

**PESQUISAS TRIBUTÁRIAS**  
**SÉRIE CEU – LEX/MAGISTER Nº 06**

**PESQUISAS TRIBUTÁRIAS**

**TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL E O**  
**DIREITO INTERNO**

COEDIÇÃO



**CEU**  
LAW SCHOOL

**LEX MAGISTER**

Porto Alegre, 2018

Copyright © 2018

Editoração Eletrônica e Capa: LexMagister

Editor Responsável: Fábio Paixão

Novembro de 2018

Todos os direitos reservados. É expressamente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem prévia autorização do autor. (Lei 9.610, de 19.02.98 – DOU 20.02.98)

Impresso no Brasil  
*Printed in Brazil*

T822 Tributação internacional e o direito interno / Coordenador Ives Gandra da Silva Martins; conferencista inaugural Humberto Ávila. – Porto Alegre : LexMagister, 2018.

17x24 cm. ; 702 p.  
ISBN 978-85-85275-70-9  
Série Pesquisas Tributárias (nº 6)

1. Direito tributário. 2. Impostos. 3. Tributação internacional. 4. Leis e legislação. 5. Brasil. 6. Direito interno. I. Martins, Ives Gandra da Silva. II. Ávila, Humberto. III. Série.

CDU 34:336.2(81)

Catálogo na publicação: Leandro Augusto dos Santos Lima – CRB 10/1273

ISBN: 978-85-



9 788585 275709

LexMagister  
Rua 18 de Novembro, 423  
90240-040 – Porto Alegre – RS  
(51) 3237.4243 – [www.lexmagister.com.br](http://www.lexmagister.com.br)

## 18. Luís Eduardo Schoueri\* Roberto Codorniz Leite Pereira\*\*

### Notas Introdutórias: as Questões em Debate

Foram-nos apresentadas, para este Simpósio, as seguintes questões para debate:

*1) Considerado o direito interno, é viável a sujeição do Brasil às regras de direito tributário internacional, emanadas da OCDE, com a chancela do G-20, no âmbito do BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), inclusive na hipótese de constituição de um organismo tributário global (multilateralismo e soberania fiscal)?*

*2) A tributação em bases universais, que sofre atualmente revisão, nos países desenvolvidos, para restauração da tributação em bases territoriais é compatível com o direito brasileiro? Em face do ordenamento em vigor, é possível a incidência do imposto de renda sobre lucros não distribuídos por empresas vinculadas no exterior? E da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido?*

*3) Os tratados internacionais de cooperação na troca de informações tributárias em nome da transparência fiscal são compatíveis com o nosso*

\* Professor Titular da Universidade de São Paulo – USP; Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Tributário – IBDT; Sócio do Escritório Lacaz Martins, Pereira Neto, Gurevich & Schoueri Advogados; Mestre em Direito pela Universidade de Munique (1992); Doutor (1993) e Livre-Docente (1996) pela Faculdade de Direito da USP; Além de Professor Visitante em diversas universidades no exterior, foi Professor do LLM em Tributação Internacional da Wirtschaftsuniversität Wien, Áustria (2011-2017); do LLM em Tributação Internacional do Amsterdam Center for Tax Law, da Universidade de Amsterdam, Holanda (2013-2015); do Tax Law Summer School, na Pontifícia Universidade Católica Portuguesa (2013-2017); e do The Greit Lisbon Summer Course on European Tax Law, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2013-2015 e 2017); em 2016, foi “Hauser Global Professor of Law” na New York University; para o biênio 2017-2018, é Professor in Residence do International Bureau of Fiscal Documentation – IBFD.

\*\* Doutorando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP); LLM Candidate em International Tax Law pela Wirtschaftsuniversität Wien (WU); Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP); Pós-Graduado em Direito Tributário pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPERSP); Graduado em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP), com formação parcial pela Université Paris Dauphine (PARIS IX); tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Tributário.

*ordenamento jurídico? É atual a cláusula do tax sparing nos tratados contra a prevenção de dupla tributação celebrados com o Brasil? O atual conceito de estabelecimento permanente, no novo direito tributário internacional (breve definição do conceito atual), pode ser incorporado pelo ordenamento jurídico nacional?*

*4) Qual é a juridicidade de margens pré-determinadas de lucro no controle dos preços de transferência? É aplicável no Brasil o artigo 107 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) sobre preços de transferência, quando muitos Estados falseiam a concorrência, mediante acordos secretos? Deve ser preservado o arm's length principle?*

*5) Quais os limites da desconsideração pela administração tributária de atos e negócios jurídicos praticados pelos contribuintes? Em que medida a Resolução de 05.12.2017 da União Europeia quanto aos 17 países que integram a lista negra dos paraísos fiscais é compatível com a legislação brasileira?*

Na sequência, apresentaremos as nossas considerações a respeito de cada uma das questões expostas acima. Alertamos que, no tocante aos tópicos que congregam questões relacionadas a temáticas distintas e independentes entre si, realizaremos a sua devida segregação com vistas a privilegiar a clareza na exposição das nossas ideias.

## **1 A Normatividade das Recomendações da OCDE Proferidas no Âmbito do Projeto BEPS e o Direito Interno (Resposta à Questão 1)**

A resposta a esta questão deve ser feita em duas etapas: primeiramente, iremos analisar a normatividade das recomendações proferidas pela OCDE no âmbito do plano BEPS, e, em segundo lugar, analisaremos as suas repercussões no Direito Brasileiro.

### **I – A Normatividade das Recomendações da OCDE**

Determinar a normatividade das recomendações proferidas pela OCDE no âmbito do Projeto BEPS requer, como etapa lógica que lhe é anterior e necessária, que a formulação de respostas para três questões, a saber: (i) Quais são os modos de criação de obrigações jurídicas internacionais aos quais o Brasil se sujeita? Em outras palavras, quais são as fontes do Direito Internacional Público hábeis para a criação de obrigações jurídicas? (ii) Qual é a natureza jurídica das recomendações proferidas pela OCDE contidas nos relatórios relativos a cada um dos planos de ação que compõem o projeto de combate ao BEPS? (iii) Como as recomendações da OCDE podem influenciar na criação de obrigações jurídicas

internacionais dos Estados (supondo, neste ponto, que as recomendações *per se* não são capazes de criar obrigações jurídicas aos Estados)?

Quanto à primeira questão, é fundamental esclarecer quais as fontes de Direito Internacional Público hábeis à criação de direitos e obrigações na esfera internacional, que instruem o Direito Tributário Internacional do Brasil. Estão elas detalhadas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ). Vejamos:

“Artigo 38. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:

- a. as *convenções internacionais*, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
- b. o *costume internacional*, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito;
- c. os *princípios gerais de direito*, reconhecidos pelas nações civilizadas;
- d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem.” (grifos nossos)

As fontes apontadas nos itens *a*, *b* e *c* são as únicas hábeis à criação de direitos e obrigações jurídicas na esfera internacional. Diz-se que as convenções e os costumes internacionais são fontes de natureza formal do Direito Internacional Público, ao passo em que os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas, são fontes materiais<sup>1</sup>. Convém destacar que inexistente qualquer relação de prevalência hierárquica no rol de fontes descrito acima, mas mera enumeração funcional e roteiro operacional para orientar a atividade jurisdicional do juiz internacional<sup>2</sup>.

O artigo 38 do Estatuto da CIJ faz também menção, no item *d*, às decisões judiciais e à doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações; porém, lhes atribui natureza meramente auxiliar para a determinação das regras de Direito que, por sua vez, somente podem ser criadas por meio das fontes arroladas nos itens *a*, *b* e *c* (*i.e.*, as convenções internacionais, costumes internacionais e princípios gerais de Direito).

Retornaremos, mais adiante, à análise dos instrumentos de criação de direitos e obrigações na ordem jurídica internacional. Cumpre, neste momento, que se tenha a compreensão adequada das propostas e da natureza jurídica do “Projeto BEPS”.

1 ACCIOLY, Hidélbrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 142.

2 Idem, p. 142-143.

O projeto de combate ao fenômeno chamado *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) foi originalmente proposto pela OCDE em resposta à declaração dos líderes do G20, na ocasião da reunião do grupo na cidade de Los Cabos, no México, em 2012<sup>3</sup>. No primeiro relatório emitido sobre o tema, foram identificadas as principais consequências do BEPS, bem como os 15 planos de ação que seriam adotados, cada qual dedicado a uma das áreas consideradas sensíveis para o sucesso do projeto.

Ao final do ano de 2015, após amplos debates e a liberação de relatórios prévios, foram publicados os relatórios finais, contendo recomendações aos países. A finalidade das medidas propostas consiste em fortalecer o chamado “regime fiscal internacional” existente<sup>4</sup>, pautado na ideia de que a renda não deve ser tributada nem mais nem menos do que uma vez (o chamado *single tax principle*)<sup>5</sup>. As recomendações feitas pela OCDE se dividem, conforme a sua natureza, em: (i) *minimum standards*; (ii) *recommendations*; e (iii) *best practices*<sup>6</sup>.

As distintas nomenclaturas apontadas pela OCDE indicam os diversos graus de comprometimento dos representantes dos Estados com as medidas sugeridas pela OCDE: enquanto os *minimum standards* indicam alto comprometimento com a adoção das medidas propostas, buscando-se o maior grau de uniformização possível, as *recommendations* e *best practices* indicam um menor grau de comprometimento por parte dos países que apenas empreenderiam esforços para, na medida do possível, adotar uma política tributária geral minimamente convergente (*general tax policy direction*)<sup>7</sup>.

Fazem parte dos *minimum standards*<sup>8</sup>: (i) a condução de um processo rigoroso para a identificação de práticas de concorrência fiscal lesiva (*harmful tax practices*), bem como a transparência fiscal e a troca de informações relacionadas a regimes específicos concedidos a determinados contribuintes (*action plan n. 5*); (ii) a adoção de medidas destinadas a combater o abuso do uso dos tratados (*treaty abuse*), incluindo a prática conhecida como *treaty shopping*, realizadas através da interposição de empresas em países que permitem acesso a uma ampla rede de tratados favoráveis para a economia fiscal (*action plan n.*

3 Disponível em: <<https://www.oecd.org/g20/summits/los-cabos/>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

4 BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida Tax Review*, Florida University, Gainesville, v. 16, n. 2, 2014, p. 79-80.

5 AVI-YONAH, Reuven S. *International tax as international law: an analysis of the international tax regime*. Cambridge University Press: New York, 2007. p. 8-10.

6 OECD. *Explanatory statement*. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing: Paris, 2015. p. 6. Disponível em: <[www.oecd.org/tax/beps-explanatory-statement-2015.pdf](http://www.oecd.org/tax/beps-explanatory-statement-2015.pdf)>.

7 Idem, *ibidem*.

8 Vejam-se, neste sentido: OECD. *Explanatory statement*. Op. cit., p. 6; CHRISTIANS, Alisson; SHAY, Stephen. General report. *IFA Cahier*, v. 1, 2017, p. 34.

6); (iii) a introdução do *Country-by-Country Report* (CbCR) que permitirá que as Administrações Tributárias tenham uma perspectiva global dos resultados das empresas transnacionais, com a possibilidade de utilização de tais informações para auditorias relacionadas, especialmente, a preços de transferência (*action plan n. 13*); e (iv) a adoção de medidas para assegurar o progresso nos mecanismos atuais de resolução de controvérsias em matéria de tributação internacional valendo-se do procedimento amigável (*action plan n. 14*). Por outro lado, todas as medidas abrangidas pelos demais planos de ação são ou bem *recommendations* ou bem *best practices*.

Outro aspecto do projeto BEPS que precisa ser destacado para fins da presente análise é a característica supostamente mais inclusiva que lhe é atribuída pela OCDE. Segundo a organização, o fato de o G20 ter participado dos debates – e não, apenas, os 35 países que atualmente são membros da organização – teria o condão de conferir maior legitimidade ao conjunto de medidas proposto. Trazer o debate para o âmbito do G20 traria maior legitimidade ao projeto, haja vista que o referido grupo é composto não apenas por países desenvolvidos, como também por alguns países em desenvolvimento (*i.e.*, as economias emergentes), dentre os quais, o Brasil. A organização denomina esta abertura para participação de outros países que não aqueles que são os seus membros de *inclusive framework*<sup>9</sup>.

Normalmente, recomendações proferidas por organizações internacionais, conquanto se prestem à governança global, mediante cooperação, no tocante a determinada matéria, são instrumentos de baixa normatividade, conhecidos pela literatura estrangeira pelo termo *soft law* (*i.e.*, o “quase Direito” ou “Direito flexível”<sup>10</sup>), em oposição à expressão *hard law*, a qual indicaria os instrumentos de elevada normatividade correspondentes às fontes formais de produção do Direito Internacional. Logo, a prevalecer este entendimento, a nossa resposta à primeira questão proposta – qual seja: a eventual sujeição do Brasil, do ponto de vista do Direito Internacional, às medidas recomendadas no âmbito do Projeto BEPS – seria negativa. Adicione-se a esta questão o fato de o Brasil não ser um membro da OCDE, o que já é suficiente para aniquilar qualquer eventual debate que poderia haver quanto à vinculação do país, por meio do Estatuto da referida organização, aos atos unilaterais, declarações e recomendações dela oriundos.

No entanto, há dois fatores que devem ser levados em consideração e que, portanto, ensejam uma análise mais cuidadosa do tema, a saber: (i) as possíveis influências dos instrumentos de *soft law* sobre os instrumentos de *hard law*, no processo de criação normativa; e (ii) a influência das relações de poder na determinação da normatividade dos instrumentos de *soft law*.

9 Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/beps/beps-about.htm>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

10 NASSER, Salem Hikmat. *Fontes e normas do direito internacional: um Estudo sobre a soft law*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 97.

### A) Interface entre *Soft Law* e *Hard Law* no Processo de Criação Normativa

Conquanto seja pacífico que os instrumentos de *soft law* não possuem qualquer papel autônomo na criação das normas do Direito Internacional, não se pode negar que as transformações pelas quais este ramo do Direito passou nas últimas décadas – em especial, a multiplicação de organizações internacionais e das temáticas cuja resolução demanda cooperação internacional – tornou a forma de produção normativa mais complexa do que uma abordagem tradicional sobre as suas fontes formais poderia sugerir<sup>11</sup>. Neste contexto, os instrumentos de *soft law* passam a assumir papel importante ora na criação normativa, ora na identificação do Direito posto<sup>12</sup>.

Impõe-se, portanto, o cotejo das recomendações feitas pela OCDE frente a cada uma das fontes formais do Direito Internacional Público para que se possa determinar *se e*, em caso positivo, *como* tais recomendações, ao interagirem com as fontes formais de produção normativa, levariam ao fenômeno da criação normativa.

Iniciando pelas *convenções internacionais*, tem-se que elas consistem em todo ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre dois ou mais sujeitos de Direito Internacional<sup>13</sup>. Destaque-se que os tratados – ou convenções – podem ser firmados por quaisquer sujeitos de Direito Internacional Público: tanto Estados quanto Organizações Internacionais. As Convenções de Viena sobre o Direito dos Tratados, celebradas em 1969 e 1986, não apenas retiram qualquer dúvida que poderia haver quanto à capacidade jurídica das Organizações Internacionais em se figurarem como partes de um tratado, como também dispõem sobre questões de validade – *i.e.*, capacidade das partes, habilitação dos agentes, consentimento mútuo, objeto lícito e possível, efeitos perante terceiros, ratificação, adesão e aceitação, registro e publicação, nulidade, suspensão e extinção, bem como interpretação dos tratados.

Neste ponto, cumpre destacar que instrumentos de *soft law* se relacionam com os tratados de duas formas<sup>14</sup>: ora como meio de reafirmação de políticas, metas e normas objeto dos tratados ou, ainda, como fonte de inspiração para que tratados futuros sejam celebrados dispendo sobre questões relevantes versadas em instrumentos de *soft law*, ora como fonte auxiliar para a interpretação dos tratados<sup>15</sup>.

11 *Idem*, p. 148.

12 *Idem*, *ibidem*.

13 ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. *Op. cit.*, p. 154.

14 NASSER, Salem Hikmat. *Op. cit.*, p. 153-154.

15 Vejam-se, neste sentido, os artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

Não havendo, neste contexto, qualquer tratado, atualmente, em que o Brasil tenha se vinculado formalmente a qualquer uma das medidas propostas pela OCDE através dos seus planos de ação – nem mesmo em relação aos chamados *minimum standards* – não há que se cogitar a existência de qualquer obrigação jurídica internacional decorrente do Projeto BEPS, ao menos do ponto de vista da fonte aqui analisada.

Passando-se aos *costumes internacionais*, tem-se que a sua formação depende de dois elementos: (i) objetivo, consistente na caracterização de uma prática generalizada entre os países; e (ii) subjetivo, consistente na *opinio juris*.

O primeiro elemento – *i.e.*, a prática – requer “continuidade no tempo e generalidade no espaço”<sup>16</sup>. A continuidade no tempo exige *constância e uniformidade* como condição para que se possa verificar a repetição concordante de determinados fatos<sup>17</sup>. A generalidade no espaço não exige a unanimidade da prática, mas, apenas, uma participação ampla e representativa, em especial dos Estados particularmente interessados, uma vez que, dentre outras razões, a exigência de unanimidade contrariaria o enunciado do artigo 38 do Estatuto da CIJ, que exige, tão somente, a generalidade e não a unanimidade da prática<sup>18</sup>. Tampouco deve-se exigir que o Estado tenha consentido expressamente com a prática realizada. No entanto, deve ficar resguardado o direito do Estado que constantemente manifestou a sua discordância em relação a determinada prática de não se vincular a ela<sup>19</sup>. É possível, também, que, a depender da generalidade da prática, haja a formação de um costume regional – *i.e.*, não universal – restrito a um determinado grupo de Estados<sup>20</sup>.

O segundo elemento – *i.e.*, a *opinio juris* – se refere à exigência de um fator psicológico consistente na convicção ou aceitação de que uma determinada conduta, exteriorizada por meio de uma prática, constitui uma norma que é parte do Direito<sup>21</sup>. Deve haver, neste sentido, a consciência da sua necessidade<sup>22</sup>.

A prova de um costume internacional não é uma tarefa fácil, sobretudo quando se busca demonstrar a *opinio juris*. Tradicionalmente, aceitam-se que práticas reiteradas e sucessivas de fatos análogos, a existência de uma prática

16 ROUSSEAU, Charles. *Droit international public: introduction et sources*. France: Sirey, 1971. Tome I. p. 317.

17 Idem, p. 317-319.

18 Idem, p. 319.

19 Idem, p. 320.

20 Idem, *ibidem*.

21 Idem, p. 324.

22 Idem, *ibidem*.

uniforme e constante, bem como a celebração de tratados multilaterais<sup>23</sup> sejam formas capazes de evidenciar um costume internacional<sup>24</sup>. É justamente neste ponto que deve ser examinado o papel dos instrumentos de *soft law*, pois, conquanto não se questione que eles, autonomamente, não sejam capazes de criar costumes, não se pode desconsiderar a sua importância para a construção da prática (ou seja: é legítima a expectativa de que os Estados, ao elaborarem instrumentos não cominatórios, passarão, em certa medida, a pautar a sua atuação segundo o disposto dos referidos instrumentos), e a construção ou confirmação da *opinio juris* (ou seja: a afirmação reiterada de determinados princípios, objetivos, necessidades, acompanhados ou não de práticas que os realizem, possuem certo poder de influência sobre a convicção dos Estados da sua obrigatoriedade ou, ainda, na evidenciação de que esta convicção já existe)<sup>25</sup>.

Diante deste contexto, questiona-se: seriam as recomendações proferidas no âmbito do Projeto BEPS a exteriorização do conteúdo mínimo de um dever de cooperação na esfera internacional oriundo de um costume, principalmente se considerarmos os *minimum standards*?

A nosso ver, inexistente um costume internacional de cooperação cujo conteúdo mínimo seja representado pelas recomendações proferidas pela OCDE no âmbito do BEPS, mesmo que se considerem os *minimum standards*. Inexistente a prática generalizada – *i.e.*, contínua no tempo e generalizada no espaço – haja vista que não existem, ainda, evidências de que a ampla maioria dos países adotou ou irá adotar as recomendações proferidas. Basta, neste sentido, analisar cada um dos planos de ação para que se possa neles identificar diversas reservas feitas pelos países à sua adoção. Inexistente consenso, neste sentido, até mesmo no tocante aos *minimum standards*. Tampouco poder-se-ia falar na existência de uma *opinio juris*: os países, conquanto concordem que a cooperação fiscal é necessária para combater o fenômeno do BEPS, não concordam, de modo amplo e geral, que esta se dê nos termos das recomendações feitas no âmbito do referido projeto. Mais do que isso: ao menos até o presente momento, apenas os países membros do G20 demonstram a convicção de que a adoção dos *minimum standards* se impõe enquanto uma obrigação propriamente. O mesmo não pode ser dito, no entanto, em relação aos demais países.

Poder-se-ia dizer, quando muito, que este costume internacional, acaso existente, estaria adstrito, apenas, aos membros da OCDE ou, ainda, de modo mais

23 Por exemplo, há consenso doutrinário no sentido de que a própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 é considerada como a codificação de costumes internacionais previamente existentes. Tal condição é capaz de explicar o relativo sucesso que a referida convenção alcançou em termos de efetividade das suas disposições entre os países signatários.

24 ROUSSEAU, Charles. Op. cit., p. 325.

25 NASSER, Salem Hikmat. Op. cit., p. 154-159.

restrito, aos Estados Membros da União Europeia (uma possível evidência deste último cenário seria a recente edição da *Anti Tax Avoidance Directive – ATAD* que positivou, no Direito Comunitário Europeu, grande parte das recomendações proferidas pela OCDE no âmbito do Projeto BEPS). Esta investigação, conquanto seja relevante, transborda os objetivos do presente trabalho.

Por fim, vêm os *princípios gerais do Direito reconhecidos pelas nações civilizadas*. Trate-se, em suma, de princípios que a convicção jurídica dos Estados ditos civilizados considera como parte necessariamente integrante de toda e qualquer ordem jurídica interna (analogamente, pode-se dizer que eles equivalem ao *jus gentium* do Direito Romano, aplicável a todos os povos pertencentes a uma mesma civilização)<sup>26</sup>.

Há, neste sentido: (i) os princípios comuns à ordem jurídica interna e internacional – *i.e.*, princípios gerais de Direito propriamente, tais como os princípios típicos do Direito das obrigações contratuais (*e.g.*, princípios relativos ao nascimento, à execução e extinção de obrigações, e ao exercício de direitos), da responsabilidade civil e de Direito Processual; bem como (ii) os princípios especiais da ordem jurídica internacional – *i.e.*, princípios gerais da ordem internacional que podem, por exemplo, ser abstraídos dos preâmbulos de algumas das principais convenções multilaterais até então já celebradas<sup>27</sup>.

Com relação a esta fonte material do Direito Internacional Público, pode-se dizer que os instrumentos de *soft law* se prestam à evidenciação da generalização dos princípios. Neste sentido, no que diz respeito aos princípios gerais propriamente ditos, os instrumentos de *soft law* são capazes de ensejar adoção generalizada de princípios originalmente adotados apenas por um grupo restrito de Estados, de modo a permitir a sua transposição futura para a esfera internacional<sup>28</sup>.

Neste ponto, novamente, devemos nos questionar a respeito do papel que as recomendações emanadas pela OCDE no âmbito do Projeto BEPS podem assumir no sentido ou bem de evidenciar a adoção de um princípio geral de adoção das medidas defendidas para o combate do BEPS, ou bem de estimular a criação futura de um tal princípio. Conquanto os relatórios BEPS se refiram ao alegado *single tax principle*, que informaria um desejado *international tax regime*, a existência de tal princípio, posto apoiada por respeitáveis autores<sup>29</sup>,

26 ROUSSEAU, Charles. Op. cit., p. 371.

27 Idem, p. 379-390.

28 NASSER, Salem Hikmat. Op. cit., p. 152-153.

29 Cf. AVI-YONAH, Reuven S. International taxation of electronic commerce. *Tax Law Review*, New York, New York University, v. 52, 1997; BRAUNER, Yariv. What the BEPS? *Florida Tax Review*, Gainesville, Florida University, v. 16, n. 2, 2014; RIGONI, João M. M. The international tax regime in the twenty-first century: the emergence of a third stage. *Intertax*, Amsterdam, Kluwer Law International, v. 45, n. 3, 2017.

ainda é bastante questionada na doutrina<sup>30</sup>. A nosso ver, os relatórios emitidos no âmbito do Projeto BEPS não se prestam a evidenciar ou a estimular a adoção de qualquer princípio de cooperação cujo conteúdo seja qualquer das recomendações feitas. A própria análise do ordenamento jurídico interno dos países é capaz de revelar que inexistente qualquer consenso quanto às medidas propostas pela OCDE no âmbito do referido projeto. Assim, tem-se que, do ponto de vista estritamente jurídico inexistente qualquer obrigação internacional capaz de vincular o Brasil às recomendações feitas pela OCDE no âmbito do Projeto BEPS.

### **B) A Influência das Relações de Poder na Determinação da Normatividade dos Instrumentos de *Soft Law***

Dizer que a OCDE não possui *autoridade* para impor aos demais a obrigação jurídica de adotar, ao menos, os chamados *minimum standards*, não significa dizer que ela não possui *poder* para impor a sua adoção. Autoridade e poder nem sempre caminham juntos, conquanto seja desejável que se façam presentes conjuntamente. Tanto na esfera do Direito Interno quanto na esfera do Direito Internacional a *autoridade* está para o *Direito* assim como o *poder* está para a *política*<sup>31</sup>.

A OCDE, por ser composta majoritariamente por países desenvolvidos, representa os interesses políticos de tais nações. Assim, a cooperação internacional nos termos propostos pela OCDE através do Projeto BEPS, em vez de buscar uma distribuição mais justa das competências tributárias, visa, apenas, a reforçar as regras de alocação de competências então existentes – *i.e.*, alocação que privilegia os Estados de residência, a despeito dos Estados de fonte<sup>32</sup>. Neste contexto, a pressão que tais países são capazes de exercer sobre os demais – não membros da organização – não deve ser desprezada, uma vez que, a despeito do caráter juridicamente não obrigatório das recomendações proferidas, politicamente a comunidade internacional pode se ver compelida a adotá-las.

Destaque-se, neste ponto, que, em relação ao Projeto BEPS, o Brasil, enquanto país membro do G20, está entre os países que exerceram poder sobre

30 Cf. ROSENBLOOM, H. David, The David R. Tillinghast lecture international tax arbitrage and the 'international tax system'. *Tax Law Review*, New York, New York University, v. 53, 2000; DE LILLO, Francesco. In search of single taxation: the twilight of an idol? In: *Advanced Master's International Tax Law*. Amsterdam: IBFD, 2017; SHAVIRO, Daniel N. The two faces of the single tax principle. *Brooklyn Journal of International Law*, New York, Brooklyn Law School, v. 41, n. 3, 2016.

31 Cf. JACKSON, Robert H. *Sovereignty: evolution of an idea*. Cambridge: Polity Press, 2007; MACCORMICK, Neil. *Questioning sovereignty: law, State and nation in the European Commonwealth*. New York: Oxford University Press, 2002.

32 Veja-se, neste sentido: SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI Jr., Ricardo André. Justification and implementation of the international allocation of taxing rights: can we take one thing at a time? In: CHRISTIAN, Alisson; ROCHA, Sérgio André (Ed.). *Tax sovereignty in the BEPS era*. Amsterdam: Kluwer, 2017.

os demais para a adoção das recomendações proferidas pela OCDE. Neste contexto, é curiosa a situação em que o País se encontra: ao mesmo passo em que o Brasil exerce pressão sobre os demais países para a adoção das recomendações proferidas por ser membro do grupo de países que deu início ao Projeto BEPS, ele é, também, alvo de pressões internacionais decorrentes de relações de poder para a sua adoção.

## II – Repercussões no Âmbito do Direito Brasileiro

Considerando que inexistente qualquer obrigação jurídica de adoção de qualquer um dos planos de ação relativos ao Projeto BEPS, a eventual implementação, por parte do Brasil, das recomendações está sujeita ao juízo mera conveniência política do país. Neste sentido, a validade jurídica das recomendações incorporadas, seja através da celebração de convenção multilateral futura, seja por meio da criação de normas jurídicas internas, deverá ser analisada à medida em que o Brasil vier a incorporá-las.

Caso as recomendações proferidas pela OCDE tivessem o condão de criar obrigações internacionais – o que, consoante demonstramos, não é o caso, mas consideremos a hipótese oposta, apenas para fins de exposição completa do nosso raciocínio – tais obrigações atuariam de modo a modular diretamente a jurisdição tributária brasileira. Klaus Vogel, ao tratar das convenções em matéria tributária, entende que a sua função é análoga a de uma máscara colocada contra uma fonte de luz; a luminosidade que atravessa os seus furos e frestas corresponde à parcela de jurisdição fiscal que o Estado mantém após a celebração do tratado, ao passo em que a luminosidade que já não pode mais ser vista (retida pela máscara) corresponde à parcela abdicada de jurisdição fiscal<sup>33</sup>. O mesmo fenômeno se opera, a nosso ver, se considerarmos os costumes internacionais e os princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas.

Vale destacar que, se, por um lado, a Constituição Federal reconhece que o país é independente do ponto de vista externo, ela também reconhece que o país está inserido em uma ordem jurídica internacional<sup>34</sup>, sem a qual, diga-se, a própria independência dos países seria um atributo inconcebível<sup>35</sup>, haja vista

33 SCHOUEI, Luís Eduardo. *Direito tributário*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 125-126.

34 Veja-se, neste sentido, o art. 1º, inciso I, da Constituição Federal: “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; (...)”.

35 Deve-se ter em mente, neste sentido, a competência privativa conferida pelo art. 84, inciso VIII, da Magna Carta ao Presidente da República para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos ao posterior referendo pelo Congresso Nacional a qual é a maior evidência do reconhecimento da inserção, do Brasil em uma ordem jurídica internacional: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (...)”.

que uma nação somente é independente – e, portanto, soberana do ponto de vista externo – na medida em que haja o reconhecimento pelos demais sujeitos de Direito Internacional Público. Ou seja: a existência de uma ordem jurídica internacional é condição para a independência dos Estados.

Logo, apenas para que não parem dúvidas a este respeito, caso as recomendações da OCDE fossem capazes de criar obrigações internacionais, dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro incompatíveis com tais recomendações poderiam ser afastados.

## **2 Tributação em Bases Universais *Versus* Territoriais e Desenho das Regras Anti-Diferimento (Resposta à Questão 2)**

A segunda questão que nos foi proposta também pode ser desmembrada em duas questões específicas: (i) a compatibilidade da tributação da renda em bases universais com o Direito Brasileiro; e (ii) a juridicidade da incidência da tributação da renda sobre lucros ainda não distribuídos auferidos por sociedades não residentes controladas ou coligadas a sociedades residentes (*i.e.*, a juridicidade da técnica da disponibilização ficta). Adiante, enfrentaremos, individualmente, cada uma delas.

### **I – A Compatibilidade da Tributação da Renda em Bases Universais com o Direito Brasileiro**

Respondendo objetivamente à questão proposta, tributar a renda em bases universais, conquanto possa ser questionado enquanto política pública no atual contexto internacional, é plenamente compatível com o Direito brasileiro. A compreensão da juridicidade da tributação da renda auferida no exterior deve se iniciar a partir da leitura do art. 153, § 2º, inciso I, da Constituição Federal, *in verbis*:

“Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

(...)

III – renda e proventos de qualquer natureza;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso III:

I – *será informado pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade, na forma da lei;*” (grifos nossos)

A despeito das discussões acadêmicas acerca da natureza jurídica dos “critérios” destacados acima – *i.e.*, se princípios ou regras – bem como da sua natureza – *i.e.*, se mera norma programática ou de conteúdo específico e concreto, fato é que o critério da universalidade “requer que sejam considerados todos os – a

universalidade dos – fatores positivos e negativos que compõem o patrimônio no início e no final do período de apuração, bem como toda a universalidade de todos os fatores que aumentam ou diminuem dentro desse período de tempo fixado pela lei<sup>36</sup>.

Quando se tem em mente a renda auferida no exterior pela pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, tributá-la mediante o seu cômputo na universalidade dos fatores positivos e negativos observados em território nacional está em plena conformidade com o princípio da universalidade<sup>37</sup>. Afinal, todos os fatores positivos, a despeito da sua origem, estarão sendo igualmente tratados e considerados para fins do cálculo do imposto devido.

No plano infraconstitucional, parece-nos estar fora de dúvida a possibilidade de tributação da renda oriunda do exterior, sobretudo após a inclusão dos §§ 1º e 2º ao art. 43 do Código Tributário Nacional (CTN) realizada por meio da Lei Complementar nº 104/01<sup>38</sup>; ao passo em que o § 1º reafirmou a aplicação dos critérios da generalidade e da universalidade ao imposto incidente sobre a renda, o § 2º delegou ao legislador ordinário a tarefa de estabelecer as condições e o momento em que se dará a disponibilidade da renda auferida no exterior. Retornaremos a este último dispositivo, mais adiante.

Em verdade, a depender do entendimento que se adote a respeito da natureza jurídica do critério da universalidade, poder-se-ia dizer que um retorno à territorialidade seria inconstitucional, na ausência de alteração do texto constitucional mediante emenda. A nosso ver, no entanto, o fato de o dispositivo constitucional possibilitar ao legislador ordinário fixar as condições em que o princípio da universalidade será observado permite que haja o eventual retorno futuro à “territorialidade pura” – tal como vigente, *e.g.*, para as pessoas jurídicas até a publicação da Lei nº 9.249/95 – sem que se incorra em qualquer vício de invalidade jurídica.

O debate acerca da escolha entre a universalidade ou a territorialidade, enquanto critérios norteadores da tributação da renda, deve ocorrer no âmbito da sua conveniência em termos de política tributária. Na doutrina estrangeira, o foco do debate está na neutralidade (ou eficiência) tributária. Há diversos pontos

36 OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do imposto de renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 255.

37 *Idem*, p. 586-587.

38 Confira-se a redação atual do art. 43 do CTN: “Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I – de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; II – de proventos de qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior. § 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. § 2º Na hipótese de receita ou de rendimento oriundos do exterior, a lei estabelecerá as condições e o momento em que se dará sua disponibilidade, para fins de incidência do imposto referido neste artigo”.

de vista a partir dos quais a neutralidade pode ser concebida, sendo mais comum observá-la sob a perspectiva dos países importadores e exportadores de capital.

Por um lado, a neutralidade na exportação de capitais – *capital export neutrality* (CEN) – é promovida mediante a adoção combinada de um sistema de tributação da renda em bases universais (*full tax liability*) e o método do crédito para evitar a dupla tributação da renda, pelo qual um crédito é concedido no valor do imposto pago no exterior, o qual deverá ser compensado com o imposto devido pela pessoa jurídica residente após a inclusão dos lucros auferidos no exterior na base de cálculo do imposto<sup>39</sup>. A neutralidade é alcançada, neste sentido, do ponto de vista do investidor residente: onde quer que ele venha a investir, os rendimentos tributários oriundos do capital investido estarão sujeitos à mesma carga tributária, qual seja, a do seu Estado de residência<sup>40</sup>.

Por outro lado, fala-se em neutralidade na importação de capitais – *capital import neutrality* (CIN) – quando a perspectiva da neutralidade está no país onde os investimentos são realizados: neste caso, o Estado de residência do investidor ou bem não deverá alcançar os rendimentos oriundos de fontes de produção localizadas no exterior, ou bem a eles se aplicará o método da isenção, levando ao mesmo resultado (*limited tax liability*)<sup>41</sup>. Através da CIN, assegura-se ao investidor que, onde quer que ele venha a investir, ele estará sujeito à carga tributária do Estado onde o investimento foi realizado (*i.e.*, o Estado da fonte produtora), podendo competir em igualdade de condições com os demais investidores que ali possuem a sua fonte produtora<sup>42</sup>.

Em razão das características apontadas acima, a neutralidade na exportação de capitais tem por consequência colocar o investidor em situação de desvantagem ao promover investimentos no exterior sempre que, no país onde o investimento for realizado (*i.e.*, o Estado da fonte de produção), a tributação sobre a renda ali produzida for inferior àquela realizada no Estado de residência. Nestas condições, a adoção de um sistema de tributação em bases universais, mesmo que combinado com o método do crédito, cria um desincentivo à internacionalização produtiva das empresas nacionais.

A possibilidade de diferir a tributação do lucro apenas se presta enquanto medida paliativa destinada a permitir que as empresas nacionais possam competir no exterior em igualdade de condições com as demais empresas que estão sujeitas

39 MUSGRAVE, Peggy. Sovereignty, entitlement, and cooperation in international taxation. *Brook Journal of International Law*, v. XXVI:4, 2001, p. 1.337-1.338 e 1.346-1.347.

40 SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios no direito tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade. In: FERRAZ, Roberto (Coord.). *Princípios e limites da tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 361.

41 Idem, *ibidem*.

42 Idem, *ibidem*.

à tributação exclusiva no Estado da fonte de produção. A medida é paliativa pois o lucro auferido no exterior será cedo ou tarde sujeito à tributação pelo Estado de residência do investidor. A tributação dependerá, nesse caso, de outras características do ordenamento deste Estado, como, por exemplo, a possibilidade de se compensarem perdas em terceiras jurisdições, de modo a reduzir o montante total dos lucros no exterior.

Não é incomum, neste contexto, que muitos investidores posterguem indefinidamente a repatriação dos lucros auferidos no exterior com a finalidade exclusiva de evitar a tributação residual pelo Estado da sua residência. Visando a superar este problema e promover a repatriação de lucros represados no exterior, muitos países vêm adotando regimes de isenção dos dividendos oriundos de atividades produtivas no exterior (os chamados *participation exemptions*). Estes regimes, no entanto, apenas mitigam o princípio da tributação em bases universais – *i.e.*, não caracterizam a adoção plena do princípio da territorialidade, haja vista que a sua aplicação se restringe a dividendos, de modo a não alcançar outros rendimentos decorrentes de fontes localizadas no exterior. Ademais, a isenção em geral atinge apenas os casos em que os beneficiários dos dividendos são pessoas jurídicas. Ora, tendo em vista que estas, por sua vez, acabarão distribuindo dividendos a seus acionistas, estes, em última instância, acabarão por pagar o imposto sobre aqueles rendimentos originários do exterior.

Considerando que, em regra, especialmente se aplicarmos a teoria do benefício, a carga tributária de um país tende a acompanhar os serviços públicos como um todo por ele fornecidos (o que inclui não apenas os serviços públicos *stricto sensu*, mas também todas as instituições que asseguram estabilidade ao país e ao seu mercado interno para a realização de investimentos), conclui-se que a neutralidade na exportação de capitais opera como um forte desincentivo para que investidores em países desenvolvidos invistam o seu capital em países em desenvolvimento, ensejando questionamentos de justiça fiscal.

Importa ressaltar o posicionamento de Klaus Vogel que, em artigo magistral sobre o tema, propôs que, ao invés de observarmos a neutralidade do ponto de vista da alocação de capitais em um cenário hipotético de ausência da tributação enquanto fator relevante para a tomada de decisão quanto ao local onde investir, o correto seria concebermos a neutralidade em um cenário hipotético em que inexistiria qualquer influência do Estado, seja ela favorável, seja desfavorável, sobre os investimentos<sup>43</sup>. A partir desta perspectiva, a neutralidade entre nações (*inter-nations neutrality*) requer que um contribuinte que invista em outro Estado e que se utilize da infraestrutura que ele provê tenha a certeza de que ele não será tributado nem mais nem menos do que qualquer outro contribuinte que, sob as

43 VOGEL, Klaus. World-wide v. source taxation of income: a review and reevaluation of arguments. In: *Influence of tax differentials on international competitiveness*. Amsterdam: Kluwer, 1988. p. 140-143.

mesmas circunstâncias, se utilize da mesma infraestrutura, o que somente poderia ser atingido mediante a tributação em bases territoriais (*i.e.*, a neutralidade na importação de capitais)<sup>44</sup>.

A neutralidade apontada acima pressupõe a eficiência global e não nacional. Se, por outro lado, for adotada a perspectiva nacional, pode-se atingir a neutralidade se houver a combinação do regime de tributação em bases universais com a dedução dos tributos pagos no exterior como despesa na apuração do resultado tributável<sup>45</sup>. Esta postura, no entanto, é muito criticada por ser errada a premissa a partir da qual ela parte, qual seja, a desconsideração do fato de que a neutralidade deve se dar em um mercado global integrado<sup>46</sup>.

Assim, a nosso ver, conquanto a territorialidade ou universalidade sejam, ambas, critérios de igualdade válida, refletindo antes uma escolha de política tributária, em vez da mera obediência a um comando normativo, entendemos que a opção pela territorialidade está, não apenas em maior conformidade com a prática internacional que temos observado recentemente, como possui o mérito de permitir que as empresas de capital nacional invistam no exterior em igualdade de condições com as demais concorrentes que estão sujeitas à carga tributária efetiva equivalente a do Estado onde o investimento for realizado.

Esta seria uma escolha especialmente sábia em vista do fato de que o Brasil, a despeito de ser um país em desenvolvimento, possui carga tributária comparável a países com elevado grau de desenvolvimento. Ao permitir que as empresas nacionais se internacionalizem, o Brasil colherá benefícios futuros em termos de acréscimo de produção nacional, exportações, e crescimento do resultado tributável apurado no Brasil.

A adoção de um regime de *participation exemption*, mantendo-se a tributação em bases universais – ou, indo mais além, a própria territorialidade em sentido puro –, criaria incentivos, inclusive, para a repatriação de lucros na forma de dividendos. Apenas a título ilustrativo, o Japão, quando da reforma tributária realizada em 2010, adotou o regime de *participation exemption*, mitigando o sistema de tributação em bases universais lá adotado, com a finalidade de incentivar que os lucros represados por subsidiárias de empresas japonesas residentes no exterior fossem repatriados na forma de dividendos<sup>47</sup>.

44 *Idem*, *ibidem*.

45 Leia-se, a este respeito: MUSGRAVE, Peggy. *Op. cit.*, p. 1.339-1.341; SHAVIRO, Daniel. Repensando o crédito tributário estrangeiro. *Revista Tributária das Américas*, São Paulo, RT, v. 2, 2011.

46 AVI-YONAH, Reuven S. No country is an Island: is a radical rethinking of international taxation needed? *Public Law and Legal Theory Research Paper Series*. Paper n. 380. University of Michigan Law School, 2014. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2389979>>.

47 Veja-se, sobre o tema: MASUI, Yoshihiro. Taxation of foreign subsidiaries: Japan's tax reform 2009/10. *Bulletin for International Taxation*, Amsterdam, IBFD, v. 64, n. 04, 2010, p. 242-248.

Recentemente, os Estados Unidos da América (EUA) fizeram uma reforma bastante abrangente em sua legislação tributária, a qual não apenas resultou na redução da alíquota do imposto de renda de 35% para 21%, como também introduziu a territorialidade enquanto critério principal de tributação da renda auferida por residentes norte-americanos, em substituição, em grande medida, ao até então critério da universalidade que determinava o desenho do sistema tributário norte-americano.

Outros países, tal como é o caso da França, já adotavam anteriormente o princípio da territorialidade para orientar o seu sistema tributário.

Neste contexto, tem-se que o Brasil, ao insistir na tributação da renda em bases universais, está indo na contramão da prática internacional recente.

## II – A Juridicidade da Regra de Disponibilização Ficta

Se do ponto de vista da possibilidade de tributação da renda auferida no exterior, inexistem óbices jurídicos, a mesma conclusão já não é verdadeira quando se analisa o momento e a forma escolhida pelo legislador brasileiro para tributá-los.

Anteriormente à publicação da Lei nº 12.973/2014 – cujos arts. 77 a 92 alteraram significativamente o regime então vigente, os arts. 25 a 27 da Lei nº 9.249/95 já permitiam a tributação de lucros, rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior pelas jurídicas residentes no Brasil, inclusive dos resultados auferidos por sociedades coligadas, controladas, filiais e sucursais não residentes, no balanço levantado no em 31 de dezembro de cada ano. Pode-se dizer que, com a publicação da Lei nº 9.249/95, o Brasil abandonou o princípio da “territorialidade pura”, então adotado para pessoas jurídicas<sup>48</sup>, passando a tributá-las em bases universais.

Posteriormente, após a inclusão dos §§ 1º e 2º ao art. 43 do CTN através da Lei Complementar nº 104/01, foi publicada a Medida Provisória nº 2.158-35/01, em cujo art. 74 foi prevista uma regra anti-diferimento que permitia que os lucros auferidos no exterior por controladas e coligadas fossem disponibilizados *fictamente* na data do balanço no qual eles tivessem sido apurados. O parágrafo único do referido artigo previa semelhante regra para os lucros represados no exterior até 31 de dezembro de 2001.

Inúmeras foram as vozes que se ergueram contra a referida norma anti-diferimento, ora apontando a sua afronta ao art. 43 do CTN, haja vista que não se pode tributar a renda que não tenha sido econômica ou juridicamente disponibilizada pela pessoa jurídica coligada ou controlada no exterior por um

48 Em relação às pessoas físicas, o Brasil já tributava os rendimentos auferidos no exterior em bases universais, e continua a fazê-lo na atualidade.

ato jurídico de disponibilização, o que leva à imediata ilegalidade e mediata inconstitucionalidade<sup>49</sup>, ora apontando a sua desproporcionalidade, uma vez que a norma alcança situações tanto de investimento legítimo no exterior, quanto de abuso, o que, igualmente, enseja a sua invalidade jurídica<sup>50</sup>.

Criticou-se, acima de tudo, o fato de que a Instrução Normativa nº 213/02 atribuiu efeitos fiscais para o ajuste, de natureza estritamente contábil, operada pelo método da equivalência patrimonial (MEP)<sup>51</sup>. Isto porque, enquanto instrumento de natureza meramente contábil destinado ao singelo espelhamento das variações do valor patrimonial de controladas e coligadas, o MEP jamais poderia revelar qualquer disponibilidade jurídica ou econômica. Estas dependem de atos praticados pela pessoa jurídica não residente que sejam capazes de ensejar a transferência do resultado auferido para o patrimônio da sua investidora (controladora ou coligada), tal como o crédito, a entrega, a remessa, o emprego ou o pagamento dos lucros auferidos na forma de dividendos ou reinvestimento mediante a capitalização da empresa.

Questionaram-se, ainda, os efeitos que a manutenção do sistema de tributação em bases universais dos lucros auferidos no exterior combinado com uma regra anti-diferimento desproporcionalmente ampla – capaz de atingir rendimentos passivos e ativos indistintamente, o que vai de encontro à prática internacional – possuem sobre a internacionalização produtiva das empresas nacionais, fato que contraria alguns dos princípios que orientam a Ordem Econômica Constitucional<sup>52</sup>.

49 Cf. FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. Disponibilidade: CTN art. 43. *Revista de Direito Tributário (RDT)*, São Paulo, Malheiros, n. 91, 2001; OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Op. cit., 2008, p. 334-338; XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 402; BIANCO, João Francisco. *Transparência fiscal internacional*. São Paulo: Dialética, 2007. p. 80-83; GODOI, Marciano Seabra. O imposto de renda e os lucros auferidos no exterior. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002. v. 6. p. 277-289; SILVA, Sérgio André Rocha G. da. Transparência fiscal no direito tributário brasileiro. *Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT)*, São Paulo, Dialética, n. 99, 2003, p. 118-121; CARDOSO, Daniel Gatschnigg. A “CFC legislation” brasileira e os impactos na competitividade internacional. *Repertório de Jurisprudência IOB*, n. 3, v. I, 2006, p. 122.

50 SCHOUEIRI, Luís Eduardo. Transparência fiscal internacional, proporcionalidade e disponibilidade: considerações acerca do artigo 74 da Medida Provisória nº 2.158-35. *Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT)*, São Paulo, Dialética, n. 132, 2007, p. 39-50.

51 Cf. CEZAROTTI, Guilherme. Lucros auferidos no exterior: a tributação do resultado da equivalência patrimonial pela IN SRF nº 213/02. *Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT)*, São Paulo, Dialética, n. 97, 2003; GONÇALVES, José Artur Lima. Equivalência patrimonial e imposto sobre a renda. *Revista de Direito Tributário (RDT)*, São Paulo, Malheiros, n. 100, 2008; GONÇALVES, José Artur Lima. Imposto de renda sobre o lucro das coligadas e controladas estabelecidas no exterior. *Revista de Direito Tributário (RDT)*, São Paulo, Malheiros, n. 87, 2001.

52 Cf. PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. O regime brasileiro de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior e a ordem econômica constitucional. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, Dialética, v. 210, 2013, p. 128-142; PEREIRA, Roberto Codorniz Leite. *O regime brasileiro de tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior: um estudo empírico sobre as suas causas e efeitos*. Dissertação apresentada como requisito para a conclusão do mestrado em Direito

Todas as questões apontadas acima foram levadas ao Supremo Tribunal Federal (STF), através da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) 2.588-1. Na ocasião do seu julgamento, a Suprema Corte declarou, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante<sup>53</sup>: (i) a inconstitucionalidade do art. 74 da Medida Provisória nº 2.158-35/01, para todas as hipóteses em que sociedades *coligadas* (sem poder de controle) não sejam residentes em países de tributação favorecida (paraísos fiscais); e (ii) a constitucionalidade do dispositivo questionado, nas hipóteses em que sociedades *controladas* sejam residentes em países com tributação favorecida.

No tocante às situações intermediárias – *i.e.*, sociedade coligada residente em país com tributação favorecida e sociedade controlada residente em país sem tributação favorecida – não houve maioria suficiente para que se pudesse decidir a questão. Isto porque, como a discussão no STF levou incrivelmente mais de 10 anos, muitos dos ministros que haviam entregado os seus votos logo que o processo ingressou na Suprema Corte já haviam se aposentado, tendo sido substituídos por outros. Logo, não foi possível que fosse dada continuidade aos debates para que se chegasse a uma decisão única e coesa sobre o tema.

Destaque-se que, diversamente do que possa parecer à primeira vista, o STF jamais permitiu que houvesse a tributação da renda auferida no exterior na ausência da sua disponibilização. A tributação automática de lucros auferidos por sociedade controlada residente em paraíso fiscal foi considerada constitucional haja vista que, neste caso específico, a sociedade controlada não detém verdadeira autonomia enquanto entidade juridicamente distinta, já que tais jurisdições fiscais permitem, em razão das suas legislações societárias, a fácil manipulação de resultados por ela auferidos, por parte da sua controladora. Em outras palavras, inexistem dois patrimônios juridicamente autônomos nestas circunstâncias. Daí ser proporcional à finalidade de se evitar situações abusivas de elisão fiscal internacional que, nestas hipóteses, se aplique a regra anti-diferimento.

Situação diametralmente oposta, no entanto, ocorre quando se trata de uma mera sociedade coligada residente em país de tributação regular, para a qual o STF prontamente reconheceu a independência entre as entidades jurídicas, bem como o seu patrimônio, tendo prontamente declarado a inconstitucionalidade da norma questionada.

pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, Brasil, 2012. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10165/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado\\_Vers%C3%A3o%20Protocolo%20Final.pdf?sequence=1](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10165/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20Mestrado_Vers%C3%A3o%20Protocolo%20Final.pdf?sequence=1)>.

53 Veja-se, além da ADI 2.588-1, que tramitou perante o Supremo Tribunal Federal, também a Solução de Consulta Interna Cosit nº 18, de 8 de agosto de 2013, que reflete, nos seus parágrafos 22 e 22.1 (página 05), com precisão o resultado a que se chegou ao final da referida discussão judicial.

Posteriormente, com a publicação da Lei nº 12.973/2014, o legislador tributário buscou positivar a perspectiva então defendida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), exteriorizada por meio da Solução de Consulta Interna Cosit nº 18/2013, segundo a qual, no tocante aos lucros auferidos por sociedades controladas residentes no exterior, o objeto da tributação consistiria no acréscimo patrimonial reflexo proporcional à participação detida – o “ajuste do valor do investimento em controlada direta ou indireta” – gerado na controladora, tomando-se como mero referencial de cálculo o lucro auferido no exterior (cf. art. 77, *caput*). No lugar, entretanto, de positivar o emprego do MEP, o legislador houve por bem oferecer à tributação, no Brasil, a parcela correspondente aos lucros auferidos no exterior pelas controladas, mesmo indiretas. Enquanto o MEP, partindo do conceito de *unitary taxation*, expurga de seu cálculo as transações entre empresas do mesmo grupo, a opção do legislador de 2014 foi pela *separate entity*, que toma os lucros de cada empresa, isoladamente. Quanto às coligadas residentes no exterior; o legislador não apenas deixou claro que o objeto do regime são os lucros auferidos no exterior como também adotou, como regra, o regime de diferimento (cf. art. 81, *caput*). Da nossa parte, entendemos que a tentativa de se atribuir, novamente, efeitos fiscais a lucros não disponibilizados contraria o disposto do art. 43, *caput*, do CTN, fundamentalmente, pelas mesmas razões anteriormente apontadas.

Ademais, há um fator adicional que deverá ser levado em consideração. Os arts. 25 a 27 da Lei nº 9.249/95 jamais foram revogados expressa ou tacitamente, mesmo após a publicação da Lei nº 12.973/2014, razão pela qual eles permanecem plenamente em vigor. Destaque-se, neste ponto, uma sutileza importante que não pode passar despercebida: ao passo em que o § 1º do art. 25 determina que “os rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior serão computados na apuração do *lucro líquido* das pessoas jurídicas”, os §§ 2º e 3º, ao tratarem das controladas e coligadas, determinam que os respectivos lucros sejam “computados na apuração do *lucro real*”.

A utilização ora da expressão *lucro líquido* ora *lucro real* não é mero acaso ou fruto de falta de precisão técnica por parte do legislador tributário. Antes disso, ao se referir à expressão *lucro líquido*, o legislador claramente adotou a premissa de que os rendimentos e ganhos de capital auferidos no exterior, quando não auferidos mediante pessoa jurídica (coligada ou controlada), se incorporam diretamente ao patrimônio jurídico da pessoa residente no Brasil. Do contrário, os referidos rendimentos e ganhos de capital não seriam incorporados diretamente ao seu lucro líquido, i.e., dele não fariam parte.

Raciocínio oposto, no entanto, é observado no caso das sociedades controladas e coligadas residentes no exterior; para estas últimas, o legislador tributário determinou que os seus lucros fossem incorporados ao lucro real da sociedade investidora em absoluto respeito à sua independência jurídica e patrimonial das

entidades jurídicas. Afinal, uma sociedade controlada ou coligada (investida) é uma entidade juridicamente distinta e independente da figura da sua investidora (*i.e.*, é um centro de imputação de direitos e obrigações distinto, possui patrimônio independente do patrimônio da sua controladora). Logo, não faria sentido algum determinar que a adição dos lucros apurados pela sociedade controlada ou coligada fosse realizado diretamente ao lucro líquido da sociedade investidora.

Esta distinção de tratamento, já apontada em artigo publicado anteriormente<sup>54</sup>, demonstra a intenção do legislador tributário em respeitar a independência entre as pessoas jurídicas das sociedades investidora e investidas, o que só vem a reforçar, em primeiro lugar, que o que se exige é a prática de um ato jurídico de disponibilização da renda auferida no exterior – *i.e.*, o crédito, a entrega, a remessa, o emprego ou o pagamento, e, em segundo lugar, que o MEP jamais poderia revelar qualquer disponibilidade capaz de levar à incidência tributária. Este raciocínio se aplica tanto ao Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ), quanto à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL).

### **3 A Compatibilidade dos Tratados Internacionais para a Troca de Informações com o Ordenamento Jurídico Brasileiro, a Cláusula de *Tax Sparing* e o Conceito de Estabelecimento Permanente (Resposta à Questão 3)**

A resposta para a presente questão envolverá o enfrentamento de três questões distintas: (i) a compatibilidade das convenções internacionais celebradas para a troca de informações com o ordenamento jurídico brasileiro; (ii) a atualidade da relevância da cláusula de *tax sparing* em convenções celebradas para evitar a dupla tributação; e (iii) a possibilidade de o Brasil vir a incorporar o novo conceito de estabelecimento permanente proposto pela OCDE no ordenamento jurídico nacional.

#### **I – Compatibilidade dos Tratados Celebrados para a Troca de Informações com o Ordenamento Jurídico Brasileiro**

Primeiramente, entendemos oportuno destacar que as cláusulas que preveem a troca de informações em matéria tributária podem ser encontradas em três tipos de convenções distintas celebradas pelo Brasil até os dias de hoje:

“(i) as convenções celebradas para evitar a dupla tributação da renda (*Double Taxation Conventions* – DTC) que, atualmente, totalizam 34, as quais possuem o artigo 26 da

54 SCHOUEIRI, Luís Eduardo. Lucros no exterior e acordos de bitributação: reflexões sobre a Solução de Consulta Interna n. 18/2013. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, Dialética, v. 219, 2013, p. 67-77.

Convenção Modelo da OCDE, que prevê a troca de informações para fins fiscais entre os Estados Contratantes;

(ii) as convenções bilaterais relativas à troca de informações em matéria tributária (*Tax Information Exchange Agreements – TIEA*); e

(iii) a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária (*Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters – MCMAA*), a qual, após o depósito do respectivo instrumento de ratificação em 01.06.2016, entrou em vigor em 31.10.2016.<sup>55</sup>

As diversas fontes normativas apontadas acima, bem como o próprio fato de que o Brasil é um dos 149 membros atuais do Fórum Global de Transparência e Troca de Informações para Fins Fiscais<sup>56</sup>, só vem a confirmar que o Brasil, de fato, está engajado no movimento global de promoção da transparência e da troca de informações fiscais entre as diversas Administrações Tributárias.

O Brasil – assim como qualquer outro Estado – é soberano para celebrar convenções em matéria fiscal de modo a limitar a sua jurisdição fiscal ou, ainda, para a autoimposição de obrigações tributárias de caráter instrumental perante outros Estados. A Constituição Federal não restringe que o Brasil se autoimponha obrigações na esfera internacional. Muito pelo contrário: a Constituição Federal expressamente reconhece a inserção do Brasil na ordem jurídica internacional ao prever, como competência privativa do Presidente da República, no seu art. 84, inciso VIII “celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”.

O ponto que, a nosso ver, enseja maiores questionamentos acerca da adequação das convenções apontadas acima com o ordenamento jurídico nacional está na necessária proteção que deve ser conferida aos direitos dos contribuintes no tocante às informações mantidas pela Administração Fiscal a seu respeito e, em especial, quando da realização da troca de informações com as demais Autoridades Fiscais.

A Constituição Federal prevê, em seu art. 5º, inciso LIV, o *princípio do devido processo legal*, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Partindo-se da premissa de que a tributação é um instrumento que, caso não seja adequadamente utilizado, pode levar à privação indevida do direito de propriedade do contribuinte, hipótese em que haveria o confisco do seu patrimônio, deve-se concluir pela aplicação do referido princípio à esfera tributária.

55 Disponível em: <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2016/junho/brasil-ratifica-a-convencao-multilateral-e-tera-amplo-acesso-a-informacoes-tributarias-do-exterior>>.

56 Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/transparency/about-the-global-forum/members/>>.

O princípio do devido processo legal pode ser observado a partir de dois aspectos distintos: (i) princípio do devido processo legal substantivo; e (ii) o princípio do devido processo legal procedimental. No primeiro, encontram-se todos os princípios e garantias previstos pelos arts. 145 a 156 da Constituição Federal, que disciplinam o “Sistema Tributário Nacional” – e.g., Princípio da Legalidade, Princípio da Capacidade Contributiva, Princípio do Não-Confisco, Princípio da Anterioridade, Princípio da Irretroatividade, entre outros. No segundo, encontram-se todos direitos procedimentais aos quais o contribuinte faz jus durante e após a conclusão do procedimento de lançamento do crédito tributário, a saber: o direito de petição, o direito de apresentar defesa, o direito a um julgamento justo, o direito de ser previamente notificado e de ter acesso aos autos do processo, o direito à presunção de inocência, entre outros.

Em se tratando, especificamente, da troca de informações entre Administrações Fiscais, o princípio do devido processo legal em seu aspecto procedimental se faz presente em dois momentos distintos, tal como apontado em dois estudos anteriores publicados sobre o tema<sup>57</sup>.

O primeiro deles se dá antes mesmo da troca de informações, ocasião em que as autoridades fiscais detêm as informações fiscais obtidas do contribuinte. Neste momento, entendemos que aos contribuintes deve ser assegurado o direito de ter acesso às suas informações fiscais, bem como de corrigi-las em todas as hipóteses em que tais informações não reflitam a realidade. Estes direitos assumem especial relevância diante do vertiginoso desenvolvimento recente da tecnologia da informação e da consequente predominância do uso, pelas administrações tributárias, de sistemas digitais de armazenamento de dados dos contribuintes. O uso do *habeas data* e da Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) são, a nosso ver, importantes instrumentos que podem ser manejados pelos contribuintes para obter acesso às suas informações mantidas pela Administração Fiscal<sup>58</sup>.

O segundo momento em que o princípio do devido processo legal encontra a sua aplicação ocorre no momento da efetiva troca de informações entre as Administrações Fiscais dos Estados Contratantes. Neste momento, entendemos que aos contribuintes deve ser assegurado o direito de serem previamente notificados e de participarem no procedimento de intercâmbio de informações, pois,

57 Cf. SCHOUERI, Luis Eduardo; GALENDI Jr., Ricardo André. Human rights and taxation: due process of law and transparency under the Brazilian Constitution. In: JIMÉNEZ, César Alejandro Ruiz (Coord.). *Derecho tributario y derechos humanos: diálogo en el México y el mundo*. Tirant lo Blanch: Ciudad de México, 2016, p. 468-471; e SCHOUERI, Luis Eduardo; BARBOSA, Matheus Calicchio. Da antfese do sigilo à simplicidade do sistema tributário: os desafios da transparência fiscal internacional. In: SANTI, Eurico Marco Diniz de (Coord.). *Transparência fiscal e desenvolvimento: homenagem ao Professor Isaias Coelho*. São Paulo: Fiscosoft, 2013.

58 SCHOUERI, Luis Eduardo; GALENDI Jr., Ricardo André. 2016. Op. cit., p. 472-483.

do contrário, não é possível assegurar o adequado controle da atividade realizada pela Administração Tributária, tampouco que o conteúdo das informações seja fidedigno.

Os direitos arrolados acima, aos quais os contribuintes fazem jus, assumem especial relevância quando se trata da troca *automática* de informações para fins fiscais, em vez da troca nas modalidades *a pedido* ou *espontânea*, haja vista que os controles existentes sobre o conteúdo das informações trocadas são muito reduzidos, aumentando o risco, por exemplo, de que informações relativas ao negócio ou a segredos industriais sejam, equivocadamente, enviadas, ferindo o direito à liberdade negocial do contribuinte.

Não trataremos, nesta resposta, dos possíveis questionamentos que a possibilidade de quebra de sigilo bancário do contribuinte mediante mero requerimento administrativo, nos moldes previstos pelo art. 6º da Lei Complementar nº 105/01, é capaz de ensejar frente aos incisos X e XII do art. 5º da Constituição Federal, os quais preveem o direito ao sigilo bancário do contribuinte, em vista da recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no sentido de declarar o referido dispositivo legal em plena conformidade com a Magna Carta<sup>59</sup>.

Assim, entendemos que, na ausência de quaisquer mecanismos jurídicos que sejam capazes de assegurar ao contribuinte a possibilidade de acesso às informações mantidas pela Administração Fiscal em sua base de dados e a sua eventual correção em caso de erro, bem como o direito de ser notificado e participar do processo de troca internacional de informações fiscais<sup>60</sup>, a troca de informações fiscais de contribuintes residentes no Brasil realizada com fundamento nas convenções fiscais apontadas anteriormente padecerá de vício de validade jurídica frente à ordem jurídica interna.

## II – Atualidade das Cláusulas de *Tax Sparing* e *Matching Credit*

A nosso ver, as cláusulas de *tax sparing* e *matching credit* permanecem atuais no Direito Tributário Internacional enquanto mecanismo hábil, em primeiro lugar, a delimitar a jurisdição fiscal dos Estados, e, em segundo lugar, a promover o estímulo ao investimento em países em desenvolvimento, na forma de investimento estrangeiro direto (*foreign direct investment* – FDI).

Com efeito, há cláusulas de *tax sparing* e *matching credit* em parte bastante expressiva das 34 convenções celebradas pelo Brasil com outros países para evitar a dupla tributação da renda, sobretudo nos tratados celebrados nos anos 1960 e 1970, com países notoriamente desenvolvidos. O tema é, portanto, de

59 STF, Recurso Extraordinário 601.314/SP, Rel. Min. Edson Fachin, 18.02.2016.

60 Veja-se, também, a este respeito: ROCHA, Sérgio André. *Troca de informações para fins fiscais*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

grande importância para o Brasil, bem como para países em desenvolvimento de um modo geral.

Antes, no entanto, que formulemos o nosso posicionamento sobre o tema, é fundamental que se tenha uma compreensão mais detalhada das perspectivas das principais organizações internacionais relevantes sobre o tema (OCDE e ONU), bem como das possíveis consequências que as cláusulas de *tax sparing* podem possuir, atualmente, sobre o fenômeno denominado de *base erosion and profit shifting* (BEPS).

Iniciando pela perspectiva da OCDE, importa chamar atenção, como ponto de partida, para o relatório publicado pela organização em 23 de outubro de 1997, denominado *Tax Sparing: a Reconsideration*<sup>61</sup>. Através do referido relatório, a organização adotou uma postura crítica em relação às cláusulas de *tax sparing* e recomendou que os países reconsiderassem a postura até então adotada quando da negociação de convenções internacionais, de modo a passarem a aceitar tais cláusulas somente após uma rigorosa avaliação.

Em síntese, a organização formulou as seguintes críticas às cláusulas de *tax sparing*<sup>62</sup>: (i) o potencial uso abusivo de tais cláusulas; (ii) a baixa efetividade da cláusula de *tax sparing* enquanto instrumento de ajuda externa para a promoção do desenvolvimento econômico do Estado da fonte de produção (normalmente, um país em desenvolvimento); e (iii) preocupações gerais relativas à forma através da qual as cláusulas de *tax sparing* estimulam o desenvolvimento dos Estados de fonte de produção.

No tocante aos dois últimos argumentos apontados acima, a organização alega que as cláusulas analisadas poderiam estimular o efeito carona – *free rider behavior* – dos investidores internacionais, haja vista que a variável tributária seria apenas um dos fatores que influenciam na sua decisão, mas não seria o mais decisivo deles (*i.e.*, a internacionalização produtiva seria motivada principalmente por questões de mercado, tais como o acesso à mão de obra, a matérias-primas e ao mercado consumidor), de modo que o Estado de fonte, concedente do benefício fiscal, estaria a abdicar do poder de tributar sem qualquer efeito indutor adicional em termos de atração de investimentos externos<sup>63</sup>.

A organização aponta, ainda, para o suposto elevado preço que os países em desenvolvimento estariam pagando para obter cláusulas de *tax sparing* nas convenções negociadas, haja vista que eles se veriam obrigados a realizar con-

61 OECD. *Tax sparing: a reconsideration*. Paris: OECD Publishing, 1997. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264162433-en>>. Acesso em: 2 mar. 2018).

62 Vejam-se: *OECD commentaries on the model tax convention on income and capital*. Paris: OECD Publishing, 2017. Commentaries on article 23-A and 23-B, § 75, p. 403; OECD, 1997, Op. cit., p. 12, 21-31.

63 OECD, 1997, Op. cit., p. 12.

cessões de diversas naturezas quando da sua negociação – em especial, a redução das alíquotas máximas de imposto de renda retido na fonte sobre remessas de dividendos, *royalties* e juros – o que tornaria a relação custo v. benefício das referidas cláusulas muito desfavorável para a sua obtenção<sup>64</sup>.

Destaque-se, neste sentido, que a organização, atualmente, recomenda que as cláusulas de *tax sparing* e de *matching credit* sejam negociadas com maior rigor por parte dos países, devendo ser admitidas apenas quando há uma diferença bastante evidente em termos de desenvolvimento econômico entre os países que estão em negociação de uma convenção fiscal<sup>65</sup>.

A ONU, conquanto faça referência aos comentários da OCDE aplicáveis ao *tax sparing*, bem como às conclusões do relatório publicado por esta última organização em 1997, pondera, com maior imparcialidade, as visões e os interesses de países desenvolvidos e em desenvolvimento no tocante à conveniência da adoção das referidas cláusulas<sup>66</sup>. Diversamente da OCDE, a ONU se limita a estatuir que “os países permanecem livres para adotar estes incentivos para investimentos [cláusulas *tax sparing* e *matching credit*] à medida em que lhes pareça útil ou inevitável”<sup>67</sup>.

No tocante ao primeiro argumento, a questão do abuso do uso de convenções fiscais, sejam elas dotadas de cláusulas de *tax sparing* ou não, foi tratada pela OCDE através relatório final elaborado para o plano de ações nº 6 do Projeto BEPS (*preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances*)<sup>68</sup>. Na ocasião, sensível às operações de *treaty shopping*, em que a escolha da jurisdição fiscal é orientada pelo propósito preponderante de obter acesso aos benefícios previstos por convenções fiscais (o que inclui, também, as eventuais reduções de alíquota decorrentes das cláusulas de *tax sparing*), a OCDE propôs que fossem incorporadas à convenção-modelo, conjuntamente, regras de limitações de benefícios (*limitation on benefits – LOB rules*) e teste de propósito comercial (*principal purpose teste – PPT clauses*)<sup>69</sup>. Tal como o referido relatório havia sugerido, os comentários da OCDE à sua convenção-modelo foram ajustados para refletirem a nova cláusula.

64 Idem.

65 *OECD commentaries on the model tax convention on income and capital*. Paris: OECD Publishing, 2017. Commentaries on article 23-A and 23-B, § 78.1, p. 404.

66 *UN commentaries on the model double taxation convention between developed and developing countries*. New York: UN, 2011. Commentaries to article 23, “General Considerations”, §§ 1-14, p. 308-311.

67 Idem, § 12, p. 311.

68 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>>.

69 Idem, p. 20-69.

Vale lembrar, ainda, que as recomendações que são objeto do plano de ação nº 6, além de fazerem parte dos *minimum standards* do Projeto BEPS – tal como apontamos na resposta formulada à questão 1, foram contempladas pela convenção multilateral que é objeto do plano de ação nº 15 (*developing a multilateral instrument to modify bilateral tax treaties*), cuja finalidade é modificar todas as convenções fiscais celebradas pelos países signatários para “atualizá-las” de modo a nelas incluir cláusulas anti-abuso (LOB e PPT), dentre outras disposições decorrentes de outros planos de ação<sup>70</sup>.

Da nossa parte, as críticas formuladas pela OECD não procedem. Primeiramente, conforme apontou-se em artigo específico sobre o tema<sup>71</sup>, inexistem sólidas evidências empíricas de que o uso das cláusulas *tax sparing e matching credit* possui baixa efetividade na atração de investimentos; diversamente, a lógica leva à conclusão diametralmente oposta.

Ademais, deve-se ter em mente, consoante expusemos na resposta formulada para a questão 2, que a neutralidade na exportação de capitais é apenas uma das possíveis formas de se conceber a neutralidade fiscal. A neutralidade pode, também, ser alcançada sob a perspectiva da importação de capitais. Deve-se ter em mente, neste contexto, que as convenções fiscais não possuem por finalidade assegurar a neutralidade da exportação de capitais<sup>72</sup>. A sua finalidade precípua é evitar a dupla tributação através de normas de repartição de competências e dos métodos de crédito ou da isenção. A opção pelo método do crédito corrobora a neutralidade na exportação de capitais, ao passo em que a escolha pelo método da isenção leva, invariavelmente, à neutralidade na importação de capitais. Ambas as escolhas, são, neste sentido, igualmente possíveis quando da negociação de convenções fiscais.

Não há dúvidas de que as cláusulas de *tax sparing e matching credit* assumem importante função na promoção do desenvolvimento de economias menos desenvolvidas. No entanto, entendemos que é justamente esta perspectiva assistencialista das cláusulas que enseja a sua má compreensão. Antes disso, a adoção das referidas cláusulas deve ser vista como uma delimitação voluntária da jurisdição fiscal, ou seja, como a delimitação da extensão do poder de tributar de cada um dos Estados Contratantes dentro da qual ambos possuem plena

70 OECD. *Developing a multilateral instrument to modify bilateral tax treaties*, Action 15-2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, Paris: OECD Publishing, 2015. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241688-en>>.

71 SCHOUERI, Luís Eduardo. Tax sparing: a reconsideration of the reconsideration. In: BRAUNER, Yariv; STEWART, Miranda (Org.). *Tax, law and development*. 1. ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2013. p. 113-114.

72 Idem, *ibidem*.

liberdade para exercer o referido poder total ou parcialmente ou, ainda, deixar de exercê-lo, sem que haja qualquer interferência externa<sup>73</sup>.

Com relação à crítica relativa ao potencial uso abusivo das cláusulas aqui tratadas, deve-se esclarecer, em primeiro lugar, que o problema do *treaty shopping* existe independentemente de os Estados adotarem as referidas cláusulas. A própria OCDE confirma esta visão no relatório final do plano de ação n° 6, ocasião em que a organização, longe de fazer qualquer recomendação específica, deixa claro que o acesso aos benefícios oriundos das convenções em circunstância inapropriadas inclui, mas não se limita a, as cláusulas de *tax sparing* e *matching credit*. Não se pode, neste sentido, associar o uso das referidas cláusulas à prática do *treaty shopping* haja vista que este último precede ao primeiro e vai muito além dele. Em verdade, na linha do que se alegou em artigo publicado anteriormente, parece-nos mais correto que o tema do *treaty shopping* seja analisado como um todo – tal como fora feito pelo plano de ação n° 06 do Projeto BEPS – mediante a adoção das cláusulas LOB e PPT<sup>74</sup>.

No presente momento do debate, deve-se propor a seguinte questão: Teria a realidade econômica brasileira se alterado, quando comparada à realidade das décadas de 1960 a 1980, a ponto de não se justificar mais a adoção de cláusulas de *tax sparing* e *matching credit* enquanto política adotada pelo país quando da negociação de novas convenções fiscais?

A nosso ver, conquanto o Brasil tenha alçado um papel de maior protagonismo internacional no âmbito econômico e seja, na atualidade, um país importador e exportador de capitais, não cremos que a mudança de realidade experimentada pelo país seja suficientemente expressiva a ponto de alterar a sua estratégia de promoção do seu desenvolvimento através de incentivos fiscais. A prática brasileira demonstra, a este respeito, que pelo menos no passado recente, o país permaneceu pródigo no uso de benefícios fiscais. Não nos manifestamos, aqui, sobre o acerto de tais medidas (a prática recente mostra que muitas distorções foram criadas por seu exagero). Apenas reconhecemos a possibilidade de o País, soberanamente, optar por tal caminho. Se é criticável o uso de incentivos para a criação de “campeões nacionais”, não parece errado reconhecer que diversas falhas de mercado (como as externalidades) podem ser corrigidas por meio de normas tributárias indutoras, desde que bem calibradas. O cerne do debate acerca das cláusulas de *tax sparing* deve ser, portanto, a conveniência da adoção de incentivos fiscais para a atração de investimento estrangeiro, bem como a importância da criação de mecanismos para que os incentivos porventura concedidos pelo Brasil sejam preservados – *i.e.*, não sejam anulados pelo Estado de residência do investidor.

---

73 *Idem*, p. 117.

74 *Idem*, *ibidem*.

Assim, uma vez aceita a premissa de que os incentivos fiscais podem ser manejados pelo legislador como instrumento de promoção do desenvolvimento nacional, o Brasil deverá continuar a lutar pela inclusão de cláusulas de *tax sparing* e *matching credit* nas convenções celebradas, como mecanismos destinados a proteger o exercício soberano, do Governo brasileiro, de conceder benefícios fiscais ou, em outras palavras, de exercer a sua soberania fiscal como bem desejar (obedecidas, obviamente, as limitações impostas pelo seu ordenamento jurídico interno).

### III – A Incorporação no Direito Pátrio do Conceito de Estabelecimento Permanente

O plano de ação nº 7 do Projeto BEPS propôs alterações recentes ao conceito de *estabelecimento permanente* até então adotado nos termos do artigo 5º da Convenção-Modelo da OCDE. O núcleo do conceito de estabelecimento permanente se encontra previsto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Convenção-Modelo da OCDE: “para os propósitos da presente convenção, o termo ‘estabelecimento permanente’ significa um local de negócios fixo através do qual um negócio ou uma empresa é total ou parcialmente conduzido”. Na sequência, os demais parágrafos exemplificam e delimitam os limites para a caracterização de um estabelecimento permanente.

Embora o plano de ação nº 7 não tenha modificado o conceito nuclear de estabelecimento permanente, diversas alterações pontuais foram sugeridas e já se encontram refletidas na nova Convenção-Modelo de 2017, bem como nos seus respectivos comentários, tendo por finalidade evitar que o contribuinte, artificialmente, seja capaz de evitar a sua caracterização no Estado de Fonte. Em brevíssima síntese, as sugestões feitas pela organização são:

(i) a alteração dos parágrafos 5º e 6º do artigo 5º da Convenção-Modelo de modo a evitar que *commissionaire arrangements* – através dos quais, apenas formalmente, o agente possui independência, ao passo em que as suas atividades revelam efetiva dependência – levem à não caracterização de um estabelecimento permanente<sup>75</sup>;

(ii) a alteração do parágrafo 4º do artigo 5º da Convenção-Modelo para que não haja dúvidas de que as hipóteses de exclusão ali previstas só se aplicam para atividades de caráter auxiliar ou preparatório, e não para atividades que

75 OECD. *Preventing the artificial avoidance of permanent establishment status, Action 7 – 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD Publishing, 2015, p. 15-28. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241220-en>>.

constituem o *core business* de diversas empresas e que, neste sentido, deveriam levar à caracterização de um estabelecimento permanente<sup>76</sup>;

(iii) a introdução da regra anti-fragmentação para evitar que operações complexas sejam segregadas artificialmente (mediante contratos) em pequenas operações que, vistas isoladamente, poderiam ter caráter meramente auxiliar e preparatório e, portanto, ensejariam a não caracterização de estabelecimento permanente<sup>77</sup>; e

(iv) a alteração dos comentários à Convenção-Modelo destinados a esclarecer que a segregação meramente contratual de atividades (*splitting-up of contracts*) deve estar sujeita à cláusula PPT do plano de ação n° 6<sup>78</sup>, tratada anteriormente.

O Brasil parece não ter, até hoje, um conceito na sua legislação interna comparável ao da OCDE. Um olhar mais atento sobre a política de celebração de convenções fiscais pelo Brasil ao longo da sua história é capaz de revelar as causas deste aparente desinteresse.

Com efeito, o país adotou como estratégia, sobretudo nas convenções fiscais celebradas durante as décadas de 1960 e 1970, a ampliação do escopo de aplicação do artigo 12 (*royalties*), de modo a nele incluir, também, os rendimentos provenientes da prestação de serviços técnicos, mediante menção expressa no protocolo de algumas dessas convenções fiscais.

Ademais, boa parte das convenções fiscais celebradas pelo Brasil se afastam da Convenção-Modelo da OCDE no artigo 14 (profissões independentes) e 21 (outros rendimentos), de modo que, quanto ao primeiro, o Estado de fonte pode tributar ilimitadamente, ficando a cargo do Estado de residência conceder crédito no valor do imposto pago ou isentar o referido rendimento, como métodos destinados a evitar a dupla tributação, e, quanto ao segundo, ambos os Estados (residência e fonte de produção) possuem jurisdição para tributar outros rendimentos não tratados pelas demais regras de alocação de competência fiscal. Some-se a isso o fato de que, no Brasil, a criação de filiais e sucursais de empresas estrangeiras está sujeita à elevada burocracia – a sua constituição encontra-se sujeita à autorização do Governo Federal – razão que torna o modelo pouco atrativo, forçando a presença física de empresas estrangeiras no Brasil através da constituição de subsidiárias propriamente.

---

76 *Idem*, p. 28-39

77 *Idem*, p. 39-42

78 *Idem*, p. 42-44.

Diante deste cenário, o conceito de estabelecimento permanente perde a sua relevância no Direito brasileiro<sup>79</sup>.

No entanto, se, mesmo diante deste contexto, venha-se a entender oportuna a adoção, no Direito brasileiro, de um conceito de estabelecimento permanente, é legítimo que o país o faça com vistas, por exemplo, à formulação da sua política de celebração de convenções fiscais futura, hipótese em que a estratégia até então adotada, deixaria de ser seguida.

Há que se considerar, ainda, a importância que o comércio digital pode desempenhar neste sentido. É notório o fato de que, atualmente, diversos agentes econômicos são capazes de manter presença econômica em determinada jurisdição fiscal, de modo a ter acesso ao mercado consumidor, através de plataformas digitais, sem, no entanto, possuir qualquer presença física<sup>80</sup>. Corre-se o risco, neste sentido, de que os lucros decorrentes da exploração do comércio digital sejam tributados exclusivamente na jurisdição fiscal de residência do agente econômico, frequentemente de baixa pressão fiscal.

A eventual reformulação futura do conceito tradicional de estabelecimento permanente – notoriamente ultrapassado e incapaz de lidar com a realidade atual do crescimento da importância do comércio digital – mediante a introdução do conceito de “estabelecimento permanente digital” (*virtual PE*), pode ser um importante atrativo para que o Brasil venha a alterar a postura historicamente adotada no tocante à figura do estabelecimento permanente.

O que importa é que qualquer conceito que venha a ser adotado no Brasil seja introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio de *lei*. É apenas através de lei ordinária que o legislador brasileiro terá a oportunidade de ou bem acatar o mesmo conceito de estabelecimento permanente presente nas convenções fiscais até o advento do Projeto BEPS, ou bem incorporar o novo conceito, ou bem, ainda, incorporar um terceiro conceito que lhe pareça mais adequado.

Caso o conceito de estabelecimento permanente, porventura adotado pelo Brasil no seu ordenamento jurídico interno, venha a ser distinto daquele previsto na convenção fiscal aplicável ao caso concreto, há que se considerar que o conceito previsto nesta última será um limite para o primeiro, haja vista que, tal como mencionamos anteriormente, a convenção internacional operará como uma máscara, tornando inaplicável o conceito adotado pela legislação naquela

79 SCHOUEI, Luís Eduardo. Brazil. In: BRAUNER, Yariv; PISTONE, Pasquale (Org.). *Brics and the emergence of international tax coordination*. 1. ed. Amsterdam: IBFD, 2015. p. 52-54.

80 Veja-se, a este respeito, o plano de ação nº 1 (*digital economy*) do Projeto BEPS: 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.

situação objetiva – *i.e.*, no que for mais largo que o conceito convencional – em razão da delimitação negativa da jurisdição fiscal pelo Brasil.

A nosso ver, o que não se pode conceber é que a introdução do conceito venha a ser realizada através do intérprete, ao invés do legislador, o que iria de encontro ao princípio da legalidade em matéria tributária. Com efeito, compete somente a este último a escolha do conceito que deverá guiar a atividade do intérprete.

#### **4 Juridicidade das Margens Pré-Determinadas de Lucro de Preços de Transferência, Aplicação do Artigo 107 do TFEU e Princípio *Arm's Length* (Resposta à Questão 4)**

A resposta à questão 4 também depende do enfrentamento de três questões diversas, porém relacionadas, a saber: (i) a adequação, com o direito brasileiro, das margens pré-determinadas de lucro da legislação de preços de transferência; (ii) a possibilidade de aplicação do artigo 107 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (*Treaty on the Functioning of the European Union* – TFEU) a acordos celebrados entre o Brasil e investidores estrangeiros ou ainda Estados Membros da União Europeia relativos à fixação de preços *arm's length*; e (iii) a necessidade de se respeitar o princípio *arm's length*. Em razão da interconexão entre as questões, analisaremos todas em um único bloco.

Primeiramente, em relação às margens predeterminadas adotadas pela legislação de preços de transferência brasileira, é o nosso entendimento de que o legislador brasileiro andou muito bem ao inovar em relação à prática internacional, mediante a previsão de margens pré-determinadas de lucro, em todos os métodos brasileiros inspirados no *resale price method*<sup>81</sup> e no *cost plus method*<sup>82</sup> tanto para importações quanto exportações. Com isso, prestigiaram-se, como em nenhum outro país, os princípios da segurança jurídica e da praticabilidade, evitando consideráveis custos tanto para a Administração Tributária quanto para os contribuintes, normalmente incorridos na demonstração da margem de lucro *arm's length* mediante a chamada “análise funcional”. Neste sentido, reafirmamos que a sua introdução no Direito Tributário brasileiro representou uma inovação muito positiva em relação às regras até então adotadas na experiência internacional. Não se trata, entretanto, de um modelo acabado. Conquanto apoiemos, com entusiasmo, o caminho seguido, enfatizamos que ainda se trata de modelo incompleto, pois não oferece transparência quanto às margens ado-

81 A saber: Preço de Revenda menos Lucro (PRL) aplicável nas importações, e Preço de Venda por Atacado no País de Destino, Diminuído do Lucro (PVA) e Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro (PVV), aplicáveis nas exportações.

82 A saber: Custo de Produção menos Lucro (CPL), aplicável nas importações, e Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro (CAP), aplicável nas exportações.

tadas (indicando critério arbitrário, inaceitável) e não se abre, como deveria, a questionamentos, quando inadequadas as margens.

Antes de passarmos para a análise da adequação das referidas margens com o Direito Tributário brasileiro e com as convenções celebradas pelo Brasil para evitar a dupla tributação da renda, importa determinar, com a profundidade devida, a natureza jurídica das normas de preços de transferência, bem como das referidas margens de lucro.

A disciplina dos preços de transferência se ancora, simultaneamente, em uma ficção e em uma presunção jurídica<sup>83</sup>. Em primeiro lugar, as regras de preços de transferência se amparam em uma ficção jurídica na medida em que negócios jurídicos pactuados entre partes vinculadas recebem o mesmo tratamento atribuído a partes independentes em condições equivalentes. Ou seja, por meio da legislação de preços de transferência, ignora-se o fato de que as partes contratantes são vinculadas, tratando-as como se fossem independentes entre si<sup>84</sup>. Em segundo lugar, observa-se que, na legislação de preços de transferência, o legislador recorreu à presunção de que terceiros independentes, atuando livremente no mercado, fixam seus preços a partir dos mesmos métodos previstos em lei para a determinação de preços-parâmetro de comparação<sup>85</sup>.

No tocante às margens de lucro, sua natureza é igualmente de presunção jurídica haja vista que o legislador também presumiu que terceiros independentes, atuando em condições normais de mercado, têm por prática adotá-las. A questão central está em saber se as referidas margens são presunções absolutas ou relativas. Neste ponto, importa ter em mente que os arts. 20 e 21, § 2º, da Lei nº 9.430/96 permitem a alteração das margens de lucro, pelo Ministro de Estado da Fazenda, de ofício ou mediante requerimento, devendo o contribuinte, neste último caso, comprovar, com base em publicações, pesquisas ou relatórios elaborados, que a margem aplicável ao seu setor de atividade econômica é diversa daquela prevista em lei. Com efeito, em virtude da existência desta faculdade, conclui-se que as margens pré-determinadas adotadas pela legislação brasileira de preços de transferência possuem natureza jurídica de *presunção relativa*. É correto, portanto, afirmar que as margens são pré-determinadas, mas não são fixas.

Do ponto de vista do direito interno, há de se questionar em que medida a adoção das referidas margens pré-determinadas poderia ferir alguma regra ou princípio jurídico aplicável. A nosso ver, em face da natureza jurídica de presunção relativa das margens de lucro adotadas pela legislação brasileira,

83 SCHOUEIRI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Dialética, 2013. p. 101.

84 Idem, ibidem.

85 Idem, p. 101-102.

afastam-se todos os questionamentos que, porventura, poder-lhes-iam ser feitos. Há, com efeito, o respeito à Capacidade Contributiva, Legalidade (haja vista que as referidas margens estão previstas em lei), Isonomia Tributária, entre outros princípios que orientam o sistema tributário nacional. Portanto, a adoção de margens pré-determinadas que podem, mediante circunstâncias específicas, ser alteradas, não é *per se* contrária ao ordenamento jurídico brasileiro.

Do ponto de vista das convenções firmadas pelo Brasil para evitar a dupla tributação da renda, impõe-se a seguinte questão: teria o legislador brasileiro se afastado do princípio *arm's length*?

Esta questão é importante, haja vista que, das 34 convenções celebradas pelo Brasil para evitar a dupla tributação, todas possuem o artigo 9º, o qual prevê o chamado princípio *arm's length*, segundo o qual as transações realizadas entre empresas associadas (partes dependentes) deverão receber o mesmo tratamento das transações realizadas entre empresas independentes em situação normal de mercado, no tocante à alocação dos lucros para fins tributários<sup>86</sup>.

Destaque-se, neste ponto, que o legislador, a toda evidência, incorporou o princípio *arm's length* quando da redação da Lei nº 9.430/96<sup>87</sup>. A sua principal virtude é concretizar a Isonomia Tributária, bem como o próprio Princípio da Capacidade Contributiva, ao assegurar que toda e qualquer transação será tributada seguindo um mesmo referencial – *i.e.*, o que terceiros independentes teriam feito em condições normais de mercado, tal com apontamos anteriormente<sup>88</sup>. No ordenamento jurídico brasileiro, o critério *arm's length* possui tamanha importância que passou a ser um critério validador de todas as disposições legais e regulamentares em matéria de preços de transferência<sup>89</sup>.

Logo, o critério *arm's length* deve ser forçosamente observado, em qualquer contexto, sob pena de descumprimento do artigo 9º das referidas convenções fiscais, o que ensejaria *treaty override* e consequente dupla tributação incompatível com as disposições convencionais.

Voltando-nos às margens pré-determinadas, entendemos, em síntese, que: tendo o legislador brasileiro resguardado a possibilidade de alteração das margens predeterminadas de lucro visando-se a ajustá-las à realidade objetiva do mercado, não devem pairar dúvidas quanto à sua plena conformidade com o *arm's length*. Neste sentido, discordamos da visão segundo a qual o legislador teria se afastado

86 OECD. *Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*. Paris: OECD Publishing, 2010. p. 31 (parágrafo 1.2).

87 Neste sentido: SCHOUERI, Luís Eduardo, 2013. Op. cit., p. 59-60; XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 354.

88 SCHOUERI, Luís Eduardo, 2013. Op. cit., p. 37.

89 Idem, p. 59-60.

do *arm's length* ao prestigiar a praticabilidade mediante a adoção das margens predeterminadas<sup>90</sup>; a adoção de uma presunção relativa, ao invés de absoluta, assegurou que as regras brasileiras de preços de transferência prestigiassem, ao mesmo tempo, o respeito ao *arm's length* e o compromisso com a praticabilidade e segurança jurídica. Como já alertamos, nosso posicionamento se condiciona à efetiva possibilidade de questionamento das margens predeterminadas, o que não se vem observando na atualidade.

Cumpre, ainda, pontuar que, recentemente, na ocasião dos debates relativos aos planos de ação nº 8, 9 e 10 do Projeto BEPS (*assure that transfer pricing outcome are in line with value creation*), o Brasil reafirmou o seu posicionamento no sentido de que as suas margens predeterminadas estão em plena conformidade com o princípio *arm's length* e continuará a adotá-las no desenho das suas normas tributárias<sup>91</sup>.

Por fim, devemos analisar a possibilidade de aplicação do artigo 107 do TFEU ao Brasil em situações em que, mediante acordos secretos nos quais são fixados preços de transferência, os Estados acabam por falsear a concorrência.

Os referidos acordos são denominados de *advanced price arrangements* (APA), através dos quais duas ou mais jurisdições fiscais podem estabelecer, de antemão, preços de transferência para determinadas transações realizadas entre as jurisdições fiscais envolvidas. Assim, tendo sido celebrado um APA entre o Brasil, de um lado, e um ou mais Estados Membros da União Europeia, do outro, este APA poderá ser considerado contrário ao artigo 107 do TFEU diante de determinadas condições específicas.

De início, importa esclarecer que o Brasil, ao menos até o presente momento, não celebrou qualquer APA com nenhuma jurisdição fiscal. Logo, o problema apontado acima existe apenas em tese.

Há duas explicações que justificam o fato de o Brasil não ter celebrado nenhum APA até o presente momento.

90 A respeito da tese segundo a qual o legislador brasileiro teria se afastado do princípio *arm's length* em razão da adoção de margens predeterminadas, confira-se: GREGORIO, Ricardo Marozzi. *Preços de transferência: arm's length e praticabilidade*. Série Doutrina Tributária. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. V. p. 308, 314-396.

91 OECD. *Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Action 8-10 – 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 185. Confira-se: "Brazil provides for an approach in its domestic legislation that makes use of fixed margins derived from industry practices and considers this in line with the arm's length principle. Brazil will continue to apply this approach and will use the guidance in this report in this context. When Brazil's Tax Treaties contain Article 9, paragraph 1 of the OECD and UN Model Tax Conventions and a case of double taxation arises that is captured by this Treaty provision, Brazil will provide access to MAP in line with the minimum standard of Action 14".

Em primeiro lugar, o Brasil prestigia de forma bastante coerente a praticabilidade na aplicação das suas regras de preços de transferência. A praticabilidade das normas brasileiras pode ser observada não apenas nas margens predeterminadas de lucro, como também na previsão de elementos de cálculo de fácil determinação, *safe harbors*, a exclusão de *royalties* da aplicação das normas de preços de transferência, e a limitação do regime brasileiro aos métodos transacionais clássicos (*i.e.*, excluem-se os métodos de comparabilidade de margens de lucro – *Transactional Net Margin Method e Profit Split*). Diante deste cenário, não deve causar surpresa o fato de ser difícil que as autoridades cheguem a um acordo.

Em segundo lugar, as Autoridades Fiscais brasileiras precisam de autorização legislativa para negociarem, com outras jurisdições fiscais a aplicação de métodos de determinação de preços de transferência distintos daqueles previstos na legislação aplicável, tornando ainda mais improvável a celebração de um APA.

Feitos estes esclarecimentos preliminares, importa traçarmos o atual panorama das discussões relativas às ajudas de Estado envolvendo APA na União Europeia.

Na atualidade, um dos maiores temas que vem sendo discutidos no âmbito do Direito Comunitário Europeu é a potencial utilização de APA como instrumentos através dos quais são concedidas ajudas de Estado incompatíveis com o artigo 107 do TFEU, justamente por afetar a concorrência entre os seus Estados Membros. Até o presente momento, inexistente jurisprudência da Corte de Justiça da União Europeia acerca desta temática específica (*i.e.*, a possibilidade de um APA se figurar como uma ajuda de Estado), não obstante sejam fartos os casos já apreciados pela corte no tocante à concessão de ajudas pelos Estados-Membros da União Europeia de modo geral. Os casos “Starbucks”, “Fiat”, “Apple”, “McDonalds”, “Amazon”, entre outros, ainda aguardam, ao menos até o momento em que este artigo foi escrito, apreciação final pela Corte de Justiça da União Europeia.

A nosso ver, parece bastante razoável supor que a adequação ao princípio *arm's length* seja capaz, também, de afastar a hipótese de concessão de ajuda de Estado incompatível com o artigo 107 do TFEU. Afinal, um dos valores fundamentais protegidos pelo princípio *arm's length* é, justamente, a isonomia tributária e a tributação em conformidade com a capacidade contributiva.

Entretanto, não podemos ignorar que, por ocasião do julgamento do presente tema, a Corte de Justiça da União Europeia venha a considerar que a isonomia em matéria tributária alcançada pelo princípio *arm's length* não seja suficiente para assegurar semelhante isonomia no campo concorrencial.

Poder-se-ia entender, neste possível cenário, pela existência de um “segundo princípio *arm's length*” aplicável ao Direito Concorrencial Europeu – bem como

ao artigo 107, parágrafo 1º – mais rígido do que aquele derivado do artigo 9º das convenções fiscais, justamente porque visa à proteção da concorrência no mercado comum europeu, e que tenha o condão de eliminar qualquer margem de apreciação das condições fática do caso concreto que, de outro modo, poder-se-iam fazer presentes quando da negociação de um APA, sem que isso levasse à fixação de um preço totalmente incompatível com o princípio *arm's length*.

Admitindo-se que venha a ocorrer a situação descrita neste segundo cenário, a escolha do método aplicável pode ser de elevada relevância para apreciação por parte da Corte de Justiça da União Europeia. Por um lado, se o método escolhido se aproximar do CUP (*Comparable Uncontrolled Price Method*) – ou seja: o método com maior fidelidade ao princípio *arm's length* por excelência – o APA poderá ser visto como compatível ao artigo 107, parágrafo 1º, do TFEU. Por outro lado, à medida em que o método empregado para elaboração do APA se afaste do princípio *arm's length* – o que ocorre com os métodos de comparabilidade de margens de lucro – aumentam-se os riscos de incompatibilidade com o artigo 107, parágrafo 1º, do TFEU, conquanto estes métodos sejam admitidos pela OCDE em suas *guidelines* como alternativas diante da impossibilidade de aplicação dos métodos transacionais tradicionais.

Voltando, novamente, as nossas atenções para as regras brasileiras de preços de transferência, poder-se-ia questionar se eventual APA, celebrado entre o Brasil e um Estado Membro da União Europeia contendo margem de lucro predeterminada específica para determinado setor econômico – em linha com a faculdade atribuída pela legislação brasileira de alteração das margens mediante demonstração específica por parte do contribuinte – poderia ser caracterizado com uma ajuda de Estado incompatível com o artigo 107 do TFEU.

A nosso ver, a oponibilidade da margem de lucro predeterminada específica para determinado setor econômico ao artigo 107 do TFEU dependerá da sua capacidade de refletir a realidade econômica objetiva – *i.e.*, a sua fidelidade ao princípio *arm's length*. Não se pode descartar, neste sentido, o risco de que as margens de lucro predeterminadas brasileiras, estabelecidas para setores econômicos específicos, venham a ser consideradas em contrariedade com o princípio *arm's length*.

### **5 Limites para a Desconsideração de Atos e Negócios Praticados pelos Contribuintes e Compatibilidade da Lista Negra da União Europeia com a Legislação Brasileira (Resposta à Questão 5)**

Por fim, chegamos à última questão que nos foi proposta para debate, composta por dois questionamentos específicos: (i) identificação dos limites da desconsideração pela administração tributária de atos e negócios jurídicos praticados pelos contribuintes; e (ii) compatibilidade da Resolução de 05.12.2017

da União Europeia – nova *black list* – com o Direito brasileiro. Estas questões serão analisadas individualmente.

### I – Limites para a Desconsideração de Atos e Negócios Jurídicos

A resposta à presente questão deve tomar, como ponto de partida, o art. 116, parágrafo único, do CTN:

“Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I – tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

II – tratando-se de situação jurídica, desde o momento em que esteja definitivamente constituída, nos termos de direito aplicável.

*Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.” (grifos nossos)*

A partir da leitura do dispositivo acima reproduzido, observa-se que o legislador autorizou que negócios jurídicos simulados fossem desconsiderados para que o fato dissimulado pudesse ser alcançado pela norma tributária em sua plenitude, condicionando-a, no entanto, aos requisitos que deveriam ser posteriormente previstos em lei ordinária.

Não nos parece, neste sentido, que a aplicação do parágrafo único do art. 116 do CTN possa ir além dos casos em que há simulação, a despeito de alguns autores vislumbrarem, no referido dispositivo, uma “norma geral antielisiva”<sup>92</sup>. A sua redação é clara e inequívoca no sentido de limitar a sua aplicação apenas aos casos de simulação.

Ainda que se admitisse que a referida norma fosse uma “norma geral antielisiva”, não se pode ignorar o fato de que esta é uma *norma de eficácia contida*, ou seja, norma cuja eficácia plena se encontra condicionada a norma superveniente que venha a regulamentá-la.

Verificando o próprio histórico legislativo subsequente à introdução do parágrafo único ao art. 116 do CTN através da Lei Complementar nº 104/01, observa-se que, através dos arts. 13 a 19 da Medida Provisória nº 66/01, buscou-se regulamentar a aplicação da suposta “norma geral antielisiva”. Ocorre que a referida Medida Provisória não foi convertida em lei no tocante aos enunciados dos referidos artigos. Consequentemente, o parágrafo único do art. 116 perma-

92 Dentre os quais: GRECO, Marco Aurélio. Constitucionalidade do parágrafo único do artigo 116 do CTN. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (Coord.). *O planejamento tributário e a Lei Complementar 104*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 194.

nece, até os dias de hoje, com a sua eficácia mitigada pela inexistência de lei ordinária que tenha regulamentado a sua aplicação.

Em artigo publicado anteriormente<sup>93</sup>, demonstrou-se que, mesmo que aceita a premissa de que o parágrafo único do art. 116 consiste na chamada “norma geral antielisiva”, a sua aplicação apenas encontraria espaço mediante a aplicação da teoria da consideração econômica. Esta, no entanto, está em linha com a chamada “jurisprudência dos conceitos” pautada no exercício de subsunção do fato à norma jurídica. O que se busca, mediante a teoria da consideração econômica, é que o legislador possa investigar se a matéria tributável é o negócio ou são os fatos que, em geral, se dão quando da celebração de negócios jurídicos ou na presença de determinado arranjo de formas jurídicas. Neste caso, são os fatos o objeto da tributação e não propriamente a roupagem que lhes tenha sido atribuída pelo contribuinte. Em outras palavras, o intérprete é convidado a investigar se a hipótese tributária de fato exige a celebração de um negócio jurídico, como pressuposto para a tributação, ou se esta se dará na ocorrência de uma série de fatos.

Entretanto, o recurso à consideração econômica encontra limites. Tendo o legislador tributário a plena liberdade para incorporar ou não a este ramo do Direito conceitos oriundos do Direito Privado, a partir do momento em que o Direito Tributário apresenta um conceito próprio e autônomo de um mesmo instituto utilizado pelo Direito Privado, já não há mais espaço para a consideração econômica construir norma de incidência que dispense aquele instituto (*i.e.*, aquele próprio do Direito Tributário). Constata-se, neste sentido, que a consideração econômica não é aplicável para desconSIDERAR situações jurídicas efetivas – *i.e.*, situações não simuladas, quando estas compõem a hipótese tributária.

Convém, ainda, destacar que a suposta “norma geral antielisiva” não pode, em nenhuma hipótese, se revestir de caráter analógico, em face do princípio da legalidade. Havendo a desconSIDERAR de atos e negócios jurídicos, não é possível substituí-los por outros fatos hipotéticos – *i.e.*, que não tenham efetivamente ocorrido. Em caso de desconSIDERAR, haverá a nova reavaliação dos fatos não considerados, aplicando-se sobre estes a lei tributária.

Em suma, no estado atual em que se encontra o ordenamento jurídico brasileiro, é apenas através da teoria da simulação oriunda do Direito Civil e da teoria da consideração econômica – devendo-se, neste último caso, obedecer aos limites apresentados acima – que o intérprete pode desconSIDERAR atos ou negócios jurídicos.

93 SCHOUERI, Luís Eduardo. Planejamento tributário: limites à norma antiabuso. *Revista de Direito Tributário Atual*, São Paulo, IBDT/Dialética, n. 24, 2010.

## II – Compatibilidade da Resolução de 05.12.2017 da União Europeia com o Direito Brasileiro

A elaboração de *black lists* – *i.e.*, “listas negras” através das quais as jurisdições fiscais enumeram os países ou dependências de tributação favorecida e os regimes fiscais privilegiados para fins da aplicação de disposições específicas da sua legislação tributária interna – se tornou comum, especialmente desde a publicação do relatório, elaborado pela OCDE em 1998, intitulado *Harmful Tax Competition – an Emerging Global Issue*<sup>94</sup>.

Através do referido relatório, a organização arrola todos os critérios necessários para a caracterização da chamada concorrência fiscal lesiva (*harmful tax competition*)<sup>95</sup>. Ao final, a organização recomenda que os países de tributação considerada “regular” façam uso de medidas unilaterais – tais como: *CFC rules*, *thin capitalisation rules*, entre outras – como forma de defesa contra a prática da concorrência fiscal lesiva praticada por determinadas jurisdições fiscais, bem como clama pela cooperação em matéria fiscal como estratégia mais efetiva de combate<sup>96</sup>. A própria elaboração de *black lists* é também recomendada pela organização<sup>97</sup>.

A adoção de *black lists* se tornou, neste sentido, uma prática relativamente comum, sobretudo entre países com maior densidade econômica – *i.e.*, aqueles que têm mais a perder com a prática global do *harmful tax competition*. O Brasil também possui uma *black list*, prevista na Instrução Normativa nº 1.037/2010. No caso do Brasil, a caracterização de um país como detentor de tributação favorecida ou possuidor de regimes fiscais privilegiados enseja *e.g.* a aplicação da legislação de preços de transferência, subcapitalização, majoração da alíquota de retenção de imposto de renda retido na fonte em remessas internacionais, condições mais rigorosas para a dedutibilidade de despesas, entre outras medidas. Ou seja: a consequência de estar presente na *black list* é a aplicação de um regime tributário mais rígido.

As *black lists* adotadas pelos países podem ensejar questionamentos quanto à sua adequação com: (i) o Princípio da Isonomia em matéria tributária previsto no ordenamento jurídico interno; bem como (ii) as convenções celebradas, seja para evitar a dupla tributação da renda, seja para a promoção do livre comércio de serviços.

94 OECD. *Harmful tax competition: an emerging global issue*. Paris: OECD Publishing, 1998.

95 *Idem*, p. 19-37.

96 *Idem*, p. 37-65.

97 *Idem*, p. 53 e 58.

Na primeira hipótese, tem-se que os contribuintes brasileiros afetados poderiam alegar que, nas transações realizadas com pessoas residentes em qualquer uma das jurisdições fiscais listadas, estar-se-ia a aplicar regime jurídico tributário distinto, desviando-se do regime normalmente aplicável às transações realizadas com as demais pessoas não residentes. Neste ponto, deve-se ter em mente que, se, por um lado, o Princípio da Isonomia em matéria tributária não permite que contribuintes em condições equivalentes recebam tratamento distinto, por outro lado, não se proíbe que contribuintes em situações distintas sejam tratados de forma diversa. Em se tratando das *black lists*, a questão está em saber se os critérios de discriminação por ela adotados estão amparados pelo ordenamento jurídico vigente.

Esta ordem de questionamentos, logicamente, só se aplica do ponto de vista do próprio país que adota a *black list*. No caso em análise, trata-se de uma Resolução proferida pelo Conselho da União Europeia, o que, obviamente, não enseja questionamentos quanto à sua adequação ao princípio da Isonomia Tributária adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Diverso é o caso da *black list* adotada pelo Brasil; esta sim poderia ensejar questionamentos relativos ao Princípio da Isonomia em matéria tributária adotado pelo Brasil.

Na segunda hipótese apontada, busca-se analisar a compatibilidade a *black list* adotada pelo país com as convenções por ele celebradas. Neste caso, questiona-se se a Resolução adotada pelo Conselho da União Europeia é capaz de contrariar quaisquer das convenções celebradas pelo Brasil com um ou mais Estados-Membros da União Europeia. Há duas categorias de convenções celebradas entre o Brasil e os países membros da União Europeia que podem ser, *em tese*, afetadas pela elaboração de *black list* europeia.

A primeira categoria corresponde às convenções celebradas para evitar a dupla tributação da renda. As referidas convenções possuem, em regra, a redação dos parágrafos 4º e 5º do artigo 24 da Convenção-Modelo da OCDE. O parágrafo 4º prevê que os juros, *royalties* e quaisquer outros rendimentos pagos por uma pessoa residente a outra pessoa não residente não estejam sujeitos a qualquer limitação, no tocante à sua dedutibilidade da base de cálculo do resultado fiscal tributável, que não seja igualmente aplicável para as mesmas transações realizadas para beneficiário residente. O parágrafo 5º prevê que não se pode atribuir tratamento discriminatório a uma empresa residente, em razão do local da residência dos sócios detentores do seu capital social. A nosso ver, *em tese*, a adoção de uma *black list* poderia ir de encontro a ambos os parágrafos apontados.

A segunda categoria corresponde ao *General Agreement on Trade in Services* (GATS), celebrado tanto pelo Brasil quanto pelos Estados-Membros da União Europeia, no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC). O acordo GATS prevê, em seu artigo 2º, a regra do tratamento da nação mais favo-

recida (*Most-Favoured-Nation Treatment*) para serviços, bem como prestadores de serviços, ao dispor que “cada Estado-Membro deverá conceder imediata e incondicionalmente a serviços e prestadores de serviços de qualquer Estado-Membro tratamento não menos favorecido do que aquele concedido para serviços e prestadores de serviços similares de qualquer outro país”.

Ao se referir a “prestadores de serviços” – e não apenas a “serviços” – o artigo 2º do acordo GATS permite que eventuais tratamentos distintos em matéria de imposto sobre a renda fossem cobertos pelo acordo, juntamente com os tributos de natureza indireta. A regra do tratamento da nação mais favorecida pode levar a questionamentos quanto à possibilidade de se atribuir tratamento mais desfavorecido a um determinado país, quando comparado aos demais, em virtude da sua inserção na *black list* elaborada.

No entanto, analisando a Resolução do Conselho da União Europeia de 05.12.2017, constata-se que nenhuma das duas potenciais incompatibilidades apontadas acima se faz presente no caso concreto, haja vista que o Brasil não está arrolado entre as 17 jurisdições fiscais arroladas em seu anexo I. Logo, a referida resolução jamais poderia ir ao encontro das convenções fiscais para evitar a dupla tributação da renda e do acordo GATS celebrado entre o Brasil e os Estados-Membros da União Europeia. Ainda que este fosse o caso, deve-se destacar que esta resolução apenas *sugere* que os Estados-Membros adotem medidas defensivas<sup>98</sup>, haja vista que, nos termos do Direito Comunitário Europeu, a tributação sobre a renda permanece compreendida em larga medida na esfera de soberania fiscal de cada Estado Membro, exceção feita a questões específicas que são objeto de harmonização entre os Estados-Membros através de diretivas específicas (*e.g. parent-subsidiary directive e interest and royalty directive*).

Analisando os critérios adotados pelo Conselho da União Europeia, intitulados como *international tax standards*, a partir dos quais avalia-se se uma jurisdição fiscal é cooperativa ou não<sup>99</sup>, identificamos que os critérios apontados dizem respeito a três questões centrais<sup>100</sup>:

(i) *Transparência*: as jurisdições fiscais devem se comprometer a implementar a troca automática de informações, ser membros do Fórum Global de Transparência e Intercâmbio de Informações para Fins Fiscais e assinar a ratificar a Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua Administrativa em Matéria Tributária ou possuir rede de convenções bilaterais que permita a troca substancial de informações;

98 Veja-se o item B.2, p. 19.

99 Veja-se o Anexo II, p. 13.

100 Veja-se o Anexo II, p. 14-16 e Anexo V, p. 23-25.

(ii) *Tributação Justa*: as jurisdições fiscais devem eliminar regimes fiscais privilegiados existentes na sua legislação, bem como os regimes fiscais possibilitem a constituição de estruturas *offshore* capazes de atrair resultados desprovidos de qualquer atividade econômica substancial;

(iii) *Medidas Anti-BEPS*: as jurisdições fiscais devem se comprometer a adotar os *minimum standards* do Projeto BEPS.

A análise dos *international tax standards* nos faz voltar à primeira questão apresentada para debate no presente Simpósio: estaria o Conselho da União Europeia propondo um conteúdo mínimo para a cooperação fiscal internacional ao qual os países deveriam aderir? Este conteúdo mínimo seria capaz de ostentar natureza de obrigação jurídica?

Se, por um lado, é certo que o Conselho da União Europeia busca, a toda evidência, estabelecer um *minimum standard* para a cooperação internacional em matéria fiscal, em linha com o que a OCDE defende, por outro lado, a sua natureza de obrigação em sentido jurídico, pautada em quaisquer uma das fontes não convencionais do Direito Internacional Público, está longe de estar clara.

### Notas Finais

Não obstante a diversidade das questões que nos foram apresentadas, é inegável a sua importância no debate atual. Esperamos que, com as respostas apresentadas – nas quais fomos obrigados a encontrar o adequado equilíbrio entre objetividade requerida e o necessário aprofundamento para a sua resposta de forma substanciada, clara e completa, tenhamos contribuído para os debates que ocorrerão na ocasião do presente Simpósio do qual temos a honra de participar.