeiro alemão (*Bundesfinanzhof*), em que o contribuinte questionava a compatibilidade da barreira de juros alemã com o princípio da igualdade³². A conclusão do tribunal, no entanto, foi de que a proibição da dedução com juros possivelmente violaria o do princípio da igualdade e da capacidade contributiva, devendo o caso ser submetido ao tribunal constitucional. Em que pese não tenha julgado a questão constitucional, o tribunal financeiro admitiu a limitação à dedutibilidade de despesas com juros precisaria ser justificada, uma vez que contraria a estrutura da apuração do imposto de renda. O tribunal afirmou, ainda, que a capacidade contributiva, como critério de igualdade no imposto de renda, é medida pelo legislador ordinário em função do princípio da renda líquida.

Estabelecidos esses pressupostos (e ressalvadas as diferenças entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e alemão), cabe indagar, no contexto jurídico brasileiro, se a vedação à dedutibilidade de determinada despesa poderia violar o princípio da renda líquida objetiva (como desdobramento do princípio da capacidade contributiva).

3.1. *Single taxation*

A indedutibilidade de determinadas despesas, por companhias multinacionais, como um dos mecanismos para atingir o objetivo de uma tributação global mínima está inserida no contexto chamado *single tax principle* ou *single taxation*, o que justifica algumas considerações sobre o tema.

Tradicionalmente, a cooperação fiscal internacional tem como objetivo primordial a eliminação ou a atenuação da dupla tributação (ao lado do combate à evasão fiscal)³³, no intuito de facilitar o fluxo de investimentos, reduzir o custo do dinheiro e da tecnologia em operações transnacionais e promover segurança jurídica para os contribuintes³⁴. Nesse contexto, os tratados internacionais em matéria tributária representam um esforço para remover os obstáculos ao desenvolvimento das relações econômicas entre os países decorrentes da dupla tributação jurídica da renda³⁵.

Nas últimas décadas, todavia, a cooperação fiscal internacional parece ter concentrado a sua atenção no combate ao “problema oposto”: a dupla não tribu-

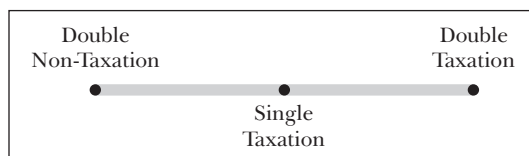
³² ALEMANHA. Bundesfinanzhof. *I R 20/15*. Decisão de 14 de outubro de 2015, publicada em 10 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://www.bundesfinanzhof.de/de/entscheidung/entscheidungen-online/detail/STRE201610031/>. Acesso em: 22 nov. 2021.

³³ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 73.

³⁴ DORNELLES, Francisco. *A dupla tributação internacional da renda*. Rio de Janeiro: FGV, 1979, p. 8.

³⁵ OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Paris: OECD Publishing, 2017, p. 9. Introduction, par. 1; ROTHMANN, Gerd Willi. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra bitributação*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1978, p. 68.

tação da renda, possivelmente baseada em uma política fiscal denominada *single taxation* ou *single tax principle*³⁶. A partir da ideia de contraposição entre (i) o combate à dupla tributação e (ii) o combate à dupla não tributação da renda, Francesco De Lillo retrata, em estudo específico sobre o tema, o entendimento dos defensores da política fiscal do *single taxation* como ponto intermediário ideal entre duas situações indesejadas³⁷:



Essa mudança de foco na cooperação fiscal internacional sugere a existência de diferentes fases na evolução do tema: (i) a primeira fase, em que os esforços dos países cooperativos estão voltados à eliminação ou à mitigação da dupla tributação da renda, com enfoque na promoção do comércio e do investimento internacional; (ii) a segunda fase, na qual a preocupação com o combate à dupla tributação passa a estar acompanhada do debate sobre a concorrência fiscal lesiva e a falta de transparência fiscal em algumas jurisdições; e (iii) a terceira fase, em que a OCDE e o G20 sistematizam, no Projeto BEPS, as recomendações para o aprimoramento do Direito Tributário, nos planos internacional e doméstico, a fim de evitar a erosão de bases tributárias³⁸.

Reuven Avi-Yonah, o principal defensor da política do *single tax principle*, defende que o sistema tributário internacional seria baseado em dois princípios, quais sejam: (i) o *single tax principle*, segundo o qual as receitas e as despesas decorrentes de transações internacionais deveriam ser tributadas *ao menos uma vez* (*nem mais, nem menos*), de acordo com os critérios orientados pelo *princípio do benefício*; e (ii) o *princípio do benefício*, por sua vez, que diria respeito a um critério de divisão de bases tributárias entre os países com os quais as transações internacionais têm vínculo: de acordo com esse princípio, a jurisdição da residência teria o direito primário de tributar a renda passiva, enquanto a jurisdição da fonte teria o direito primário de tributar a renda ativa³⁹.

³⁶ DE LILLO, Francesco. In Search of Single Taxation. In: WHEELER, Joanna (org.). *Single Taxation?* Amsterdam: IBFD, 2018, p. 3.

³⁷ DE LILLO, Francesco. *In Search of Single Taxation: the twilight of an idol?* Thesis. Advanced Master's International Tax Law. University of Amsterdam: IBFD, 2017, p. 20.

³⁸ PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *Cooperação fiscal internacional e troca de informações*. São Paulo: IBDT, 2020, p. 245-246. No mesmo sentido, porém identificando mais fases: AVI-YONAH, Reuven S. All of a Piece Throughout: The Four Ages of U.S. International Taxation. *Virginia Tax Review*, v. 25, n. 2, p. 313-338, 2005;

³⁹ AVI-YONAH, Reuven S. Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime. *Bulletin of International Taxation*, v. 61, n. 4, abril de 2007, p. 131.

A ideia – ainda embrionária – da política do *single taxation* parece ter tido origem, em 1927, nos comentários da primeira convenção modelo editada pelo Comitê de Especialistas Técnicos em Dupla Tributação e Evasão Fiscal da Liga das Nações. Naqueles comentários, registrou-se a intenção de que seria “altamente desejável” que os países chegassem a um acordo segundo o qual, assim como os contribuintes não deveriam ter a mesma renda tributada por diferentes países, certas rendas não deveriam escapar da tributação por completo. Assim, caberia aos especialistas daquele Comitê desenvolver um sistema no qual todas as rendas seriam tributadas uma vez, apenas uma vez (*all incomes would be taxed once, and once only*)⁴⁰.

A implementação ao longo do tempo dessa intenção de *single taxation*, como base de um sistema, é controversa. Esse tema tem como pano de fundo um debate doutrinário importante sobre a tese da existência, ou não, de um sistema tributário internacional. Esse debate pode ser ilustrado pela contraposição entre (i) a posição de David Rosenbloom⁴¹, dentre outros⁴², no sentido de negar a existência de um sistema tributário internacional, e (ii) a posição de Reuven Avi-Yonah⁴³, dentre outros⁴⁴, no sentido de defender a existência desse sistema.

De um lado, Reuven Avi-Yonah sustenta que a rede formada por mais de dois mil tratados em matéria tributária, pelos costumes e pelos *standards* de Direito

⁴⁰ LIGA DAS NAÇÕES. *Double Taxation and Tax Evasion Report*. G.216.M. 8. 1927. II. Geneva, abril de 1927, p. 23. Disponível em: http://biblio-archive.unog.ch/Dateien/CouncilMSD/C-216-M-85-1927-II_EN.pdf. Acesso em: 25 set. 2020.

⁴¹ ROSENBLOOM, H. David. International Tax Arbitrage and the “International Tax System”. *Tax Law Review*, v. 53, n. 2, 2000, p. 137-166.

⁴² GRAETZ, Michael J. Taxing International Income – Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policy. *Faculty Scholarship Series*. Paper n. 1618, 2001, p. 261-336. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1618. Acesso em: 9 set. 2020; SHAVIRO, Daniel N. *Fixing U.S. International Taxation*. New York: Oxford University Press, 2014; ROIN, Julie. Taxation without Coordination. *University of Chicago Public Law & Legal Theory*. Working paper n. 20, 2002. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=302141>. Acesso em: 10 set. 2020; MCLURE JR., Charles E. Tax Policies for the XXIst Century. *Visions of the Tax Systems of the 21st Century*. International Fiscal Association. Hague: Kluwer Law International, 1997, p. 9-52.

⁴³ AVI-YONAH, Reuven S. Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime. *Bulletin of International Taxation*, v. 61, n. 4, abril de 2007, p. 132-133. No mesmo sentido, confira-se: AVI-YONAH, Reuven S. International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime. *Cambridge Tax Law Series*. Nova Iorque: Cambridge University, 2007, Capítulo 10; AVI-YONAH, Reuven S. The Structure of International Taxation: A Proposal for Simplification. *Texas Law Review*, v. 74, n. 6, 1996, p. 1301-1359. AVI-YONAH, Reuven S. Who Invented the Single Tax Principle? An Essay on the History of U.S. Treaty Policy. *New York Law School Law Review*, v. 59, 2014, p. 306-315.

⁴⁴ BRAUNER, Yariv. An International Tax Regime in Crystallization. *Tax Law Review*, v. 56, 2003, p. 259-328; RING, Diane M. One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage. *Boston College Law Review*, v. 44, 2002, p. 79-175; BROWN, Fred B. An Equity-Based, Multilateral Approach for Sourcing Income Among Nations. *Florida Tax Review*, v. 11, n. 7, 2011, p. 586-587; THURONYI, Victor. International Tax Cooperation and a Multilateral Treat. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 26, n. 4, 2001, p. 1641-1681.

Tributário Internacional, poderia ser considerada um sistema tributário internacional⁴⁵. De outro lado, Rosenbloom ensina que a idealização de um sistema tributário internacional seria algo ilusório (*system appears to be imaginary*), porque, na prática, apenas existiriam sistemas tributários domésticos, sendo que os tratados internacionais não seriam suficientes para caracterização de um sistema internacional⁴⁶.

A própria ideia de que existiria um alinhamento entre os países no sentido do combate à dupla não tributação também é controversa.

Michael Lang sustentou, no Congresso da IFA de 2004, em Viena, que os tratados internacionais em matéria tributária não indicariam uma intenção de se evitar a dupla não tributação. Para Lang, não existiria “um único caso” no qual a dupla não tributação caracterizaria uma violação de tratado para evitar dupla tributação. Pelo contrário, seria possível identificar uma série de tratados para evitar a dupla tributação que obrigam os Estados contratantes a aplicarem regras que resultam em dupla não tributação⁴⁷.

Além disso, ausência em muitos acordos celebrados para evitar a dupla tributação das cláusulas *subject-to-tax*, que condicionam a fruição dos benefícios dos acordos em um Estado contratante à tributação da renda em exame no outro Estado contratante, indica obstáculos relevantes para sustentar a existência de um costume internacional de observância do *single tax principle*⁴⁸.

Nesse mesmo Congresso da IFA, o saudoso Professor Alberto Xavier destacou que a dupla não tributação não seria um objetivo dos tratados celebrados pelo Brasil⁴⁹. Em seu clássico livro *Direito Tributário Internacional do Brasil*, Xavier complementa o seu raciocínio dizendo que, em alguns tratados, nota-se que a dupla não tributação seria um objetivo desejado pelos contratantes, por exemplo, como

⁴⁵ AVI-YONAH, Reuven S. Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime. *Bulletin of International Taxation*, v. 61, n. 4, abril de 2007, p. 131-133.

⁴⁶ ROSENBLOOM, H. David. International Tax Arbitrage and the ‘International Tax System. *Tax Law Review*, v. 53, n. 2, 2000, p. 164 e 166.

⁴⁷ LANG, Michael. General Report. *Cahiers de Droit Fiscal International. Double Non-Taxation*. Viena IFA Congress. v. 89a. Rotterdam: IFA Cahiers, 2004, p. 86-87. “The considerations presented in this report show that DTCs by no means serve the general purpose of preventing double non-taxation. Instead, it seems that there is not a single case in which double non-taxation triggered by a unilateral waiver of the right to tax by both sides is in violation on the DTC. There is even a series of proven cases in which the conventions either oblige states to apply double non-taxation on certain types of income or are at least intended to have such as impact. As a rule, the contracting states divide the rights to tax among themselves without obliging each other to actually exercise these. Yet even if they assumed that these rights to tax would be actually exercised, these treaty provisions allow for amendments of the national tax system that eventually lead to the non-taxation of income”.

⁴⁸ SCHAUMBURG, Harald. *Internationales Steuerrecht*, 3. Auflage. Köln: Otto Schmidt, 2011, p. 782.

⁴⁹ XAVIER, Alberto. Brazil – Branch Report. In: *Cahiers de Droit Fiscal International. Double Non-Taxation*. Vienna IFA Congress. v. 89a. Rotterdam: IFA Cahiers, 2004, p. 226-227.

se verifica no item 3 do Protocolo relativo ao acordo celebrado entre o Brasil e a Holanda (quanto à não tributação das bonificações)⁵⁰.

Félix Daniel Martínez Laguna também descarta o emprego do *single tax principle* como critério jurídico do sistema tributário internacional contrário à dupla não tributação. Apesar de reconhecer uma aproximação entre os sistemas tributários domésticos ao longo do tempo, Laguna não concorda com a existência de um regime fiscal internacional, nem admite que a dupla não tributação seria um problema legal (ou mesmo político), uma vez que dupla não tributação poderia ser um resultado procurado pelos Estados em um ambiente de concorrência. Segundo Laguna, a dupla não tributação (intencional e não intencional) seria apenas uma consequência da existência de diferentes sistemas tributários e da correta aplicação da lei, e, portanto, não haveria um critério jurídico comum no direito público internacional para evitar (nem determinar a proibição) de tal resultado⁵¹.

A constatação de que não existe um costume internacional que dê suporte à política do *single taxation* também é reforçada por meio da análise das cláusulas *matching credit* e *tax sparing*. De acordo com os mecanismos *tax sparing*, são mantidos os benefícios do acordo de bitributação mesmo que o Estado da fonte não exerça o seu poder de tributação. *Tax sparing* é crédito que corresponde ao imposto que teria sido pago no Estado da fonte se não houvesse um benefício fiscal. Almeja-se que os incentivos fiscais concedidos pelo Estado da fonte sejam efetivamente aproveitados pelo investidor, e não pelo Estado de residência. Por outro lado, por meio dos mecanismos de *matching credit*, o Estado de residência concede um crédito fixo, em montante normalmente superior ao imposto que pode ser cobrando pelo Estado da fonte, independentemente da existência de um incentivo fiscal no Estado da fonte. Não se faz necessário, no *matching credit*, comprovar o nível de tributação no Estado da fonte para que seja garantido o crédito no Estado da residência⁵². O ponto comum entre os mecanismos *matching credit* e *tax sparing* é a ideia de que o contribuinte pode aproveitar um crédito no Estado da residência como se o Estado da fonte não tivesse reduzido a sua tributação ou estabelecido algum incentivo fiscal, objetivando-se a atração de investimento⁵³.

⁵⁰ XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 34.

⁵¹ MARTÍNEZ LAGUNA, Félix Daniel. Abuse and aggressive tax planning: between OECD and EU initiatives – the dividing line between intended and unintended double nontaxation. *World Tax Journal*, v. 9, n. 2. Amsterdam: IBFD, abril de 2017, p. 200-201.

⁵² SCHOUERI, Luís Eduardo. Tax Sparing: uma reconsideração da reconsideração. *Revista Direito Tributário Atual*, v. 26. São Paulo: Dialética, 2011, p. 93-108; SCHOUERI, Luís Eduardo. Acordos de bitributação e incentivos fiscais: o papel das cláusulas de *tax sparing* e *matching credit*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). *Incentivos fiscais*. São Paulo: MP Editora, 2007, p. 253-259.

⁵³ VASCONCELLOS, Roberto França. Aspectos econômicos dos tratados internacionais em matéria tributária. *Revista de Direito Tributário Internacional*, v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 174.

Portanto, o fato de muitos países desenvolvidos e em desenvolvimento adotarem os mecanismos de *matching credit* ou *tax sparing*⁵⁴ ilustra a constatação da inexistência de costume internacional contrário à escolha política pela dupla não tributação da renda. A inclusão ou não desses mecanismos em acordo de bitributação decorre do entendimento – costumeiramente aceito – de que a dupla não tributação é – ou, pelo menos, era até então – uma maneira válida de atração de investimentos⁵⁵.

Embora seja possível identificar alguns pontos de convergência na evolução da cooperação fiscal internacional (como a proteção das bases tributáveis⁵⁶), a competição internacional pela atração de investimentos continua presente, evidenciando a existência de políticas fiscais antagônicas, de modo que, muitas vezes, os países buscam efetivar medidas *anti-tax-competition* e *anti-avoidance* para fortalecer sua própria competitividade em detrimento da arrecadação de outras jurisdições. Como ensina Lilian Faulhaber, pode haver uma competição no próprio combate à *Harmful Tax Competition*⁵⁷.

Essa percepção evidencia mais um aspecto da insuficiência da política do *single tax principle*, qual seja: tributação uma vez, mas onde? Nesse particular, Avi-Yonah reconhece que o *single tax principle* não é apto a resolver a questão da repartição de bases tributárias⁵⁸. Entretanto, mesmo que o objetivo da política *single tax principle* seja tributar a renda *em algum lugar, não importa onde*, ainda assim, não é possível encontrar uma convergência sobre o tema. Como aponta Francesco De Lillo, tal objetivo (tributação em qualquer lugar, não importa onde) demandaria o reconhecimento consensual acerca da existência de uma “renda supranacional” ou de um suposto “dever” de todos os países tributarem essa renda uma vez de maneira coordenada⁵⁹. Esse consenso parece não existir no cenário atual.

⁵⁴ SILVA, Natalie Matos. *As cláusulas de tax sparing e matching credit nos acordos de bitributação*. Dissertação de Mestrado sob a orientação do Professor Luís Eduardo Schoueri. Universidade de São Paulo, 2013, p. 97-103.

⁵⁵ TAKANO, Caio Augusto. *Limites às normas antielisivas específicas para a contenção de arbitragem fiscal internacional por intermédio de instrumentos híbridos no direito brasileiro*. Tese de Doutorado sob a orientação do Professor Paulo Ayres Barreto. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019, p. 40.

⁵⁶ CHRISTIANS, Allison. BEPS and the Power to Tax. In: ROCHA, Sergio André; CHRISTIANS, Allison (coord.). *Tax Sovereignty in the BEPS Era*. Series on International Taxation. v. 60. Amsterdam: Kluwer Law International, 2017, p. 4.

⁵⁷ FAULHABER, Lilian. The Trouble With Tax Competition: From Practice to Theory. *Tax Law Review*, n. 71, fevereiro de 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2912477. Acesso em: 9 ago. 2020.

⁵⁸ AVI-YONAH, Reuven S. Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime. *Bulletin of International Taxation*, v. 61, n. 4, abril de 2007, p. 135.

⁵⁹ DE LILLO, Francesco. In Search of Single Taxation. In: WHEELER, Joanna (org.). *Single Taxation?* Amsterdam: IBFD, 2018, p. 42.

O Projeto BEPS tem sido enxergado pelos defensores da política do *single taxation* como uma mudança na trajetória da cooperação fiscal internacional. De acordo com Reuven Avi-Yonah e Haiyan Hu, a missão do Projeto BEPS seria a eliminação da dupla não tributação, o que teria como base o *single tax principle*. A partir do resguardo do *single tax principle*, um “novo princípio” estaria em desenvolvimento no âmbito internacional, qual seja aquele segundo o qual os lucros devem ser tributados onde as respectivas atividades econômicas são originadas e onde ocorre a criação de valor decorrente dessas atividades⁶⁰.

O combate à dupla não tributação (à luz do *single tax principle*), enquanto elemento “novo” nos esforços da cooperação internacional, estaria atrelado à busca da identificação de artificialidades na segregação entre o país de reconhecimento da renda tributável e o país onde ela é gerada⁶¹. Isto é, uma artificialidade não capturada pelos ordenamentos jurídicos domésticos seria contrária à política do *single tax principle*⁶².

Marjaana Helminen registrou no Relatório Geral do Congresso da IFA de 2016, em Madri, a intenção da OCDE de combater a dupla não tributação⁶³. Em seu Relatório, Helminen consignou que, de acordo com essa intenção, um Estado de residência não seria obrigado a aceitar a não tributação de um rendimento no caso de conflito quanto à sua qualificação dada pela sua legislação e qualificação atribuída pela legislação do Estado de fonte, de modo a acarretar a aplicação de diferentes cláusulas do tratado. Entretanto, a própria Marjaana Helminen reconhece que essa interpretação não tem sido aceita por todos os Estados⁶⁴.

Por outro lado, segundo Helminen, haveria uma *tendência* de os tratados mais recentes incluírem cláusulas voltadas a garantir a tributação ao menos uma vez (*subject to tax clauses and switch-over clauses*), por exemplo, o tratado entre Suíça e Uruguai de 2010 que isenta a tributação do ganho de capital sobre a venda de

⁶⁰ AVI-YONAH, Reuven S.; XU, Haiyan. Evaluating BEPS. In: ROCHA, Sergio André; CHRISTIANS, Allison (coord.). *Tax Sovereignty in the BEPS Era*. Series on International Taxation. v. 60. Amsterdam: Kluwer Law International, 2017, p. 101.

⁶¹ OECD. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Paris: OECD Publishing, 2013, p. 10.

⁶² 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*. v. 9, n.1. Amsterdã: Journals IBFD, fevereiro de 2017, p. 66.

⁶³ HELMINEN, Marjaana. General Report. *Cahiers de Droit Fiscal International. The notion of tax and the elimination of international double taxation or double non-taxation*. Madrid IFA Congress, v. 101b. Rotterdam: IFA Cahiers, 2016, p. 68. “The problem of double non-taxation situations caused by tax treaties has recently been addressed in the OECD/G20 BEPS project. Based on this project the OECD model convention preamble will be amended to specifically mention that the purpose of the convention is to eliminate double taxation without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation. This express mention will allow the contracting parties to interpret the treaty in accordance with its object and purpose not to create double non-taxation”.

⁶⁴ HELMINEN, Marjaana. Op. cit., p. 69.

ações na Suíça somente se o contribuinte demonstrar a “real tributação” desse ganho no Uruguai. A ideia central seria garantir a tributação ao menos uma vez, o que, todavia, pode ser objeto de crítica, pois (i) as cláusulas *subject to tax* não estabelecem um patamar de tributação mínima (uma reduzida tributação seria suficiente); e (ii) a inclusão da receita pelo beneficiário na base do seu imposto de renda não significa a existência de uma efetiva tributação, na medida em que se deve examinar, na legislação doméstica, a possibilidade de se considerar a dedutibilidade de perdas (ou seja, a tributação nominal não significa efetiva tributação)⁶⁵. De todo modo, Marjaana Helminen sinaliza uma tendência de busca pela eliminação da *dupla não tributação* da renda no âmbito internacional, seja por meio de novas disposições em tratados para evitar a dupla tributação, seja por meio de modificações em legislações domésticas⁶⁶.

Mesmo não havendo concordância com a tese de que existiria um sistema tributário internacional, nem sendo possível encontrar no passado esforços globais na cooperação fiscal internacional voltados ao combate à dupla não tributação, cabe cogitar o surgimento de uma nova tendência nesse sentido, como aponta Helminen. Nesse particular, cabe reconhecer que a OCDE tem recomendado modificações em legislações domésticas e em tratados internacionais em matéria tributária no sentido da restrição do espaço lógico para realização de planejamentos tributários internacionais.

Daí a pertinência de se examinar a viabilidade da adoção da recomendação de indedutibilidade de despesas necessárias – como um dos métodos para se atingir uma tributação global mínima – à luz dos parâmetros domésticos brasileiros.

3.2. A condição de pertencer a um grupo multinacional como critério inválido de diferenciação

Passa-se à análise da questão central do presente artigo, qual seja se a simples condição de pertencer a um grupo multinacional seria um critério de discrimen válido entre contribuintes, a autorizar o estabelecimento de um tratamento diferenciado, no caso, a negativa de dedução de despesas a um contribuinte e não a outro. Para tal investigação, adota-se como ponto de partida a ponderação feita por Caio Augusto Takano, em sua tese de doutorado⁶⁷, no sentido de que seria “válida a discriminação com base no fato de o pagamento ser realizado à pessoa relacionada ou pertencente ao mesmo grupo econômico”.

⁶⁵ HELMINEN, Marjaana. Op. cit., p. 69.

⁶⁶ HELMINEN, Marjaana. Op. cit., p. 68-76.

⁶⁷ TAKANO, Caio Augusto. *Limites às normas antielisivas específicas para a contenção de arbitragem fiscal internacional por intermédio de instrumentos híbridos no direito brasileiro*. Tese de Doutorado sob a orientação do Professor Paulo Ayres Barreto. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019, p. 241-253.

A esse respeito, Maarten De Wilde, com base na teoria da empresa de Ronald Coase, afirma que multinacionais são largamente conhecidas por serem capazes de produzir rendimentos econômicos em larga escala, acima do retorno esperado de investimentos comuns. Ao operarem de maneira organizada financeiramente, economicamente e organizacionalmente, multinacionais se provaram capazes de obter retornos acima do normal, os quais são comumente referidos como *economic rents*, isto é, a parcela de retorno do investimento que excede os retornos normais dos fatores de produção⁶⁸.

O autor afirma que empresas em situação econômica *comparável* seriam colocadas em desvantagem competitiva, pela ausência de uma abordagem tributária mundial (e não apenas local) dos seus resultados, o que comprometeria a eficiência e a equidade. Segundo o autor, uma abordagem que diferencie grupos multinacionais de empresas isoladas seria formal e limitante, na medida em que consideraria antes a forma jurídica (número de entidades envolvidas), e não a substância (teoria da empresa)⁶⁹. A proposta do autor, assim, é perquirir uma consolidação *cross-border*, isto é, o tratamento da multinacional como uma única entidade tributável.

Maarten De Wilde argumenta que sua abordagem contribuiria para atingir justiça tributária e neutralidade, na medida em que grupos multinacionais e entidades individuais (situadas em apenas uma jurisdição) seriam tributados de maneira paritária. Ainda, a neutralidade seria atingida, por meio de uma abordagem mundial dos resultados das empresas, na medida em que não haveria distinção com base na estrutura corporativa ou na circunstância de as atividades serem conduzidas no plano doméstico ou *cross-border*⁷⁰.

Essas considerações colocam luz na questão da viabilidade, ou não, de se identificar uma capacidade contributiva no plano mundial, isto é, o cômputo global dos resultados financeiros de uma empresa multinacional em todas as jurisdições onde está situada e para fins da apuração do imposto de renda de maneira global. Isso traz à tona a dúvida sobre quem pode ser contribuinte do imposto de renda (a entidade local ou o conjunto de entidades integrantes de uma multinacional) e a pertinência dos argumentos da eficiência e a equidade para justificar uma consideração global (não local) das multinacionais.

Essa discussão está inserida no contexto do chamado *single taxation*, já retratado.

Luís Eduardo Schoueri e Guilherme Galdino discordam do entendimento generalizado de que o *single taxation* garantiria a equidade horizontal entre indivíduos com a mesma riqueza, na medida em que indivíduos mais ricos seriam

⁶⁸ DE WILDE, Maarten Floris. *Sharing the pie: taxing multinationals in a global market*. Amsterdã: IBFD, 2017, p. 256.

⁶⁹ DE WILDE, Maarten Floris. Op. cit., p. 246.

⁷⁰ DE WILDE, Maarten Floris. Op. cit., p. 253.

mais tributados. Isso porque a equidade não deve ser avaliada apenas do ponto de vista da residência, mas também de fonte. Nesse sentido, devem ser consideradas duas perspectivas diferentes: um contribuinte que recebe rendimentos de fonte estrangeira deve ser comparado a (i) outros residentes; e (ii) seus concorrentes no país da fonte. Na visão dos autores, investimentos estrangeiros ocorrem em condições muito diferentes, comparadas às de investimentos domésticos. O argumento da equidade baseia-se apenas na perspectiva dos estados de residência, pressupondo também que os rendimentos *cross-border* são auferidos nas mesmas condições. Do ponto de vista do estado de fonte, as situações envolvendo rendimento de fonte estrangeira não são levados em consideração⁷¹.

Os autores sustentam que, do ponto de vista formal, o número de vezes que a renda é tributada não significa nada, na medida em que, se os países de fonte estabelecerem uma tributação mínima (por exemplo, de 0,01%), a renda seria tributada *ao menos uma vez*, mas o problema não estará resolvido. Portanto, o cerne da questão não seria quantas vezes a renda é tributada (como sugere a política fiscal do *single tax principle*), mas quanto é a carga tributária aceitável. Por outro lado, do ponto de vista material, não há consenso sobre qual é a faixa de tributação admissível. Ademais, o nível de tributação de cada país tem diferentes causas, o que obsta a adoção da mesma abordagem para contextos diferentes⁷².

Mesmo enquanto diretriz política a respeito da neutralidade tributária, o *single tax principle* não parece ser factível. A ausência de alinhamento entre os países em matéria de neutralidade na tributação internacional talvez não seja uma questão de escolha, e sim uma necessidade. Ao se adotar um conceito de *single taxation*, por hipótese, fundado não apenas na ideia de uma tributação apenas uma vez, e sim como uma tributação justa, parte-se da premissa de que todos os países teriam condições de aumentar a sua carga tributária, atendendo a um padrão internacional mínimo de tributação. Nesse ponto, parece acertada a conclusão de Luís Eduardo Schoueri e Guilherme Galdino no sentido de que a decisão sobre o nível de tributação depende de uma série de circunstâncias, tais como condições políticas, econômicas, históricas e culturais. Por essa razão, Schoueri e Galdino sustentam que é inviável a implementação da ideia de *single taxation* como sendo a adoção, por todos os países, de uma faixa de tributação da renda mínima, em busca da neutralidade fiscal, uma vez que tal padronização deixa de considerar as necessidades particulares de cada jurisdição⁷³.

As considerações de Luís Eduardo Schoueri e Guilherme Galdino são pertinentes para fundamentar a crítica ao argumento de Maarten De Wilde. Considere-

⁷¹ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Single Taxation as a Policy Goal: Controversial Meaning, Lack of Justification and Unfeasibility. In: WHEELER, Joanna (org.). *Single Taxation?* Amsterdam: IBFD, 2018, v. 1, p. 83-103.

⁷² SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Op. cit., p. 83-103.

⁷³ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Op. cit., p. 99.

rar que o simples fato de uma empresa ser integrante de um grupo multinacional automaticamente conduziria a uma posição vantajosa em relação a contribuintes que fazem parte de grupos exclusivamente confinados a uma mesma jurisdição, ou mesmo entidades isoladas, por exemplo, ignora o ponto levantado por Luís Eduardo Schoueri e Guilherme Galdino, no sentido de que aspectos estruturais de cada jurisdição (e os diferentes riscos incorridos pelas multinacionais conforme as particularidades locais) relacionados à geração da renda em diferentes jurisdições não foram considerados.

A suposta abordagem “formal”, criticada por Maarten De Wilde, estaria na estrutura jurídica adotada pela entidade empresarial organizada em uma ou mais pessoas jurídicas⁷⁴. No entanto, o autor apresenta um argumento formal baseado na questionável premissa de que todas as multinacionais são iguais entre si, e são vantajosas em relação aos grupos não multinacionais, comparação que apresentaria distorções. Mais do que isso, o autor parte de uma premissa fraca de que o que diferenciaria, do ponto de vista da atração de investimento, seria tão somente a carga tributária, desconsiderando o fato de que as jurisdições teriam condições estruturais (alheias à questão tributária) bastante diferentes e que a tributação das multinacionais de maneira global não afastaria essas diferenças.

É por esse motivo que Luís Eduardo Schoueri e Guilherme Galdino sustentam que eventual introdução de um *single tax principle* por todos os países não teria fundamento em um argumento de equidade⁷⁵.

Diante disso, chega-se ao ponto central da análise: quais são as entidades que podem ser comparadas para fins da identificação da capacidade contributiva? Apenas entidades locais ou seria possível computar na manifestação de riqueza local as receitas auferidas por entidades estrangeiras integrantes do grupo econômico da entidade local (conforme o limite de 750 milhões de euros sugerido no Pilar 2)? A nosso ver, a manifestação de riqueza deve ser aferida de maneira local, a fim de assegurar as condições necessárias para a existência e a perpetuidade da entidade jurídica que se busca preservar, do ponto de vista da renda líquida enquanto parâmetro para validade de regras de dedutibilidade de despesas. Com efeito, uma despesa necessária para uma pessoa jurídica não pode ser considerada indedutibilidade porque essa pessoa jurídica integra um grupo multinacional, ou porque esse grupo multinacional tem um padrão elevado de receitas, ou ainda porque esse grupo multinacional tem presença jurídica em países com reduzida

⁷⁴ “Such an approach would enhance fairness in the corporate taxation of multinationals. It would bring the corporate tax treatment of corporate groups and single corporate entities on par in both domestic and cross-border scenarios. The coordination of the taxable entity would further promote the neutrality of the legal form. Corporate tax burdens and revenue levels would not be influenced by the multinationals’ legal structuring or the question of whether business is conducted in a domestic or cross-border context. [...]” (DE WILDE, Maarten Floris. Op. cit., p. 253).

⁷⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Op. cit., p. 83-103.

carga tributária. Nenhum desses elementos altera a capacidade contributiva da entidade brasileira.

Nesse contexto, o estabelecimento de regras vedando a dedutibilidade apenas de despesas necessárias *intercompany* dentro de grupos multinacionais não encontra justificativa jurídica lógica, à luz dos princípios da capacidade contributiva como medida de igualdade, e renda líquida, se o critério para negar a dedutibilidade estiver baseado no quadro societário ou baseado no fato de que essa pessoa jurídica integra um grupo multinacional com receitas globais superiores a 750 milhões de euros.

Até seria possível admitir que o tratamento global de entidades multinacionais não teria como objetivo a efetivação da capacidade contributiva, e sim a restrição da sua eficácia com base no argumento de combate à perda de arrecadação no contexto do BEPS. Entretanto, a restrição da eficácia do princípio da capacidade contributiva deve ser justificada com base em critérios legítimos de acordo com o ordenamento jurídico local.

O exercício de justificação de uma medida restritiva da igualdade (no plano do Direito Tributário Internacional), necessariamente, deve passar pelos testes de validação conforme o direito interno, isto é, conforme os fundamentos constitucionais (portanto, locais) passíveis de utilização no exercício de justificação da restrição de direitos. Esse exercício é sempre local.

Do ponto de vista da Constituição brasileira, não parece haver um fundamento legítimo para o tratamento fiscal diferenciado entre duas entidades domiciliadas no Brasil em razão do seu quadro societário, isto é, do seu envolvimento societário em um grupo multinacional de empresas ou das receitas globais auferidas por entidades estrangeiras integrantes desse grupo. Nesse ponto, deve ser respeitada a autonomia das entidades: a entidade local não se confunde com o seu grupo econômico do ponto de vista da igualdade.

Afinal, limitar a dedutibilidade de despesas relacionadas a pagamentos intragrupo destinados ao exterior, se não justificado no princípio da capacidade contributiva, possivelmente teria como base o combate ao abuso e à erosão de base e transferência indevida de lucros ao exterior. Enquanto o combate ao abuso pode ser visto como uma medida necessária no contexto de globalização e digitalização da economia, é certo que as ferramentas de combate não podem violar um princípio jurídico que faz parte da estrutura jurídica doméstica quanto ao imposto sobre a renda, no caso, a capacidade contributiva. A força argumentativa do combate à perda de arrecadação não é absoluta e, a nosso ver, não tem o condão de justificar a restrição da eficácia do princípio da capacidade contributiva, nem do princípio da renda líquida.

Como dito anteriormente, quaisquer mitigações da eficácia do princípio da igualdade em matéria tributária precisam ser devidamente justificadas. A introdução de uma regra de UTPR no Brasil resultaria no tratamento diferenciado de dois contribuintes na mesma situação jurídica e manifestando localmente a mes-

ma capacidade contributiva. Nesse exemplo, a introdução de uma regra de indedutibilidade nos moldes da UTPR, portanto, potencialmente importaria em violação ao princípio da capacidade contributiva enquanto critério de aplicação da igualdade, por estabelecer distinção sem fundamento jurídico suficiente, e, também, restringir, excessivamente, o princípio da renda líquida, acaso resultasse na tributação de uma grandeza que não constituísse renda, a exemplo das decisões dos tribunais alemães mencionadas.

Adicionalmente, vale destacar questionamento semelhante colocado por Joachim Englisch e Johannes Becker, no sentido de que a barreira de dedutibilidade estabelecida pelas regras GloBE importaria em violação ao princípio da não discriminação previsto no art. 24(4) da Convenção Modelo da OCDE. Segundo os autores, a introdução da solução sugerida pela OCDE tornaria a dedutibilidade de um pagamento dependente do *status* de não residente do recipiente do pagamento, já que um mesmo pagamento, mas destinado a um residente, não estaria sujeito às limitações de dedutibilidade⁷⁶.

O questionamento endereçado no presente artigo, por outro lado, coloca luz no plano interno, isto é, as potenciais violações de direitos, no plano doméstico, em decorrência da eventual adoção pelo Brasil das recomendações da OCDE no Pilar 2, especificamente a UTPR, à luz do princípio da igualdade e da renda líquida.

Não há uma resposta definitiva sobre o tema, até porque as regras brasileiras ainda não foram adotadas. Entretanto, desde logo, já é possível sinalizar que se a UTPR for adotada no Brasil, haveria uma restrição indevida da eficácia do princípio da igualdade, em contrariedade à Constituição Federal brasileira, assim como uma limitação excessiva do princípio da renda líquida, caracterizando, nesse particular, uma contrariedade ao CTN.

4. Conclusões

Com base no exposto, conclui-se que a introdução das regras do Pilar 2 no Brasil, especialmente nos moldes da UTPR, resultaria no tratamento diferenciado de contribuintes na mesma situação jurídica e manifestando localmente a mesma capacidade contributiva.

A restrição da eficácia do princípio da capacidade contributiva enquanto critério de aplicação da igualdade somente pode ser admitida caso existam fundamentos jurídicos suficientes e legítimos para a sua efetivação.

O presente artigo sustenta que o fato de uma entidade brasileira integrar um grupo multinacional de empresa e a localização das demais entidades do seu

⁷⁶ “[...] the deduction barrier would make the deductibility of a payment de facto dependent on the non-resident status of the recipient, because a hypothetical enterprise in the same situation as the recipient but resident in the payor jurisdiction would not be affected by the minimum tax”

grupo não são critérios legítimos para justificar uma restrição da eficácia do princípio da capacidade contributiva enquanto critério de aplicação da igualdade.

Portanto, uma regra de ineditabilidade de despesas, nos moldes da UTPR, teria potencial para violar a Constituição Federal brasileira, notadamente a igualdade no plano interno.

Não se descarta uma contrariedade ao art. 24(4) dos tratados para evitar a dupla tributação celebrados pelo Brasil, em linha com a Convenção Modelo da OCDE. Porém, a preocupação apontada no presente artigo se refere à violação às regras domésticas brasileiras, vale dizer, a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional.

A implementação no ordenamento jurídico brasileiro seria inconstitucional, na medida em que não há fundamento jurídico para a discriminação entre contribuintes pertencentes a grupos multinacionais ou grupos nacionais. De outro lado, a regra de ineditabilidade nos moldes da UTPR também teria potencial para violar o Código Tributário Nacional, na medida em que restringiria excessivamente o princípio da renda líquida, ao vedar a dedução de despesas necessárias, sem base em critério legítimo.

Referências

- ABRANTES, Emmanuel Garcia. *A realização da renda da pessoa jurídica*. São Paulo: IBDT, 2021. (Série Doutrina Tributária, v. XLIV)
- AVI-YONAH, Reuven S. All of a Piece Throughout: The Four Ages of U.S. International Taxation. *Virginia Tax Review*, v. 25, n. 2, 2005, pp. 313-338.
- AVI-YONAH, Reuven S. International Tax as International Law: An Analysis of the International Tax Regime. *Cambridge Tax Law Series*. Nova Iorque: Cambridge University, 2007. Capítulo 10.
- AVI-YONAH, Reuven S. Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime. *Bulletin of International Taxation*, v. 61, n. 4, abril de 2007, p. 130-138.
- AVI-YONAH, Reuven S. Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime. *Bulletin of International Taxation*, v. 61, n. 4, abril de 2007, p. 130-138.
- AVI-YONAH, Reuven S. The Structure of International Taxation: A Proposal for Simplification. *Texas Law Review*, v. 74, n. 6, 1996, p. 1301-1359.
- AVI-YONAH, Reuven S. Who Invented the Single Tax Principle? An Essay on the History of U.S. Treaty Policy. *New York Law School Law Review*, v. 59, 2014, p. 306-315.
- AVI-YONAH, Reuven S.; XU, Haiyan. Evaluating BEPS. In: ROCHA, Sergio André; CHRISTIANS, Allison (coord.). *Tax Sovereignty in the BEPS Era*. Series on International Taxation. Amsterdã: Kluwer Law International, 2017. v. 60. p. 97-124.

- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema constitucional tributário*. 5. ed. São Paulo, 2012.
- BOWITZ, Maximilian. *Das objektive Nettoprinzip als Rechtfertigungsmaßstab im Einkommensteuerrecht: eine Untersuchung zum Verfassungsrang eines Besteuerungsprinzips und zur Rechtfertigung gesetzgeberischer Einzelentscheidungen vor der Grundentscheidung*. Baden-Baden: Nomos, 2016.
- BRAUNER, Yariv. An International Tax Regime in Crystallization. *Tax Law Review*, v. 56, 2003, p. 259-328.
- BROWN, Fred B. An Equity-Based, Multilateral Approach for Sourcing Income Among Nations. *Florida Tax Review*, v. 11, n. 7, 2011, p. 567-641.
- CHRISTIANS, Allison. BEPS and the Power to Tax. In: ROCHA, Sergio André; CHRISTIANS, Allison (coord.). *Tax Sovereignty in the BEPS Era*. Series on International Taxation, v. 60. Amsterdã: Kluwer Law International, 2017. p. 3-27.
- COSTA, Alcides Jorge. Conceito de renda tributável. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Imposto de Renda: conceitos, princípios e comentário*. São Paulo: Atlas, 1996. p. 24-33.
- COSTA, Regina Helena. *Princípio da capacidade contributiva*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 66-67.
- DE LILLO, Francesco. *In Search of Single Taxation: the twilight of an idol?* Thesis. Advanced Master's International Tax Law. University of Amsterdam: IBFD, 2017.
- DE LILLO, Francesco. In Search of Single Taxation. In: WHEELER, Joanna (org.). *Single Taxation?* Amsterdã: IBFD, 2018. p. 3-50.
- DE WILDE, Maarten Floris. *Sharing the pie: taxing multinationals in a global market*. Amsterdã: IBFD, 2017.
- DORNELLES, Francisco. *A dupla tributação internacional da renda*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1979. p. 8.
- ENGLISCH, Joachim; BECKER, Johannes. International effective minimum taxation – the GLOBE proposal. *World Tax Journal*, v. 11, n. 4. Amsterdã: IBFD, 2019.
- GRAETZ, Michael J. Taxing International Income – Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policy. *Faculty Scholarship Series*. Paper n. 1618, 2001, p. 261-336. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1618. Acesso em 9 set. 2020.
- HELMINEN, Marjaana. General Report. In: Cahiers de Droit Fiscal International. *The notion of tax and the elimination of international double taxation or double non-taxation*. Madrid IFA Congress. v. 101b. Rotterdam: IFA Cahiers, 2016. p. 17-76.

- LANG, Michael. General Report. *Cahiers de Droit Fiscal International. Double Non-Taxation*. Vienna IFA Congress, v. 89a. Rotterdam: IFA Cahiers, 2004. p. 73-119.
- LANG, Michael. The influence of tax principles on the taxation of income from capital. In: ESSERS, Peter; RIJKERS, Arie (eds.). *The notion of income from capital*. EATLP International Tax Series. Amsterdã: IBFD, 2005. v. 1. p. 3-31.
- MARTÍNEZ LAGUNA, Félix Daniel. Abuse and aggressive tax planning: between OECD and EU initiatives – the dividing line between intended and unintended double nontaxation. *World Tax Journal*, v. 9, n. 2. Amsterdã: IBFD, abril de 2017, p. 189-246.
- MCLURE JR., Charles E. Tax Policies for the XXIst Century. *Visions of the Tax Systems of the 21st Century*. International Fiscal Association. Hague: Kluwer Law International, 1997. p. 9-52.
- OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. Aspectos jurídicos do princípio da capacidade contributiva. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: CEJUR, 1987, p. 168-187.
- PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *Cooperação fiscal internacional e troca de informações*. São Paulo: IBDT, 2020.
- 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*, v. 9, n. 1. Amsterdã: Journals IBFD, fevereiro de 2017, p. 47-98.
- PIGNATARI, Leonardo Thomaz. Revisitando o imposto de renda das pessoas jurídicas no Brasil: origens, justificativas e métodos de integração. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 46, São Paulo: IBDT, 2020, p. 277-300.
- POLIZELLI, Victor Borges. O princípio da renda líquida. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; FAJERSZTAJN, Bruno; SILVEIRA, Rodrigo Maito da (org.). In: *Direito Tributário: princípio da realização no imposto sobre a renda – estudos em homenagem a Ricardo Mariz de Oliveira*. São Paulo: IBDT, 2019. p. 33-72.
- RING, Diane M. One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage. *Boston College Law Review*, v. 44, 2002, p. 79-175.
- ROCHA, Paulo Victor Vieira da. A competência da União para tributar a renda, nos termos do art. 43 do CTN. *Direito Tributário Atual*, n. 21. São Paulo: IBDT, 2007, p. 292-316.
- ROIN, Julie. Taxation without Coordination. *University of Chicago Public Law & Legal Theory*. Working paper n. 20, 2002. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=302141>. Acesso em: 10 set. 2020.
- ROSENBLOOM, H. David. International Tax Arbitrage and the “International Tax System”. *Tax Law Review*, v. 53, n. 2, 2000, p. 137-166.
- ROTHMANN, Gerd Willi. *Interpretação e aplicação dos acordos internacionais contra bitributação*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 1978.

- SCHAUMBURG, Harald. *Internationales Steuerrecht*. 3. Auflage. Köln: Otto Schmidt, 2011.
- SCHNITGER, Arne; FEHRENBACHER, Oliver (eds.) *Kommentar Körperschaftsteuer KStG*. 2. ed. Wiesbaden: Springer Gabler, 2018.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. A persona e o direito: entre a realidade e a ficção das pessoas jurídicas. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 30. São Paulo: Dialética. IBDT, 2014, p. 251-273.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. Imposto de renda e capacidade contributiva: a periodicidade anual e mensal no IRPJ. *Revista Direito Tributário Atual*, n. 47. São Paulo: IBDT, 1º semestre 2021, p. 569-613.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Single Taxation as a Policy Goal: Controversial Meaning, Lack of Justification and Unfeasibility. In: WHEELER, Joanna (org.). *Single Taxation?* Amsterdã: IBFD, 2018. v. 1. p. 83-103.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Acordos de bitributação e incentivos fiscais: o papel das cláusulas de *tax sparing* e *matching credit*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (coord.). *Incentivos fiscais*. São Paulo: MP Editora, 2007. p. 253-259.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Tax Sparing*: uma reconsideração da reconsideração. *Revista Direito Tributário Atual*, v. 26. São Paulo: Dialética, 2011, p. 93-108.
- SHAVIRO, Daniel N. *Fixing U.S. International Taxation*. New York: Oxford University Press, 2014.
- SILVA, Natalie Matos. *As cláusulas de tax sparing e marching credit nos acordos de bitributação*. Dissertação de Mestrado sob a orientação do Professor Luís Eduardo Schoueri. Universidade de São Paulo, 2013.
- TAKANO, Caio Augusto. *Limites às normas antielisivas específicas para a contenção de arbitragem fiscal internacional por intermédio de instrumentos híbridos no direito brasileiro*. Tese de Doutorado sob a orientação do Professor Paulo Ayres Barreto. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019.
- THURONYI, Victor. International Tax Cooperation and a Multilateral Treat. *Brooklyn Journal of International Law*, v. 26, n. 4, 2001, p. 1.641-1.681.
- TIPKE, Klaus. Fundamentos da justiça fiscal. In: TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. *Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva*. São Paulo: Malheiros, 2022.
- VASCONCELLOS, Roberto França. Aspectos econômicos dos tratados internacionais em matéria tributária. *Revista de Direito Tributário Internacional*, v. 1. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- XAVIER, Alberto. Brazil – Branch Report. *Cahiers de Droit Fiscal International. Double Non-Taxation*. Vienna IFA Congress. v. 89a. Rotterdam: IFA Cahiers, 2004, p. 225-233.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Decisões judiciais

ALEMANHA, Bundesfinanzhof. *I R 20/15*. Decisão de 14 de outubro de 2015, publicada em 10 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://www.bundesfinanzhof.de/de/entscheidung/entscheidungen-online/detail/STRE201610031/>. Acesso em: 22 nov. 2021.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. *BVerGe 43, 108*. Decisão de 23 de novembro de 1973. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv043108.html>. Acesso em: 22 nov. 2021.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. *BVerGe 2 BvL 6/11*. Decisão de 29 de março de 2017. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/ls20170329_2bvl000611.html. Acesso em: 22 nov. 2021.

Documentos

LIGA DAS NAÇÕES. *Double Taxation and Tax Evasion Report*. G.216.M. 8. 1927. II. Geneva, abril de 1927, p. 23. Disponível em: http://biblio-archive.unog.ch/Da-teien/CouncilMSD/C-216-M-85-1927-II_EN.pdf. Acesso em: 25 set. 2020.

OECD. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD Publishing, 2013.

OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital*. Paris: OECD Publishing, 2017.

OECD. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD Publishing, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/abb4c3d1-en>. Acesso em: 21 mar. 2022.

OECD. *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*. Paris: OECD Publishing, 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2022.

OECD. *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS*. Paris: OECD Publishing, 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2022.

OECD. *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Commentary to the Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*. Paris: OECD Publishing, 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two-commentary.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2022.

OECD. *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two) Examples*. Paris: OECD Publishing, 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two-examples.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2022.

Report: International Taxation on Demand: Q&A (Third Day)

Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva
Leonardo Aguirra de Andrade

1. Preliminary remarks

At the Panel '*International Taxation on Demand: Q&A*', participants were encouraged to discuss questions regarding the topics dealt by each of the panels of the third day of the Congress. The topics discussed during the third day were, in short: (i) PPT clauses in Tax Treaties; (ii) the concept of beneficial owner after BEPS; (iii) Most-favoured-nation clauses in Tax Treaties; (iv) the mutual agreement procedure and the challenges for emerging countries.

This panel had the following participants: (i) Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva (Chairwoman and moderator); (ii) Leonardo Aguirra de Andrade (Moderator); (iii) Mateus Calicchio Barbosa (Debater); (iv) Raphael Assef Lavez (Debater); (v) Dora Pimentel (Debater); (vi) Alina Miyake (Debater); (vii) Perisson Lopes de Andrade (Debater); and (viii) Ricardo Maitto (Debater).

Considering the several panels of the third day of the Congress, one question on each panel was selected for discussion and presented by the moderators (Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva and Leonardo Aguirra de Andrade).

2. Opening

Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva – as the Chairwoman – opened the Panel. In her opening speech, she highlighted the high quality of the Congress organization and the complexity of the international taxation issues addressed by panelists during the third day of the Congress.

3. 1st Question – PTT Clauses and EU Law

Questions for debate (Leonardo Aguirra de Andrade): How should we deal with the application of the PPT clause, provided in tax treaties, in light of the ECJ's reasoning on treaty abuse (wholly artificial arrangements) and on the supremacy of EU law (prevails over tax treaties and national constitutions)? Is it possible that a structure pass the ECJ test, but not the PPT, considering, for instance, that EU law only protects free movement of capital in relation to third countries?

The debater Perisson Andrade was the first one to discuss the questions suggested. According to the panelist, the ECJ's reasoning on treaty abuse (wholly artificial arrangements) must still be considered in the interpretation of the scope of the PPT clause. A strong indication of this is that the European Union, on 01.28.2016, when published its Anti-Avoidance Directive, whose stated objective was to respond 'to the completion of the project against the erosion of the tax base and the transfer of prof-

its (BEPS) by the G20 and by the OECD", expressly mentioned, in its article 7, that were targeted only "fictitious assemblies or a series of them carried out with the essential objective of obtaining a tax advantage", exactly as in the judgment of the leading case *Cadbury Schweppes* by ECJ. It should be noted, therefore, that the "declared response" of the European Union to the BEPS Plan, in the elaboration of its 2016 Directive, was, in short, the creation of an anti-avoidance rule aimed precisely at artificial operations, evaluated according to an objective criterion, of substance. Thus, if both the influencing norm (2013 BEPS plan), and the one influenced by it (2016 European Directive), have the same and only objective, it would not be correct, in the debater's opinion, to give the BEPS Plan, an influencer of this "response" of the European Union, a much wider scope than this Project actually has.

The debater Mateus Calicchio Barbosa, in turn, highlighted that the answer lies on the elusive notion of abuse as justification for discrimination under EU law. While the case law based on *Cadbury Schweppes* and *Halifax* could well strike PPT assessment as in breach of EU primary law, later concerns on aggressive tax planning following the BEPS Project and the ATADs have added complexity to the notion of abuse. Literature seems skeptical that the ECJ rules the PPT as in contravention of EU law under the notion of abuse, and an alternative reasoning based on the EU principle of legal certainty should be considered.

Finally, Raphael Lavez mentioned that the case law of the ECJ dealing with tax abuse had evolved from the "wholly artificial arrangement" approach to a more comprehensive concept of abuse, as seen in the Danish cases. Moreover, as long as a GAAR had been included in the Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD), i.e., secondary EU Law, taxpayers might face some difficulty to bring a case against the PPT clause in tax treaties before the ECJ.

4. 2nd Question – PTT Clauses, tax legality and tax certainty

Questions for debate (Leonardo Aguirra de Andrade): In terms of PPT clauses, would it be possible to identify a difference between the interpretation of domestic legislation and the interpretation of the tax treaties? And, in this line of reasoning, would there be a contradiction between the interpretation of facts and circumstances for the purpose of applying PPT clauses and the prohibition of analogy in Brazil? In relation to the PPT clause, is it possible to reconcile its application, with all the existing discussion around the burden of proof, with the taxpayer's rights and the principle of legal certainty, especially in the Brazilian perspective?

According to the panellist Ricardo Maitto, despite many suggestions for the interpretation of the PPT clause, he is still very skeptical about the possibility of applying the PPT clause without deviating from the main objective of double tax treaties (DTT) and violating the principle of legal certainty. According to him, whenever discussions start to raise too many possible interpretations, too many variables, too many debates, it is either because the discussion has lost focus or because the rule is not well de-

signed. And he claims that in the case of the PPT clause, we probably have both problems at the same time.

Ricardo Maitto reminded that tax treaties were created to reduce transaction costs, that is, to make sure taxpayers were not obliged to bear the high cost of multiple taxation in cross-border transactions. By doing that, tax treaties stimulate trade relations between countries. He claims that this perspective got lost over time when tax administrations started thinking about anti-abuse measures, that is, the pendulum was so oriented towards anti-abuse measures that DTTs – especially the OECD Model – began to move away from their main objective: to provide predictability and certainty for the taxpayer about tax costs.

Maitto emphasizes that he does not support the full freedom of multinationals to use abusive and artificial tax planning mechanisms. The problem, according to him, is the language adopted in anti-abuse rules, such as the PPT clause. How is it possible to give predictability to the taxpayer about the tax costs of an investment if the application of a given DTT does not depend only on what is written in the text of the DTT, but also on the tax authority understanding that it is "*reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances*", that obtaining that benefit was one of the principal purposes of the transaction? What is "reasonable" given the facts and circumstances? What facts and circumstances are "relevant"? Taxpayers and tax administrations will not have the same view of what is "reasonable", regardless of who bears the burden of proof.

This is even more relevant when we turn to the Brazilian reality. We have an evident problem in Brazil, which is the relative unfamiliarity of tax authorities and Courts with international tax law rules. We had a recent example of a decision by the Superior Court of Justice that, under the pretext of analyzing the application of a 1976 DTT between Brazil and Spain, brought up for discussion a series of elements that have no relationship whatsoever with the plain text of the DTT, such as BEPS, the principle of singular taxation, hybridity etc. If the way in which Brazilian Courts interpret older agreements is already worrying, one can imagine the uncertainty we will face in relation to the PPT clause.

So in response to the question on conciliation between the PPT clause and the principle of legal certainty, Maitto understands that this conciliation is very difficult and, from the Brazilian perspective, even more difficult. What the PPT clauses are likely to raise is a huge amount of litigation and uncertainty for companies and discretionary analysis by the tax authorities, which is precisely what the DTT were intended to avoid.

The debater Raphael Lavez, in turn, highlighted that the Alta Energy case, rendered by the Supreme Court of Canada, was an interesting example of how the purposive approach led by GAARs could be applied to tax treaties and their alleged abuse. As stated by the majority opinion, the "object and purpose" of a provision should be

construed from the wording of the treaty taken as a whole, avoiding an unilateral and *ad hoc* amendment of the treaty by tax authorities or national courts. The main question, then, would be whether the taxpayer substantively and effectively fulfilled the requirements to access the treaty benefits. In addition, the decision was clear to ascertain that a GAAR should not imply a change of the burden of proof or the burden of establish the abusive nature of the arrangement. In any case, this burden should be borne by the tax authorities. A different question, however, was the standard of proof required to consider a certain assertive as sufficiently demonstrated. Of course, the expression "reasonable to conclude", as stated in the first part of the PPT clause, led to a low standard of proof. Nevertheless, it remained to be proved the facts and circumstances that supported such conclusion and, more importantly, the frustration of the object and purpose of the relevant provisions.

5. 3rd Question – The concept of beneficial owner after BEPS

Questions for debate (Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva): Should the concept of beneficial owner be interpreted as an anti-avoidance rule and should this interpretation be broad or narrow? Do the OECD's comments on the Model Convention indicate an answer to this question?

Perisson Andrade expressed that the B.O was used for the first time in the 60's and were included in the OECD Commentary (Comment 10), in its 1977 version. The purpose of the beneficial owner clause emerged, then, as a rule for the application of double taxation agreements, in order to identify the actual holder of control over the revenues and payments of Dividends (Article 10), Interest (Article 11) and Royalties (Article 12), between two signatory countries of a treaty, to delimit, thus, the meaning of the phrase "paid to a resident", as a requirement for a person receiving such sums to be entitled to treaty benefits. However, as pointed out by Professor Philip Baker, in his morning lecture, the absence of a clear definition of the concept has led to a series of conflicting interpretations between countries, which often make use of their domestic law and domestic anti-avoidance rules and doctrines (such as the "substance over form"), to greatly expanding its initial scope.

The OECD ended up promoting this controversy, starting in 2003, with the writing of the Comments to its Model, where it was emphasized that: "The term "beneficial owner" is not used in a narrow technical sense, rather, it should be understood in its context and in light of the object and purposes of the Convention, including the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance." (OECD, 2003, § 12). Thus, tax authorities in several countries, based on this 2003 OECD commentary, have moved to seek to broaden the anti-avoidance force of the beneficial owner, far beyond the limited scope for which it was originally created. Later, OECD, as Philip Baker said, realizing the controversy, tried to put the "genie back in the bottle", by releasing drafts for discussion, first in 2011 and later in 2012 (more precise),

in the sense that the effective and the correct interpretation to be given to the beneficial owner should be restricted to identifying the effective controller of revenues and their flow, in order to deny the benefits only to mere intermediaries (agents, intermediaries and conduit companies), without resorting to other more comprehensive anti-avoidance rules, applicable concurrently, when and if the case. The conclusions of that draft were incorporated into the OECD Comments in their 2014 version. However, despite this clarification regarding the effective sense of B.O., it was not possible to "put the genie back in the bottle", and cases continued to arise in which the concept is interpreted more broadly.

6. 4th Question – The concept of beneficial owner and the local rules

Questions for debate (Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva): Is article 26 of Law 12,249 relevant to interpreting Brazilian tax treaties regarding the concept of beneficial ownership?

Mateus Calicchio Barbosa asserted that the domestic provision is not relevant to the interpretation of Brazilian tax treaties since the text and context of the conventions do not authorize the renvoi. Enacted in 2010, the legal provision is rendered unimportant by a static interpretation of Brazilian treaties, mostly concluded in previous decades. For treaties concluded afterwards, the context demonstrates that the legal provision, based on the 1998 OECD Report on Harmful Tax Competition, is limited to tax havens, with no material effects on the operation of WHT. Interestingly, though, the domestic provision puts together both the (broad) economic notion and the narrow view that follow the interpretation of the concept of beneficial ownership internationally.

Questions for debate (Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva): Is there a link between the concept of "final beneficial owner" of a structure (for CNPJ registration purposes, for example) and the beneficial owner clauses in Brazilian tax treaties?

Alina Miyake highlighted that the concept of "final beneficial owner" provided by Normative Ruling RFB no. 1,863/2018 as well as Law 12.249 should not be used for the purposes of interpreting tax treaties. Miyake highlighted that this is a registration/compliance rule that was created in the scope of OECD financial action task force and are not linked with tax treaties.

Finally, Rafael Lavez pointed that not only had Brazilian tax authorities challenged the exemption of non-resident investors in collective vehicles when the final beneficiary of the foreigner entities was not disclosed, but also qualified the transaction as a payment to a non-identified beneficiary. This understanding led to a taxation upon such payments at the rate of ca. 53%. This experience showed how sometimes there was a complete confusion, in Brazil, among close, but different concepts: beneficial ownership (for tax treaties purposes), final beneficial of a structure (for regulatory purposes) and identification of a beneficiary of a payment (for domestic income tax purposes).

7. 5th Question – The concept of beneficial owner and jurisprudence

Questions for debate (Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva): Is there administrative or judicial jurisprudence dealing with the beneficial owner?

Perisson Andrade indicated that a series of cases and judgments began to give this broader interpretation to the concept, after the 2003 OECD Commentaries. The first of these cases was faced by the Court of Appeal of the United Kingdom, called the "Indofood case"¹ – which, curiously, was not a tax dispute, but a commercial one. Giving a broader meaning to the term beneficial owner, we had also examples of "Swiss Swaps"² and the "Danish Beneficial Ownership cases"³. On the other hand, Perisson recalled the "Prévost case"⁴, judged by the Federal Court of Appeal of Canada, in 2009, where the Canadian Federal Court of Appeal considered that the condition of beneficial owner of Prévost could not be disregarded. In this case, the Canadian High Court gave a treaty meaning for B.O. without other antiabuse considerations, as recommended by OCDE in its Commentary 2014. Anyway, after BEPS initiative and PPT, it is certain that the figure of B.O. lost a lot of relevance. There are those, like Professor Blazej Kuzniacki, who consider that B.O. should simply be removed from the treaties, in order to have the analysis of abuse or not in the use of the Treaties made accordingly to the PPT and/or LOB criteria.

8. 6th Question – Most-favoured-nation clauses in Tax Treaties

Question for debate (Leonardo Aguirra de Andrade): Is there an obligation to notify the other contracting State when the clause is unilaterally activated?

According to Mateus Calicchio Barbosa, there would be no such obligation unless established by the relevant treaty. The question on notification should rather bring the taxpayer into perspective: is she aware and duly notified about the operation of MFN clauses? After all, to identify the MFN treatment can be tricky as the number of clauses and treaties in a country's network increases. In Brazil, despite the limited treaty network, the MFN treatment might be unnoticed by regulations from the Revenue

¹ Baker, P. "Beneficial Ownership: After Indofood", GIRC Review, Vol. VI No.1, available at http://taxbar.com/wp-content/uploads/2016/01/Beneficial_Ownership_PB.pdf. Consulted on May 13, 2022

² Oktavia Weidmann, 'Beneficial Ownership and Derivatives: An Analysis of the Decision of the Swiss Federal Supreme Court Concerning Total Return Swaps (Swiss Swaps Case)', (2016), 44, Intertax, Issue 8, pp. 620-641. <https://kluweralawonline.com/journalarticle/Intertax/44.8/TAXI2016051>. Consulted on May 13, 2022.

³ Sam Gommers, 'Danish Dynamite: The 26 February 2019 CJEU Judgments in the Danish Beneficial Ownership Cases', (2019), 28, EC Tax Review, Issue 6, pp. 270-299, <https://kluweralawonline.com/journalarticle/EC+Tax+Review/28.6/ECTA2019032>. Consulted on May 13, 2022

⁴ Arnold, Brian J., Chapter 3 The Concept of Beneficial Ownership under Canadian Tax Treaties, in Beneficial Ownership: Recent Trends, Brian Arnold, John F. Avery Jones, Phillip Baker, Yariv Brauner, Jakob Bundgaard, David Duff, Daniel Gutmann, Adolfo Martin Jimenez, Georg Kofler, Juan Lopez-Rodriguez, Rene Matteotti, Pasquale Pistone, Ekkehart Reimer, D.P. Sengupta, Daniel S. Smit, Fabian M. Sutter, Richard Vann, IBFD, 2013, pgs. 39-49. https://www.ibfd.org/sites/default/files/2021-06/Beneficial%20Ownership_Samplechapter.pdf. Consulted on May 13, 2022.

Service. This was the case of Ruling No. 150/21, where the taxpayer had to consult with the Service on the activation of a certain MFN clause in the 2001 tax treaty with Portugal. Authorities acknowledged both the MFN treatment and its "automatic" activation regardless of any official notice.

Question for debate (Leonardo Aguirra de Andrade): Does the activation of the MFN clause have to be based on a specific article or considering the treaty as a whole? For example: if a specific MFN clause of Article 14, it can be activated, for example, by a treaty that gives the same competence to Article 12A.

Dora Pimentel provided some interesting insights on this this. According to the debater, the importation of most favoured treatment under an MFN clause works in such a way that one must look at the whole double tax treaty to assess its activation and not specific provisions. This conclusion is particularly relevant when dealing with treaties that have Article 12A (Fees for Technical Services).

On the one hand, depending on the definition of income provided, the treatment accorded under Article 12A may comprise more favourable treatment under MFN clauses that cover other provisions of the double tax treaties as, for example, those that deal with royalties (Article 12). Brazil, for example, traditionally includes fees for technical services and technical assistance under the scope of the royalties provision. Hence, a subsequent double tax treaty that accords more favourable treatment under Article 12A may partially trigger the MFN clause in the basic treaty, regardless of the treatment provided under Article 12.

On the other hand, Article 12A may mislead the interpreter into thinking that an MFN clause has been triggered. One example would be MFN clauses covering Article 14, which commonly have a broad scope of source taxation under Brazilian policy. If we only compare the treatment provided under Article 14 of the basic treaty against the treatment provided in Article 14 of the treaty later concluded, one may assume that the MFN clause had been triggered, when, in fact, the allocation of taxing rights was simply shifted from Article 14 to Article 12A.

Thus, discussions regarding the wording of treaty provisions and their interpretation will impact the application of MFN clauses. It may very well be that the MFN clause is only partially triggered, leaving the treaty with a combination of tax treatments provided in more than one double tax treaty.

9. 7th Question – The mutual agreement procedure (MAP) and the challenges for emerging countries

Questions for debate (Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva): How to admit the mutual agreement procedure in relation to tax obligation and its constitutive elements, especially regarding the tax credit if such tax duty does not result from the will agreement, but it stems from the law (*ex lege*), including the hypotheses of exclusion, suspension and extinction of the credit tax (CTN, art. 97, I, II, III, IV and V)? Furthermore, the entire tax assessment procedure and administrative-fiscal litigation is also

provided for by law (Decree No. 70,235/72, together with Law No. 8,748/93). In this sense, shouldn't an international treaty between another country and Brazil observe these requirements? Or does the possibility of the will agreement exclude tax credit, being possible only with respect to other matters (e.g.,: exchange or sharing of tax information between National States)?

Mateus Calicchio Barbosa answered the question by indicating the provision of art. 98 of the Tax Code, whereby "international treaties and conventions revoke or modify the internal tax legislation, and shall be observed by the legislation which follows them". Irrespective of the underlying doctrine, the provision makes it clear that treaties are source of tax law, establishing an international commitment to be observed by tax authorities and domestic legislation itself. Upon a MAP based on a tax treaty in force, the competent authorities execute the relevant treaty and, as such, are not bound to constraints of tax assessment and procedure.

Questions for debate (Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva): Why are over 90% of the MAP cases closed in 2020 from developed economies? China, India, Indonesia and Mexico are among the top as developing economies with more MAP cases. What did they do that could assist other emerging economies?

Alina Miyake highlighted that Professor Natalia Quiñones has already answered this question in the chat construing that she thinks that the first step would be issuing MAP regulations (which is a requirement under the Action 14 minimum standards). Quiñones also mentioned that the number of requests also depends on how comfortable the taxpayer feels with the procedure (including trusting the competent authority to reach a solution and to implement it domestically). She cited the Mexico's example explaining that its numbers have a lot to do with being a neighbor to the US. MIYAKE agreed with Quiñones considerations, but also mentioned that before BEPS the developing countries' tax authorities did not know what a MAP is.

Alina Miyake mentioned her personal experience in collecting MAP data in 2015 (just after the BEPS final reports): she had to file 3 requests before tax authorities until having a satisfactory answer. There is a learning curve from Brazilian tax authorities (that are the country's competent authorities) and it is possible that the competent authorities from other developing countries have gone through the same process.

Questions for debate (Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva): Is the idea of arbitration between the tax authorities and taxpayers in matters of domestic law more accepted in Brazil (including draft laws) than in terms of tax treaties? Is this not somehow related to trust in the eventual arbitral tribunal that would resolve international issues?

Alina Miyake affirmed that there is a greater trust in the arbitral proceeding for civil and public purposes in Brazil. She added that the arbitration related to administrative agreements is accepted since the creation of the rule and is expressly admitted since the amendment to the arbitration ruled of 2015. Miyake affirmed that the Brazilian business sector trust the results of the arbitration. The problem for installing an

arbitration is generally related to the cost of the tribunal, not with the proceeding itself.

By the same token, Raphael Lavez mentioned that the resistance against international arbitration in Brazilian treaties, especially when compared to the evolution of the debate about a domestic arbitration in tax affairs, could be evidence that there would also be some concern about how the arbitration committee would be composed in an international context. In other words, he added, this could also exemplify some concerns, even implicitly, about an OECD-biased arbitration in disputes regarding tax treaties.

10. Conclusions

Finally, the Chairwoman – Fabiana Carsoni Alves Fernandes da Silva – closed the panel highlighting the challenges raised by international taxation on these matters.

PATROCINADORES



DEMAREST



Lefosse



Trench
Rossi
Watanabe.

ISBN 978-65-86252-51-4



9 786586 252514