

A Política Fiscal Internacional Brasileira: Questões Relevantes a considerar na Integração do Brasil à OCDE

The Brazilian International Fiscal Policy: Relevant Issues to consider in the Integration of Brazil into the OECD

Ricardo Alessandro Castagna

Doutorando em Direito Financeiro pela Faculdade de Direito da USP. Pesquisador visitante do Max Planck Institute, Munique, Alemanha. Mestre pela PUC/SP. Pós-graduado no MBA em Gestão Tributária pela FIPECAFI/FEA/USP. Professor de Direito Tributário do CEU Law School. Advogado em São Paulo. *E-mail*: ricardo.castagna@ceulaw.org.br.

Recebido em: 05-04-2019

Aprovado em: 06-06-2019

Resumo

O artigo visa examinar questões relevantes a serem consideradas na política fiscal internacional brasileira por força das políticas e diretrizes emanadas da OCDE nesta seara, sobretudo em razão da postulação do Brasil à condição de membro daquela entidade internacional. Esta análise passa inicialmente pela possibilidade de incorporação das diretrizes da OCDE ao direito interno brasileiro, utilizando o paradigma da força impositiva ou meramente indicativa dos comentários daquela Organização para interpretação de tratados para evitar a dupla tributação. Estabelecida essa premissa, o artigo debruça exame sobre temas que exigirão uma revisão na política fiscal internacional do Brasil frente à sua dissonância com as atuais políticas propugnadas pela OCDE, na hipótese de integração naquela Organização, com foco nos planos de ação do BEPS e no uso da cláusula *tax sparing* em tratados internacionais firmados pelo Brasil.

Palavras-chave: política fiscal internacional, troca de informações, OCDE, BEPS, *tax sparing*.

Abstract

The article aims to examine relevant issues to be considered in the Brazilian international fiscal policy due to the policies and guidelines emanating from the OECD in this area, mainly due to the postulation of Brazil to the membership of that international entity. This analysis initially involves the possibility of incorporating the OECD guidelines into Brazilian domestic law, using the tax force paradigm or merely indicative of the Organization's com-

ments on the interpretation of treaties to avoid double taxation. Having established this premise, the article examines topics that will require a review of Brazil's international fiscal policy in the face of its dissonance with the current policies advocated by the OECD, in the event of integration into that Organization, focusing on the BEPS action plans and the use of the tax sparing clause in international treaties signed by Brazil.

Keywords: international tax policy, exchange of information, OECD, BEPS, tax sparing.

Introdução

Em 30 de maio de 2017, o Brasil solicitou formalmente sua adesão à Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), com o objetivo de integrar aquela entidade que congrega os países mais ricos e desenvolvidos do globo, como Estados Unidos, Japão e países da União Europeia.

Na carta de adesão, os signatários do governo brasileiro ressaltam que a parceria do Brasil com a OCDE, que data de 1994, se aprofundou ao longo dos anos, com o registro de que o país se tornou um parceiro-chave daquela entidade em 2007 e atualmente é signatário de 31 instrumentos legais da Organização.

Com base neste histórico, o governo brasileiro considerou a adesão à OCDE como um próximo passo natural no relacionamento do país com a Organização, no seio de uma “estratégia ampla do Brasil de consolidar um caminho de desenvolvimento inclusivo e sustentável”¹.

Dentre as principais vantagens apresentadas pelos defensores dessa iniciativa para adesão àquele bloco, encontra-se o favorecimento a investimentos internacionais e às exportações, o aumento da confiança dos investidores e das empresas, e ainda, a melhora da imagem do país no exterior, favorecendo o diálogo com economias desenvolvidas. Em adição, aponta-se que países emergentes passam a contar com maior possibilidade de captar recursos no exterior a taxas de juros menores.

Na visão do governo brasileiro apresentada durante a solicitação de adesão ao bloco, este passo significaria “entrar no clube das melhores práticas internacionais”, de modo que isso “favoreceria o ambiente de negócios aos investidores, promoveria ajustes em relação à transparência e ajudaria a impulsionar as reformas no país”.

Todavia, não há consenso sobre a adesão do Brasil à OCDE. Com efeito, especialistas apontam, por exemplo, que cinco das dez economias que mais atraem Investimentos Estrangeiros Diretos (IED) no mundo, entre elas o Brasil e a China, não são membros da organização. Em adição, muitos dos instrumentos jurídicos da OCDE não são vinculantes a seus membros, que podem apresentar reservas

¹ Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/noticias/2017/junho/governo-brasileiro-solicita-ingresso-a-ocde-como-pais-membro>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

sobre determinadas questões que considerarem contrárias às suas legislações ou políticas internas.

De igual modo o bloco não impõe sanções nas hipóteses de não cumprimento de regras e diretrizes definidas em comum, o que reduz a margem de manobra da organização para exigir reformas de seus membros para alinhamento com as políticas definidas pela organização.

Os críticos mais ferrenhos da adesão ao bloco argumentam que essa medida representaria apenas uma mudança ideológica na política externa, sem maiores consequências práticas positivas, trazendo implicações importantes nas alianças com países em desenvolvimento. Um exemplo dessa externalidade seria a necessidade de abdicar da pretendida liderança brasileira entre países em desenvolvimento e pobres, reunidos no chamado grupo G77 mais a China.

O certo é que a adesão à OCDE exigiria do Brasil a implantação de mudanças legislativas para cumprir diversas regras definidas pelo bloco em matéria de concorrência, transparência e tributação. Nesta última seara, diversas medidas pertinentes à política fiscal internacional seriam demandadas, sendo que algumas delas podem ser contrárias aos interesses nacionais ou à própria legislação interna.

O presente artigo visa discorrer, de modo sucinto, a respeito de determinadas matérias pertinentes à tributação fiscal internacional que exigiriam necessariamente uma revisão no seio de procedimentos indispensáveis para adesão do Brasil à OCDE, em razão das políticas e diretrizes emanadas por aquela entidade, e tem como objetivo lançar luzes para o debate das vantagens e desvantagens tributárias de adesão à organização.

1. O direito interno e a sujeição às regras emanadas da OCDE

A primeira questão que se coloca está em definir se, 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 Shifiting*), inclusive na hipótese de constituição de um organismo tributário global.

A primeira premissa relevante a ser considerada sobre a questão é o fato de que, em relação às medidas estabelecidas pelo Plano de Ação BEPS, sequer os membros da organização estão vinculados às disposições do Plano. Para estes membros, há um “compromisso” em adotar as medidas do BEPS, dentro dos objetivos de cooperação pretendidos pela OCDE.

De igual modo, é preciso considerar que os comentários da OCDE não são vinculantes nem mesmo para seus membros, dentro dos quais se inserem as conclusões do Plano de Ação BEPS.

Sintoma eloquente desta realidade, além da própria positivação orgânica da entidade, está no descumprimento contumaz do “compromisso” de observância

das medidas do BEPS pelos Estados Unidos, membro e maior financiador da OCDE.

Para ilustrar o grau de compromisso de observância dos países sobre as diretrizes da OCDE, é válido abordar, como exemplo, a constante disputa sobre a necessidade de incorporar os Comentários da OCDE no âmbito da interpretação de tratados constantes da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados – CVDT, sobretudo aqueles comentários apresentados após a conclusão de uma convenção para evitar a dupla tributação.

Para a própria OCDE, os Comentários devem ser observados na interpretação de convenções firmadas antes ou depois da publicação das novas diretrizes, exceto se a redação da convenção celebrada previamente for claramente incompatível com a nova regra interpretativa.

De acordo com os Comentários de 2005 (OCDE, 2005, p. 16),

“Desnecessário dizer que as emendas aos Artigos do Modelo de Convenção e alterações aos Comentários que são um resultado direto destas emendas não são relevantes para a interpretação ou aplicação de convenções anteriormente concluídas, quando as disposições dessas convenções são diferentes em substância dos artigos alterados. No entanto, outras alterações ou acréscimos aos Comentários são normalmente aplicáveis à interpretação e aplicação de convenções concluídas antes de sua adoção, porque refletem o consenso dos países membros da OCDE quanto à interpretação adequada das disposições existentes e sua aplicação a situações específicas.” (Tradução nossa)²

O “Australian Taxation Office” (ATO), por exemplo, determina que os Comentários fornecem orientações importantes sobre a interpretação e aplicação do Modelo da OCDE, e por uma questão prática, muitas vezes, precisam ser considerados na interpretação de tratados para evitar a dupla tributação, pelo menos onde o texto é ambíguo, o que é inerentemente mais provável nos tratados do que na legislação doméstica geral.

De outro turno, o Modelo da Convenção da OCDE e os Comentários da OCDE poderiam ser qualificados como “Meios suplementares de interpretação”, nos termos do art. 32º do CVDT para fins de interpretação de um tratado para evitar a dupla tributação, considerando que este tratado tenha sido firmado sob o modelo da OCDE. Nas palavras de Lang e Brugger (2008, p. 32),

² No original: “Needless to say, amendments to the Articles of the Model Convention and changes to the Commentaries that are a direct result of these amendments are not relevant to the interpretation or application of previously concluded conventions where the provisions of those conventions are different in substance from the amended Articles. However, other changes or additions to the Commentaries are normally applicable to the interpretation and application of conventions concluded before their adoption, because they reflect the consensus of the OECD member countries as to the proper interpretation of existing provisions and their application to specific situations.”

“Se os Estados contratantes optaram por seguir a redação do Modelo da OCDE na elaboração de uma determinada disposição, é razoável supor que eles pretendiam que tal disposição tivesse o significado que ela tem no Modelo da OCDE, conforme delineado na versão do Comentário da OCDE que existia no momento em que o tratado foi negociado. A regra geral de interpretação do Artigo 31 (1) da VCLT estabelece, assim, a relevância do Modelo da Convenção da OCDE e do Comentário da OCDE no processo de interpretação.” (Tradução nossa)³

Os mesmos autores, no entanto, destacam dois fatores relevantes a respeito da observância dos comentários da OCDE na interpretação de tratados firmados sob seus modelos. Primeiro, que os países membros da OCDE podem formular reservas sobre as disposições da Convenção Modelo da entidade, que estão registradas nos Comentários. Pela reserva, um país membro indica que não pretende seguir o Modelo da entidade no que diz respeito a uma determinada disposição ao concluir a convenção sobre dupla tributação. Se o texto de uma disposição sugere que uma reserva foi efetivamente tomada em consideração, a reserva no Comentário é relevante para fins de interpretação. Consequentemente, o Comentário deve ser desconsiderado, na medida em que a disposição adotada desvia-se do modelo padrão. Se, no entanto, o texto segue o modelo da Organização, apesar de uma reserva ter sido introduzida por um Estado contratante, supõe-se que a Convenção Modelo e o Comentário sejam ainda relevantes, apesar de contar com menor vinculação.

Em segundo, e ainda mais relevante, os países membros também podem inserir observações sobre o Comentário da OCDE, pelas quais se indica que um país membro não concorda com a interpretação no Comentário sobre uma determinada provisão da convenção. Ao contrário de uma reserva, uma observação não expressa discordância com o texto do Modelo da entidade. Consequentemente, o texto de uma convenção sobre dupla tributação não fornece indicação sobre a pretensão dos Estados em ter uma disposição com o significado expresso na observação ou no Comentário da Organização. Nas palavras de Lang e Brugger (2008, p. 34),

“Nesse caso, o parágrafo do Comentário da OCDE, comentado pelos estados contratantes, perde relevância. A menos que os estados contratantes tenham feito observações semelhantes, deve-se confiar em material adicional (por exemplo, da negociação do tratado) para determinar o conteúdo da cláusula

³ No original: “If the contracting states chose to follow the wording of the OECD Model in drafting a certain provision, it is only reasonable to assume that they intended such a provision to have the meaning it has in the OECD Model, as outlined in the version of the OECD Commentary that existed at the time when the treaty was negotiated. The general rule of interpretation in Article 31 (1) VCLT thus establishes the relevance of the OECD Model Convention and the OECD Commentary in the interpretation process.”

do tratado em questão. Como o próprio texto do Comentário da OCDE, somente as reservas e observações existentes após a conclusão de uma convenção de dupla tributação podem ser levadas em conta.” (Tradução nossa)⁴

Estes fatores são ilustrativos para determinar que os Comentários da OCDE para interpretação de convenções não são vinculativos sequer para os membros da entidade, ainda que ditas convenções sejam redigidas sob o modelo da própria OCDE. Se é claramente adequado e recomendável que os Comentários sejam utilizados pelos Estados contratantes, não é menos correto asseverar que, exceto se não desejado, a observância às novas diretrizes interpretativas não é obrigatória e pode estar sujeita à legislação doméstica.

Igual análise foi empreendida por Bruggen (2003, p. 49):

“Tudo isso não significa que o conteúdo de uma recomendação não possa ser ou se torne vinculativo. Isso pode ocorrer de várias maneiras. Um estado é, por exemplo, livre para aceitar formalmente uma recomendação e estabelecer uma obrigação legal internacional unilateral para cumpri-la. Na ausência de tal compromisso, algumas declarações incluídas no Comentário podem ser vinculantes porque elas meramente confirmam a lei, embora normalmente com muito mais detalhes do que seria o caso com as regras mais gerais do direito internacional como o art. 31 e 32 VCLT. Vice-versa, um TDA real pode, explícita ou implicitamente, integrar uma ou mais declarações do Comentário.

[...]

Também, mas isto não é evidente, não parece haver nenhuma regra no direito internacional que impediria de fato o conteúdo de uma recomendação não vinculativa por uma organização internacional de se tornar ou constituir um contexto (ou um instrumento que é compreendido no contexto para fins de interpretação) a um tratado ou para constituir um acordo posterior no sentido do art. 31 (3) VCLT.” (Tradução nossa)⁵

⁴ No original: “In such an event, the paragraph of the OECD Commentary commented on by the contracting states loses relevance. Unless the contracting states have made similar observations, one has to rely on additional material (e.g. from the negotiation of the treaty) to determine the content of the treaty provision in question. Like the text of the OECD Commentary itself, only those reservations and observations existing upon conclusion of a double taxation convention may be taken into account.”

⁵ No original: “All this does not mean that the contents of a recommendation cannot be or become binding. This can occur in several ways. A state is for example free to formally accept a recommendation, and to establish a unilateral international legal obligation to comply with it. In absence of such an undertaking, some statements included in the Commentary may be binding because they merely confirm the law, although normally with much more detail than would be the case with the more general rules of international law such as art. 31 and 32 VCLT. Vice versa, an actual DTA may, explicitly or by implication, integrate one or more statements from the Commentary. [...] Also, but this does not go without saying, there does not seem to be any rule in international law which would *ipso facto* prevent the contents of a non-binding recommendation by an international organization from becoming or constituting context (or an instrument which is comprised

Desse modo, não há sujeição do Brasil às regras emanadas da OCDE no âmbito do BEPS, inclusive porque os próprios membros da citada entidade não apresentam tal nível de subordinação.

Em adição, o princípio da legalidade tributária estatuído no art. 150, I, da Constituição Federal exige que lei específica promova a inovação no ordenamento jurídico tributário, em consonância com todas as limitações materiais ao poder de tributar, definidas na mesma Carta Constitucional. Essa rigidez constitucional determina que regras do direito tributário internacional somente podem ser dotadas de força vinculante às pessoas jurídicas de direito público interno nacionais caso obedeçam ao adequado processo legislativo, com todas as amarras, limitações e objetivos do sistema tributário nacional.

Isso inclui, obviamente, o processo de incorporação de tratados e convenções internacionais ao ordenamento jurídico interno, desde sua celebração pelo Presidente da República (art. 84, VIII, da CF/1988), passando pela aprovação pelo Congresso Nacional (art. 49, I, da CF/1988), a edição do Decreto Legislativo (art. 59, VI, da CF/1988) e a ratificação pelo Presidente da República, mediante edição de Decreto, a partir de quando o tratado passa a ter executoriedade e incorpora-se no direito positivo interno.

Assim, o sistema constitucional brasileiro não exige para efeito dos tratados internacionais a edição de lei formal de acordo com a teoria dualista radical, sendo que o Brasil adotou o posicionamento da teoria dualista moderada, exigindo a aprovação do Congresso Nacional e a promulgação do Presidente da República. Destaca-se, no ponto, a posição adotada pelo STF, no julgamento da ADIn n. 1.480-DF, conforme transcrito abaixo:

“É na Constituição da República – e não na controvérsia doutrinária que antagoniza monistas e dualistas – que se deve buscar a solução normativa para a questão da incorporação dos atos internacionais ao sistema de direito positivo interno brasileiro. O exame da vigente Constituição Federal permite constatar que a execução dos tratados internacionais e a sua incorporação à ordem jurídica interna decorrem, no sistema adotado pelo Brasil, de um ato subjetivamente complexo, resultante da conjugação de duas vontades homogêneas: a do Congresso Nacional, que resolve, definitivamente, mediante decreto legislativo, sobre tratados, acordos ou atos internacionais (CF, art. 49, I) e a do Presidente da República, que, além de poder celebrar esses atos de direito internacional (CF, art. 84, VIII), também dispõe – enquanto Chefe de Estado que é – da competência para promulgá-los mediante decreto. O *iter* procedimental de incorporação dos tratados internacionais – superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado – conclui-se com a expe-

in the context for purposes of interpretation) to a treaty or to constitute a subsequent agreement in the sense of 31 (3) VCLT.”

CASTAGNA, Ricardo Alessandro. A Política Fiscal Internacional Brasileira: Questões Relevantes a considerar na Integração do Brasil à OCDE.

Revista Direito Tributário Internacional Atual nº 5. ano 3. p. 175-199. São Paulo: IBDT, 1º semestre 2019.

dição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: (a) a promulgação do tratado internacional; (b) a publicação oficial de seu texto; e (c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno.”

Não há, portanto, submissão do Brasil às diretrizes do BEPS sem a adequada incorporação destas ao direito positivo interno – embora esse tenha sido um dos argumentos expendidos pela Fazenda Nacional quando da tentativa de criar a famigerada DPLAT (cf. arts. 7º a 12 da MP n. 685/2015), que teria cumprido o objeto da Ação 12 do Plano de Ação BEPS (“Mandatory Disclosure”).

Isto não significa afirmar, por outro lado, que os Estados têm absoluta discricionariedade política (e não jurídica) em adotar ou não as ações do BEPS, em razão da globalização do capital e das tentativas de evitar a erosão de bases tributáveis nos países integrantes do G-20.

Em ensaio destinado a debater a necessidade estratégica de as economias emergentes trazerem o debate sobre o BEPS para a ordem do dia, Carvalho (2014, p. 44) assevera que, como aconteceria em uma partida de xadrez, os países de fora e membros do G8-OCDE sentam-se em frente uns dos outros, supondo-se que estão em pé de igualdade. À medida que o jogo avança, o triunfo de certos movimentos (tais como propostas para o aumento da discricionariedade do governo e o redesenho da política interna) depende inteiramente da cooperação mútua. Finalmente, com um último passo, um instrumento multilateral é produzido e os associados podem ver-se forçados não a uma derrota *per se*, mas sim a uma vitória de Pirro: afinal, qual é o ponto de aumentar a soberania tributária se não houver ninguém para taxar?

Ainda no ano de 2014, o autor já antevia que os países periféricos ao BEPS sofreriam pressão global para incorporar, em suas legislações, as diretrizes do Plano da Ação, sobretudo com um movimento de parceiros externos para a adequação de suas legislações internas nesse sentido.

Como ponderou Carvalho (2014, p. 44),

“Influenciar o redesenho da política fiscal doméstica é a conquista mais importante de todo o debate do BEPS, e há evidências de que os parceiros externos estão ajustando preventivamente seus sistemas jurídicos às preocupações levantadas pelo Plano de Ação – ou, talvez, a um nível muito maior, pela mídia. De fato, o processo de promulgar novas regras nesses países pode ser significativamente otimizado se os nacionais e seus representantes políticos associarem, ainda que de maneira imprópria, a elisão fiscal à evasão fiscal.” (Tradução nossa)⁶

⁶ No original: “To influence the redesign of domestic tax policy is the single most important achievement of the entire BEPS debate, and there is evidence that outside partners are preemptively

Esta é uma percepção recorrente nos estudos a respeito das possibilidades de efetivo êxito no atingimento dos objetivos do BEPS, sobretudo na necessidade de inclusão e inserção dos países que, historicamente, ficaram à margem da definição de políticas tributárias internacionais, assegurando efetivo diálogo com todos os países não integrantes dos grupos dominantes destas diretrizes.

Nesse sentido, Christians (2016, p. 24) assevera que o monopólio detido por um pequeno número de países ricos sobre os processos de formulação de políticas tributárias internacionais – que criaram, segundo o autor, os problemas de evasão fiscal – será impulsionado pelo BEPS, caso não seja dedicada uma atenção cuidadosa para garantir uma participação significativa dos países que, sistematicamente, são excluídos do diálogo sobre política fiscal global.

Numa visão otimista a respeito deste processo inclusivo, Christians (2016, p. 24) assim pondera:

“À medida que a OCDE passa da construção e articulação de posições de consenso para a implementação de padrões, recomendações e melhores práticas no processo BEPS, a organização está expandindo e fortalecendo as múltiplas maneiras pelas quais gerencia o discurso da política tributária global. Os relatórios de ação da BEPS são apenas o começo de um ciclo iterativo de desenvolvimento de um regime jurídico pluralista. A fase de implementação fornecerá uma rica variedade de dados para análise futura nos próximos anos.” (Tradução nossa)⁷

A mesma análise foi empreendida por Rocha (2017, p. 144), para quem a adoção das diretrizes do BEPS é consequência da universalização da tributação e do multiculturalismo, exigindo a participação dos Estados que desejem estar inseridos na troca internacional de riquezas.

Nas palavras do autor,

“Uma das tendências mais identificáveis da tributação internacional no século XXI é a padronização e o multilateralismo. Essa é a idade que os estudiosos das ciências sociais chamam de sociedade de risco.
[...]

adjusting their legal systems to the concerns raised by the Action Plan – or, perhaps to a much greater extent, by the media. In fact, the process of enacting new rules in these countries may be significantly optimized if nationals and their political representatives associate, albeit improperly, tax avoidance with tax evasion.”

⁷ No original: “As the OECD moves from building and articulating consensus positions to implementing agreed standards, recommendations, and best practices in the BEPS process, the organization is both expanding and hardening the multiple ways in which it manages global tax policy discourse. The BEPS action reports are merely the beginning of an iterative cycle of pluralistic legal regime development. The implementation phase will provide a rich array of data for further analysis in the years to come.”

Na era industrial, havia uma suposição de que aprovar uma nova lei poderia resolver qualquer problema social. Mesmo que as leis fossem pós-factuais, elas seriam capazes de lidar com os novos problemas criados pela interação social.

A sociedade de risco coloca essa noção em xeque. Uma das principais características da sociedade de risco é que existem problemas que exigem uma solução que não pode ser obtida através de qualquer intervenção isolada do legislador de um único país. Estamos nos referindo a problemas como: terrorismo; crises econômicas internacionais; tráfico internacional de drogas, armas e até pessoas; e degradação do meio ambiente, etc. Na área fiscal internacional, os melhores exemplos são a evasão fiscal internacional e o planejamento tributário agressivo, bem como os efeitos deletérios orçamentários de crises econômicas e fiscais.

[...]

A globalização, o surgimento da economia digital, a concorrência fiscal prejudicial entre os países e o novo papel dos serviços e intangíveis criaram um ambiente potencial para a evasão fiscal e o planejamento tributário agressivo.” (Tradução nossa)⁸

Diante do exposto, considerando o direito interno, somente é viável 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 Shifiting*), inclusive no caso de constituição de um organismo tributário global (multilateralismo e soberania fiscal), na hipótese de tais regras serem adequadamente incorporadas ao direito interno, mediante os processos legiferantes aplicáveis a cada espécie normativa necessária, segundo os ditames, limites e objetivos estatuídos na Constituição Federal de 1988. É de se considerar, contudo, que esta soberania para exercício do poder de tributar encontra forte influência externa, de natureza econômica e política, exigindo de países não integrantes do G-20 a adoção de mecanismos eficientes para manter a cooperação internacional em matéria tributária, sob pena de alijamento nos fluxos de capital público e privado.

⁸ No original: “One of the most identifiable trends in International Taxation in the twenty-first century is standardization and multilateralism. This is the age that social science scholars refer to as risk-society. [...] In the industrial age, there was an assumption that passing a new law could solve any social problem. Even though laws were *post-factum*, they would be able to deal with the new problems created by social interaction. Risk-society puts this notion in check. One of the major characteristics of risk-society is that there are problems that require a solution that cannot be obtained through any isolated intervention of a single country’s legislator. We are referring to problems such as: terrorism; international economic crises; international trafficking of drugs, weapons, and even persons; and degradation of the environment, etc. In the international tax area, the best examples are international tax evasion and aggressive tax planning as well as the budgetary deleterious effects of economic and fiscal crises. [...] Globalization, the emergence of the digital economy, harmful tax competition among countries, and the new role of services and intangibles have all created potential environment for tax evasion and aggressive tax planning.”

2. Atualidade da cláusula de tax sparing e da definição de estabelecimentos permanentes

Outra questão importante que se coloca está no uso da cláusula de *tax sparing*, presente em diversas convenções internacionais para evitar a dupla tributação firmadas pelo Brasil.

O *tax sparing* gera crédito fictício que servirá como parâmetro para a dedução fiscal no Estado de residência. Ou seja, o Estado de residência irá deduzir de sua arrecadação valor equivalente àquele que seria pago no Estado fonte caso não houvesse benefício fiscal algum. Sem *tax sparing*, as reduções ou isenções de impostos concedidas pelos países em desenvolvimento via renúncia fiscal, como um esquema para atrair investimentos externos, irão para o Tesouro dos países desenvolvidos, se estes exigirem que seus residentes paguem impostos sobre os rendimentos gerados no exterior.

Com efeito, a cláusula de *tax sparing* não é atual no Brasil. Conceder benefícios como “créditos presumidos” de tributos na fonte é uma tentativa de Estados em desenvolvimento de buscar incentivos através de Tratados contra a Dupla Tributação da Renda, e diversos Tratados firmados pelo Brasil que ainda possuem a cláusula são pactuados com Estados com economias menores em comparação à brasileira.

Exemplo da desatualização desta cláusula é a dificuldade que o Brasil possui em inseri-la em seus Tratados. Com efeito, os Tratados mais recentes não contêm a cláusula, porque os demais Estados não aceitam um expediente desta natureza, claramente destinado a financiar a carga tributária do outro Estado Contratante.

Desse modo, não é atual a cláusula do “tax sparing” nos tratados contra a prevenção de dupla tributação celebrados com o Brasil, na medida em que os demais Estados contratantes não mais aceitam disposição dessa natureza, cujo efeito é a transferência do encargo tributário dispensado no Brasil para o outro Estado Contratante.

Por fim, é de se questionar a possibilidade de incorporação, no ordenamento nacional, do conceito de estabelecimento permanente (EP) definido no novo direito tributário internacional.

O conceito *tradicional* do EP é o de uma instalação fixa de negócios, por meio da qual a empresa desenvolve as suas atividades no todo ou em parte. Nesta característica, o atual conceito do EP é idêntico, na medida em que também adota este elemento essencial para sua conformação.

No entanto, há duas grandes diferenças entre o conceito *tradicional* de EP e o conceito *atual*, que podem ser assim apresentadas:

- a) No conceito *tradicional*, o EP somente poderia ser instituído por um representante local, dotado de poderes para firmar contratos em nome da empresa estrangeira. Já no conceito *atual*, é apto a criar o EP aquele representante que “desempenha o papel principal na celebração de con-

CASTAGNA, Ricardo Alessandro. A Política Fiscal Internacional Brasileira: Questões Relevantes a considerar na Integração do Brasil à OCDE.

tratos”, entre outras expressões de duvidosa precisão científica;

b) No conceito *tradicional*, uma série de atividades específicas, como armazenagem de produtos, não eram suficientes para provocar a instituição de um EP. Já no conceito *atual*, todas essas atividades *só deixam de instituir um EP se forem de caráter preparatório ou auxiliar*. Este é o principal foco de problemas no conceito atual de EP, sobretudo no que se refere à dificuldade de definir o que se considera como “preparatório ou auxiliar” em cada caso concreto. Este novo conceito foi adotado no instrumento multilateral BEPS que o Brasil não firmou e, aparentemente, não pretende subscrever, e ainda assim, mesmo nesse instrumento multilateral, não é cláusula obrigatória para as partes signatárias.

O maior desafio derivado das diferenças acima apontadas é outorgar à Receita Federal do Brasil – RFB o poder quase irrestrito de definir o que se considera como “preparatório ou auxiliar”, e o que deve ser tomado como um “papel principal” do EP. Num tal cenário, seria conferida à autoridade administrativa a tarefa de preencher um elemento subjetivo da regra-matriz de incidência, uma *apreciação subjetiva* por parte da autoridade tributária que, a princípio, tem seu poder regulamentar limitado pelo princípio da estrita legalidade tributária, *ex vi* do art. 150, I, da CF/1988, mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Por essas razões, o atual conceito de estabelecimento permanente, no novo direito tributário internacional, pode ser incorporado pelo ordenamento jurídico nacional, desde que a legislação interna estabeleça parâmetros objetivos e adequados à integração dos novos elementos trazidos pelo novel conceito, especialmente para caracterização das atividades “preparatórias e auxiliares” e do “papel principal” na celebração de contratos.

3. Margens predeterminadas de lucros no controle dos preços de transferência e o art. 107 do TFUE

Outra questão relevante a ser enfrentada numa possível adesão do Brasil à OCDE está em definir a juridicidade de margens predeterminadas de lucro no controle dos preços de transferência, e a aplicabilidade do art. 107 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) sobre preços de transferência, uma vez que as maiores economias europeias integram a OCDE e, portanto, observam ao referido tratado.

A juridicidade das margens predeterminadas de lucro no controle dos preços de transferência é embasada no respeito ao princípio-garantia da segurança jurídica, ainda que ditas margens não sejam, estritamente, respeitosas à real e efetiva capacidade contributiva do sujeito passivo.

No tocante à capacidade contributiva, como anota Mirshawka (2012, p. 117), o constituinte considera que a tributação deve partir de uma comparação das ca-

pacidades econômicas de potenciais contribuintes, exigindo-se a tributação igual de contribuinte em equivalente situação. Fazendo referência à lição de Luís Eduardo Schoueri, a autora resume que, trazendo tal conceito para o campo das transações efetuadas entre partes não independentes, o papel da legislação de preços de transferência é apenas “converter” valores expressos em “reais de grupo” para “reais de mercado”, possibilitando, daí, uma efetiva comparação entre contribuintes com igual capacidade econômica.

A capacidade contributiva nos preços de transferência, como ensina Tôres (2000, p. 165), decorre da aplicação do princípio *arm's length*, que corresponde ao preço praticado no mercado entre empresas independentes, diversas, em condições equivalentes, direcionadas pela livre concorrência. Em outras palavras, o princípio corresponde ao “preço de mercado ou de livre concorrência”, ao “preço parâmetro” ou ao “preço de referência”.

No que tange à inserção do *arm's length* no direito brasileiro pela Lei n. 9.430/1996, parte relevante da doutrina afirma que o referido princípio foi recepcionado. Isso porque a função dos *arm's length* é verificar e aplicar o preço justo ou imparcial para fins de tributação, tendo tal comando fundamento no ordenamento jurídico brasileiro através dos princípios constitucionais da capacidade contributiva, da igualdade e da livre concorrência.

Nos dizeres de Carvalho (2005, p. 547),

“O preço de transferência é exatamente a forma encontrada para, verificando-se ter sido efetuada a transação entre partes vinculadas, mediante a fixação de preço diverso do de mercado, substituir o preço maculado pela influência das partes por aquele independente do vínculo, impedindo, com isso, a distribuição disfarçada de lucros e, assim, permitindo aferir-se o real montante da renda auferida, sujeita à tributação em consonância com o princípio ‘arm's length’.”

Portanto, toda vez que se verificar uma transação entre partes relacionadas que não respeite o *arm's length*, ou seja, na qual se constate a divergência entre o preço praticado e aquele de livre concorrência, deve-se aplicar os métodos previstos pela legislação, de forma a promover a efetivação do princípio, cabendo à Administração Tributária exercer o controle sobre os preços de transferência com objetivos fiscais e extrafiscais.

No entanto, mesmo em nome da segurança jurídica, a predefinição de margens de lucro para fins de aplicação dos preços de transferência deve obedecer à capacidade contributiva, e nesse mister, não pode ultrapassar o preço de mercado ou de livre concorrência, sob pena de mitigação à capacidade contributiva sem apoio em objetivo constitucionalmente definido. Conforme pondera Haret (2010, p. 43),

“Como metodologia presuntiva de fixação de valores nas relações internas de empresas interdependentes, o preço de transferência prescrito na Lei n.

CASTAGNA, Ricardo Alessandro. A Política Fiscal Internacional Brasileira: Questões Relevantes a considerar na Integração do Brasil à OCDE.

9.430/96 se apresenta como técnica antievasiva ou norma de controle tributária. A despeito da carga axiológica ser positivada em forma de *ratio legis*, os métodos de preço de transferência se submetem, tal qual toda forma de tributação, aos direitos e garantias constitucionais tal como legalidade, capacidade contributiva, vedação de confisco e devido processo legal.”

Para esta específica situação, deve-se permitir ao contribuinte, mediante processo administrativo específico, apresentar evidências de que as margens de lucro praticadas são diversas e inferiores àquelas previstas em lei, de modo a mitigar a presunção prevista pelo legislador. Esta é a permissão do art. 21, § 2º, da Lei n. 9.430/1996, segundo o qual admitir-se-ão margens de lucro diversas das estabelecidas na mesma lei, desde que o contribuinte as comprove, com base em publicações, pesquisas ou relatórios elaborados de conformidade com o disposto no mesmo artigo.

Esta disposição poderia, em tese, legitimar as presunções de margem de lucro, na medida em que daria a tais presunções um caráter relativo, sujeito à contraprova do contribuinte. No entanto, o que se verifica na prática é a extrema dificuldade – para não se afirmar a impossibilidade – de comprovação de margens de lucro diversas, tal como acima delineado, de modo a tornar letra morta a possibilidade franqueada aos contribuintes.

Em consequência, considerada a inobservância reiterada deste direito subjetivo dos contribuintes pela Administração, tem-se que a presunção das margens de lucro passa a ser absoluta, e nessa qualidade, a depender do caso concreto, pode representar ofensa à capacidade contributiva, sem o devido esteio constitucional.

Ao comentar essa impossibilidade concreta de revisão das margens, assim se manifestou Santiago (2010, p. 13):

“O resultado disso é a impossibilidade – ou, quando nada, a extrema dificuldade – de sucesso de qualquer requerimento de alteração de porcentuais, o que certamente depõe contra a validade normativa em exame, face ao exame dos princípios da capacidade contributiva e da proporcionalidade e, ainda, ao conceito constitucional de renda.”

Diante disso, a juridicidade de margens predeterminadas de lucro no controle dos preços de transferência se assenta no princípio-garantia da segurança jurídica e da capacidade contributiva, mas para tanto exige que os procedimentos estabelecidos na Lei n. 9.430/1996 para que as margens sejam contestadas pelo contribuinte tenham efetiva aplicação concreta, sob pena de inobservância direta dos citados princípios.

A questão ganha relevo quando se examina a aplicabilidade do art. 107 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) sobre preços de transferência, na medida em que muitos Estados falseiam a concorrência, mediante acordos secretos.

Referido artigo determina que,

“Salvo disposição em contrário dos Tratados, são incompatíveis com o mercado interno, na medida em que afetem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.”

O mesmo dispositivo apresenta exceções à regra geral, estabelecendo a compatibilidade de diversos incentivos financeiros com o mercado interno, como por exemplo, os auxílios de natureza social atribuídos a consumidores individuais com a condição de serem concedidos sem qualquer discriminação relacionada com a origem dos produtos, e os auxílios destinados a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários.

Trata-se de uma dúvida sobre se o Brasil poderia, mediante Soluções de Consulta, legislação ou pronunciamentos equivalentes, conceder a contribuintes “regimes especiais de preços de transferência”, ou mesmo validar parâmetros usados pelos contribuintes nessa área, como o fazem alguns Estados integrantes da União Europeia naquilo que se chama de “State Aid”.

Nesse âmbito, o art. 107 do TFUE considera que podem ser considerados compatíveis com o mercado interno: (i) os auxílios destinados a promover o desenvolvimento econômico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego, bem como o desenvolvimento das regiões referidas no art. 349 do TFUE⁹, tendo em conta a sua situação estrutural, econômica e social; (ii) os auxílios destinados a fomentar a realização de um projeto importante de interesse europeu comum, ou a sanar uma perturbação grave da economia de um Estado membro; e (iii) os auxílios destinados a facilitar o desenvolvimento de certas atividades ou regiões econômicas, quando não alterem as condições das trocas comerciais de maneira que contrariem o interesse comum.

Com base neste dispositivo do TFUE, o Estado membro poderá instituir um *State Aid*, que é assim descrito pela União Europeia:

⁹ “Artigo 349. Tendo em conta a situação social e económica estrutural da Guadalupe, da Guiana Francesa, da Martinica, da Reunião, de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin, dos Açores, da Madeira e das ilhas Canárias, agravada pelo grande afastamento, pela insularidade, pela pequena superfície, pelo relevo e clima difíceis e pela sua dependência económica em relação a um pequeno número de produtos, factores estes cuja persistência e conjugação prejudicam gravemente o seu desenvolvimento, o Conselho, sob proposta da Comissão e após consulta ao Parlamento Europeu, adoptará medidas específicas destinadas, em especial, a estabelecer as condições de aplicação dos Tratados a essas regiões, incluindo as políticas comuns. Quando as medidas específicas em questão sejam adoptadas pelo Conselho de acordo com um processo legislativo especial, o Conselho delibera igualmente sob proposta da Comissão e após consulta ao Parlamento Europeu.”

“Por que controlar os auxílios estatais?

Uma empresa que recebe apoio do governo ganha uma vantagem sobre seus concorrentes. Por conseguinte, o Tratado proíbe geralmente os auxílios estatais, a menos que tal se justifique por razões de desenvolvimento econômico geral. Para garantir que esta proibição seja respeitada e que as isenções sejam aplicadas de forma igual em toda a União Europeia, a Comissão Europeia está encarregada de garantir que os auxílios estatais estão em conformidade com as regras da UE.

O que é auxílio estatal?

Um auxílio estatal é definido como uma vantagem sob qualquer forma que seja conferida de forma seletiva a empresas por autoridades públicas nacionais. Por conseguinte, as subvenções concedidas a particulares ou medidas gerais abertas a todas as empresas não estão abrangidas por esta proibição e não constituem auxílios estatais (os exemplos incluem medidas gerais de tributação ou legislação em matéria de emprego).

Para ser um auxílio estatal, uma medida precisa ter estas características:

– houve uma intervenção do Estado ou através de recursos estatais que podem assumir uma variedade de formas (por exemplo, subsídios, juros e benefícios fiscais, garantias, participações governamentais de toda ou parte de uma empresa, ou fornecimento de bens e serviços em condições preferenciais, etc.);

– a intervenção confere ao destinatário uma vantagem seletiva, por exemplo, para empresas ou setores industriais específicos, ou para empresas localizadas em regiões específicas;

– a concorrência foi ou pode ser distorcida;

– a intervenção é suscetível de afetar o comércio entre os Estados membros.

Apesar da proibição geral dos auxílios estatais, em algumas circunstâncias as intervenções do governo são necessárias para uma economia que funcione bem e seja equitativa. Por conseguinte, o Tratado deixa espaço para vários objetivos políticos para os quais os auxílios estatais podem ser considerados compatíveis. A legislação estipula estas isenções. As leis são revistas regularmente para melhorar a sua eficiência e responder aos pedidos dos Conselhos Europeus de menos auxílios estatais, mas mais bem orientados, para impulsionar a economia europeia.” (Tradução nossa)¹⁰

¹⁰ No original: “Why control State aid? A company which receives government support gains an advantage over its competitors. Therefore, the Treaty generally prohibits State aid unless it is justified by reasons of general economic development. To ensure that this prohibition is respected and exemptions are applied equally across the European Union, the European Commission is in charge of ensuring that State aid complies with EU rules. What is State aid? State aid is defined as an advantage in any form whatsoever conferred on a selective basis to undertakings by national public authorities. Therefore, subsidies granted to individuals or general measures open to all enterprises are not covered by this prohibition and do not constitute State aid (examples include general taxation measures or employment legislation). To be State aid, a measure needs to have these features: there has been an intervention by the State or through State resources

Uma vez que o Brasil não faz parte da União Europeia, o TFUE não o impediria de conceder esses benefícios via regras de preços de transferência, desde que com respeito às garantias do contribuinte estabelecidas na CF/1988, como a igualdade tributária e a legalidade.

No entanto, um tal incentivo concedido pelo Brasil poderia violar os acordos da Organização Mundial do Comércio – OMC, dos quais o país é signatário, como já ocorreu no caso do Inovar-AUTO (conforme Disputa DS497), cujo painel concluiu que o programa impunha discriminação tributária e regulatória. A mesma questão poderia surgir com a concessão de regimes especiais de preços de transferência, caso fique caracterizada uma medida artificial para distorcer a livre concorrência internacional.

Desse modo, não é aplicável no Brasil o art. 107 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) sobre preços de transferência, uma vez que o Brasil não é signatário do referido Tratado, sendo-lhe permitida a utilização de auxílios financeiros, desde que não sejam contrários aos princípios e garantias da tributação definidos na CF/1988, bem como a outros Tratados firmados pelo Brasil, tais como aqueles regentes dos compromissos assumidos no âmbito da OMC.

Quanto ao questionado “arm’s length principle”, é preciso considerar que, como um princípio destinado a garantir a capacidade contributiva, sua mitigação pode ocorrer, no Brasil, por fundamentação constitucional, tal como é próprio dos gastos tributários.

Ao comentar a necessidade de resgatar o princípio em sua acepção original, no contexto da criação da legislação de preços de transferência, assim comentou Schoueri (2015, p. 24):

“A intenção original da legislação de preços de transferência e, portanto, da aplicação da ALS, deve ser preservada. As regras de preços de transferência destinam-se a determinar o rendimento (de mercado) tributável das entidades de acordo com sua capacidade contributiva, mas as emendas às Diretrizes da OCDE propostas na iniciativa BEPS vão muito além de tal determinação.” (Tradução nossa)¹¹

which can take a variety of forms (e.g. grants, interest and tax reliefs, guarantees, government holdings of all or part of a company, or providing goods and services on preferential terms, etc.); the intervention gives the recipient an advantage on a selective basis, for example to specific companies or industry sectors, or to companies located in specific regions; competition has been or may be distorted; the intervention is likely to affect trade between Member States. Despite the general prohibition of State aid, in some circumstances government interventions is necessary for a well-functioning and equitable economy. Therefore, the Treaty leaves room for a number of policy objectives for which State aid can be considered compatible. The legislation stipulates these exemptions. The laws are regularly reviewed to improve their efficiency and to respond to the European Councils’ calls for less but better targeted State aid to boost the European economy.”

¹¹ No original: “The original intent of transfer pricing legislation and, therefore, of the application of the ALS, must be preserved. Transfer pricing rules are intended to determine the entities’ ta-

Desse modo, os incentivos concedidos na forma de preços de transferência, pelo Brasil, poderiam ocorrer inclusive mediante a mitigação da capacidade contributiva – e, conseqüentemente, do *arm's length principle*, mas uma medida desta natureza deveria encontrar fundamento específico na CF/1988 e não atentar contra tratados firmado pelo Brasil, mesmo que inaplicável, à espécie, o TFUE.

4. A desconsideração de negócios jurídicos no âmbito da tributação internacional

Por derradeiro, mostra-se importante examinar os limites da desconsideração, pela Administração Tributária, de atos e negócios jurídicos praticados pelos contribuintes, no âmbito da tributação internacional, tal como promovido pela Resolução de 5 de dezembro de 2017 da União Europeia.

A Ação 5 do BEPS apresenta uma abordagem renovada para combater as práticas fiscais prejudiciais, e baseia-se em dois pilares principais: a exigência de atividade substancial e a necessidade de transparência – incluindo a troca de informações sobre decisões (*rulings*). De acordo com o Relatório da Ação 5, “exige-se especificamente uma atividade substancial para qualquer regime privilegiado. Analisado no contexto mais amplo do trabalho sobre a ‘BEPS’, este requisito contribui para o segundo pilar do Projeto BEPS, que consiste em alinhar a tributação com a substância, assegurando que os lucros tributáveis não possam mais ser artificialmente afastados dos países onde o valor é criado”.

Na análise dos requisitos substanciais de atividade, o Relatório foca atenção em oito tipos de regimes, nomeadamente: (i) regimes de estabelecimento permanente; (ii) regimes de sede; (iii) regimes de centros de distribuição e de serviço; (iv) regimes de financiamento e de locação; (v) regimes de gestão de fundos; (vi) regimes bancários e de seguros; (vii) regimes marítimos; e (viii) regimes de *holdings*.

No que diz respeito à transparência, o Relatório afirma que “a segunda prioridade no âmbito da Ação 5 para reformular o trabalho sobre práticas fiscais prejudiciais é melhorar a transparência, incluindo a troca espontânea obrigatória de informações sobre certas decisões (*rulings*). Este trabalho contribui para o terceiro pilar da Ação 5 do Projeto BEPS, que tem por objetivo assegurar a transparência, promovendo simultaneamente uma maior certeza e previsibilidade.”

Levando-se em conta esta definição tão ampla, pode-se dizer que as regulamentações tributárias internas do Brasil caracterizam “decisões” para os propósitos desta Ação. No entanto, as decisões brasileiras não podem ser “negociadas” com as autoridades fiscais – os contribuintes apresentam uma pergunta à Receita Federal do Brasil que, em seguida, analisa o assunto e fornece uma resposta, uma

xable (market) income according to their ability to pay, but the amendments to the OECD Guidelines proposed in the BEPS initiative go far beyond such determination.”

vez que o país não possui um procedimento de *ruling*, por meio do qual um planejamento tributário é previamente discutido com autoridades fiscais, tal como ocorre, por exemplo, na Holanda.

Em atendimento à transparência, é preciso registrar que, desde 2013, todas as decisões de consultas na esfera federal são públicas e publicadas no sítio da Receita Federal do Brasil na *internet*, bem como são vinculantes para as autoridades fiscais e, portanto, aplicam-se a todos os contribuintes na mesma situação – e não apenas aos contribuintes consulentes, conforme a Instrução Normativa n. 1.396/2013.

Os dois principais pilares da Ação 5 do Projeto BEPS, substância e transparência, são também dois pilares da atual *política tributária* do Brasil – tanto doméstica quanto internacional. No âmbito político, não se evidenciam contradições entre os objetivos da OCDE e os objetivos do Brasil nessa área.

Na seara jurídica, o Brasil incorporou parte importante das diretrizes da Ação 5 do BEPS na legislação tributária doméstica, pertinente ao controle de regimes fiscais privilegiados. Para tanto, alterou a redação do art. 2º da Instrução Normativa n. 1.037/2010, mediante a Instrução Normativa n. 1.658/2016, que relaciona países ou dependências com tributação favorecida e regimes fiscais privilegiados, incluindo neste dispositivo um parágrafo único com a seguinte redação:

“Art. 2º São regimes fiscais privilegiados: [...] III – com referência à legislação da Dinamarca, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de *holding company* que não exerçam atividade econômica substantiva; IV – com referência à legislação do Reino dos Países Baixos, o regime aplicável às pessoas jurídicas constituídas sob a forma de *holding company* que não exerçam atividade econômica substantiva; [...] Parágrafo único. Para fins de identificação de regimes fiscais privilegiados previstos nos incisos III e IV do art. 2º, entende-se que a pessoa jurídica que exerce a atividade de *holding* desempenha *atividade econômica substantiva* quando possui, no seu país de domicílio, capacidade operacional apropriada para os seus fins, evidenciada, entre outros fatores, pela existência de empregados próprios qualificados em número suficiente e de instalações físicas adequadas para o exercício da gestão e efetiva tomada de decisões relativas: I – ao desenvolvimento das atividades com o fim de obter rendas derivadas dos ativos de que dispõe; ou II – à administração de participações societárias com o fim de obter rendas decorrentes da distribuição de lucro e do ganho de capital.”

O dispositivo infralegal elege, como critério para identificação de regimes fiscais privilegiados, o critério da atividade econômica substantiva da pessoa jurídica, evidenciada por elementos próprios de uma atividade empresarial consistente e estruturada.

Ao examinar essa nova legislação à luz das diretrizes da OCDE, assim comentou Rocha (2017, p. 254):

CASTAGNA, Ricardo Alessandro. A Política Fiscal Internacional Brasileira: Questões Relevantes a considerar na Integração do Brasil à OCDE.

“Dessa maneira, em relação à esta Ação, é possível concluir o seguinte:

– O objeto da Ação 5 está alinhado com a política fiscal internacional – e doméstica – do Brasil. O País se comprometeu a adotá-la e, como visto, já alterou sua legislação nesse sentido – mesmo que a edição da Instrução Normativa nº 1.658/2016 não signifique a adoção da integralidade das recomendações da Ação 5.”

A previsão legal para regimes fiscais privilegiados ocorreu com a introdução do art. 24-A à Lei n. 9.430/1996, promovida pela Lei n. 11.727/2008, que determina a aplicação das regras de preços de transferência às operações realizadas em regime fiscal privilegiado, nas transações entre pessoas físicas ou jurídicas residentes e domiciliadas no País com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada no exterior.

Referida lei considera como regime fiscal privilegiado aquele que:

“I – não tribute a renda ou a tribute à alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento);^[12]

II – conceda vantagem de natureza fiscal a pessoa física ou jurídica não residente:

a) sem exigência de realização de atividade econômica substantiva no país ou dependência;

b) condicionada ao não exercício de atividade econômica substantiva no país ou dependência;

III – não tribute, ou o faça em alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento), os rendimentos auferidos fora de seu território;

IV – não permita o acesso a informações relativas à composição societária, titularidade de bens ou direitos ou às operações econômicas realizadas.”

Deste modo, o art. 2º da Instrução Normativa n. 1.037/2010, alterado pela Instrução Normativa n. 1.658/2016, está não apenas em consonância com a Ação 5 do BEPS, mas também encontra fundamento de validade no art. 24-A da Lei n. 9.430/1996. O que fez a Instrução Normativa n. 1.658/2016 foi, no exercício do poder regulamentar, explicitar os elementos que caracterizam a atividade econômica substantiva, tal como previsto em lei, de modo a dar maior concretude às diretrizes de substância do BEPS. À evidência, esta regulamentação fica sujeita ao controle judicial, no que toca à adequada eleição dos elementos que são próprios da substância econômica, à luz da estrita legalidade e da igualdade tributária, manifestada, mormente, na capacidade contributiva.

Sendo assim, no âmbito da tributação internacional e da Ação 5 do BEPS, a desconsideração pela Administração Tributária de atos e negócios jurídicos praticados pelos contribuintes encontra os limites imediatos definidos no art. 24-A

¹² Registre-se que, por força do art. 24-B da mesma lei, o Poder Executivo poderá reduzir ou restabelecer os percentuais de que tratam os incisos I e III do art. 24-A da Lei n. 9.430/1996.

da Lei n. 9.430/1996 e no art. 2º da Instrução Normativa n. 1.037/2010, e os limites mediatos na Constituição Federal.

Em adição, uma vez que as maiores economias europeias integram a OCDE, é de se indagar se a Resolução de 5 de dezembro de 2017 da União Europeia – quanto aos 17 países que integram a lista negra dos paraísos fiscais – mostra-se compatível com a legislação brasileira.

A primeira premissa a ser considerada é a de que a definição de paraísos fiscais e os parâmetros para esta tarefa são internacionalmente reconhecidos como integrantes da soberania fiscal, e desse modo, não sujeitos a um controle externo. Em consequência, cabe ao legislador doméstico de cada Estado estabelecer estes parâmetros, que decorrem, majoritariamente, de política fiscal, tanto quanto pertence aos mesmos Estados definir a tributação (ou não) da renda produzida em seu território.

Em razão desta premissa, aventa-se a possibilidade de incorporar, no direito positivo brasileiro, os parâmetros estabelecidos pela citada Resolução UE de 5 de dezembro de 2017, publicada para listar determinadas jurisdições como não cooperativas (“lista negra”).

Nesse contexto, pontua-se que os parâmetros eleitos pela Resolução não estão muito distantes daqueles que constam da Lei n. 9.430/1996, acima comentados. Com efeito, a Resolução UE adota três critérios principais de análise das jurisdições: transparência fiscal, regras fiscais justas e compromisso para implementar as medidas da OCDE para reduzir a otimização fiscal (tradução nossa)¹³. Estas são diretrizes que, em linhas gerais, podem ser encontradas na Lei n. 9.430/1996, com as ponderações estabelecidas na política tributária brasileira.

Isso não quer dizer, de outro turno, que a prática de criar “listas negras” não seja em si questionável. A própria lista da União Europeia sofreu fortes críticas, principalmente porque é repleta de países pobres, cujas políticas tributárias atuais não têm diferenças substanciais daquelas praticadas, por exemplo, pelos Estados Unidos.

Basta citar que, após a publicação da Resolução da UE, a entidade internacional Oxfam – que atua na redução da pobreza, da desigualdade e das injustiças em diversos países do mundo – publicou sua própria lista negra, utilizando os mesmos critérios acima comentados, mas que incluiu 35 países não pertencentes à UE e quatro países da UE não incluídos na lista daquela Comunidade: Irlanda, Malta, Países Baixos e Luxemburgo.

Nesse sentido, assim se manifestou o *International Consortium of Investigative Journalists*, por meio de Gallego (2017):

¹³ No original: Tax transparency, Fair tax rules e Commitment to implementing OECD's measures to curtail tax optimization.

“A União Europeia adotou sua primeira ‘lista negra’ de paraíso fiscal que inclui 17 estados, mas não mencionou várias das jurisdições mais secretas trazidas à luz pelos ‘Paradise Papers’.

A lista é um grupo de jurisdições em grande parte *offshore* que os estados membros da UE dizem que falharam em cumprir com a justiça fiscal e os padrões de transparência, e se recusaram a se comprometer com melhorias no futuro.

[...]

Enquanto a lista negra inclui o Panamá, que foi destacada pelos *Panama Papers* como um lugar usado tanto por políticos quanto por criminosos para ocultar ativos, omite vários grandes centros *offshore*.

Faltam vários territórios ultramarinos britânicos que ajudam ativamente as empresas multinacionais e os ricos a reduzir seus impostos. Entre eles: Bermuda, as Ilhas Virgens Britânicas e as Ilhas Cayman.” (Tradução nossa)¹⁴

Também a lista brasileira é repleta de jurisdições pequenas, despossuídas de instrumentos eficientes para atrair investimentos estrangeiros. Certamente, para estes países, a instituição de tributos sobre a renda seria um golpe final em suas já abaladas economias locais, de modo que a inserção em listas negras, por si, não promove qualquer auxílio.

Diante do exposto, é possível afirmar que a Resolução de 5 de dezembro de 2017 da União Europeia, quanto aos 17 países que integram a lista negra dos paraísos fiscais, não exige compatibilidade com a legislação brasileira (e vice-versa), na medida em que tal definição pertence à soberania fiscal de cada Estado. Sem prejuízo, as diretrizes utilizadas na citada Resolução assemelham-se àquelas adotadas pela lei brasileira, notadamente a Lei n. 9.430/1996, apesar de o resultado da análise de jurisdições ser substancialmente diverso em cada uma das listas comparadas.

5. Conclusões

A despeito de argumentos de natureza econômica e de política internacional serem utilizados para a defesa ou a crítica da pretensa adesão do Brasil à OCDE, é preciso considerar que esta medida impõe a adoção de diversas medidas regulatórias e legislativas como requisito para a entrada no bloco, com foco em ques-

¹⁴ No original: “The European Union adopted its first tax haven ‘blacklist’ that includes 17 states, but failed to mention several of the most secretive jurisdictions brought to light by the Paradise Papers. The list is a group of mostly offshore jurisdictions that EU member states say fail to meet tax fairness and transparency benchmarks and refused to commit to improvements in the future. [...] While the blacklist includes Panama, which was highlighted by the Panama Papers as a place used by both politicians and criminals alike to hide assets, it omits several major offshore hubs. Missing are several crucial British Overseas Territories that actively help multinational companies and the wealthy decrease their taxes. Among them: Bermuda, the British Virgin Islands and the Cayman Islands.”

tões sensíveis à soberania, tais como a concorrência e a tributação. A natureza destes temas plasma o debate de argumentos políticos, que encontram terreno fértil em momentos de grande polarização de ideologias.

No entanto, é certo que o exame de conveniência e oportunidade do Brasil em aderir à OCDE deve se dar acima de reduções ideológicas que em nada contribuem para o debate, empobrecendo, inclusive, o exame mais aprofundado e necessário das medidas que são exigidas dos postulantes para adentrar no bloco.

Como ponderou Stuenkel (2017),

“É preciso evitar que o Fla-Flu da política doméstica prejudique a discussão sobre a estratégia brasileira nesse novo contexto global. Ainda há quem acredite que Governos de centro-direita costumam dar prioridade às relações com o mundo rico e Governos de centro-esquerda preferem boas relações com o mundo em desenvolvimento. Tais considerações simplistas não fazem mais sentido na realidade do século 21. Afinal, a política externa tem sido bem mais pragmática do que isso.”

Transposta esta barreira simplista, é preciso ponderar que diversas medidas de política fiscal internacional propugnadas pela OCDE podem estar em confronto com a legislação brasileira ou com os interesses nacionais, sobretudo quando se examina a impossibilidade colocada pela OCDE de países emergentes utilizarem expedientes que, outrora, foram essenciais no desenvolvimento econômicos dos países desenvolvidos, tais como o uso recorrente de incentivos fiscais. Na difundida tese de Chang (2004), é nítida a pressão que o mundo desenvolvido exerce sobre os países em desenvolvimento para que adotem certas políticas e instituições hoje consideradas necessárias ao desenvolvimento econômico, mas que não foram seguidas por ele no passado.

Estas perspectivas políticas se somam aos desafios de incorporação legislativa de diversas das medidas propugnadas pela OCDE para adesão ao bloco, muitas delas representativas de uma mudança na condução da política fiscal e externa do país, sobretudo em relação aos demais países em desenvolvimento com os quais o Brasil mantém relações econômicas seculares.

Por estes motivos conjugados, a decisão de integrar a Organização deve sopesar e incluir, no exame de custos e benefícios, as demais decisões que são inerentes a esse processo, sobretudo aquelas que trazem impacto relevante na política fiscal brasileira. Reservar o exame destas medidas a um caráter meramente consequencialista pode terminar por inverter as prioridades do Estado brasileiro, sem o necessário escrutínio com os atores centrais desse jogo.

6. Referências bibliográficas

BRUGGER, Florian; e LANG, Michael. The role of the OECD commentary in tax treaty interpretation. *Australian Tax Forum* v. 23. Sydney: ATO, 2008. Disponível em: <<https://www.wu.ac.at/fileadmin/wu/d/i/taxlaw/institute/staff/publica->

- tions/langbrugger_australiantaxforum_95ff.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2018.
- CARVALHO, Lucas de Lima. Le Coup du Berger: a critique of the contribution of the emerging economies to the OECD BEPS Action Plan. *Revista Tributária das Américas*. São Paulo, fev. 2014.
- CARVALHO, Paulo de Barros. Preços de transferência no direito tributário brasileiro. In: PEIXOTO, Marcelo Magalhães; e FERNANDES, Edison Carlos (coord.). *Tributação, justiça e liberdade*. Curitiba: Juruá, 2005.
- CAVELTI, Luzius U. Automatic information exchange versus the withholding tax regime globalization and increasing sovereignty conflicts in international taxation. *World Tax Journal* v. 05, n. 02. Amsterdã: IBFD, 2013.
- CHANG, Ha-Joon. *Chutando a escada*. São Paulo: UNESP, 2004.
- CHRISTIANS, Allison. BEPS and the new international tax order. [S. l.: s. n.], 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2939867>. Acesso em: 14 nov. 2018.
- GALLEGO, Cecile S. But where is Bermuda, Luxembourg? New EU “blacklist” omits major tax havens. Disponível em: <<https://www.icij.org/investigations/paradise-papers/bermuda-luxembourg-new-eu-blacklist-omits-major-tax-havens/>>. Acesso em: 23 mar. 2018.
- HARET, Florence. Presunções e preço de transferência: exame sobre a constitucionalidade dos métodos de preço de transferência fixados nos arts. 18 a 24 da Lei nº 9.430/96. *Revista de Direito Tributário Internacional – RDTI* ano 5, n. 14. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MIRSHAWKA, Valéria Zimpeck. Preços de transferência: diferentes visões. Dissertação de Mestrado orientada pelo Professor Alcides Jorge Costa, USP, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-22042013-093407/publico/DISSERTACAO_COMPLETA_VALERIA_ZIMPECK_MIRSHAWKA.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2018.
- OECD. *Model tax convention on income and on capital: condensed version 2005*. Paris: OECD Publishing, 2005.
- _____. *Countering harmful tax practices more effectively, taking into account transparency and substance*. Paris: OECD Publishing, 2015.
- ROCHA, Sergio André. *Política fiscal internacional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- _____. The other side of BEPS: “imperial taxation” and “international tax imperialism”. In: CHRISTIANS, Allison; e ROCHA, Sergio André (coord.). *Tax sovereignty in the BEPS era*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2017.
- SANTIAGO, Igor Mauler; e LOBATO, Valter. Margens predeterminadas: um caso de confronto entre a praticabilidade e a capacidade contributiva? Exigências constitucionais para sua adoção. Disponível em: <<https://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/09/Margens-predeterminadas-um-caso-de-confronto-entre-a-praticabilidade-e-a-capacidade-contributiva.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

- SCHOUERI, Luís Eduardo. Arm's length: beyond the guidelines of the OECD. *Bulletin for International Taxation* v. 69, n. 12. Amsterdã: IBFD, 2015.
- STUENKEL, Oliver. Por que o Brasil está certo ao buscar adesão à OCDE. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/08/politica/1494280126_581128.html>. Acesso em: 21 nov. 2018.
- TÔRRES, Heleno Taveira. *Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais*. São Paulo: RT, 2000.
- VAN DER BRUGGEN, Edwin. The power of persuasion: the legal effects of the OECD commentary as a non-binding recommendation. *Intertax* v. 31, ns. 8/9. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2003. Disponível em: <https://www.dfdl.com/wp-content/uploads/2010/09/The_Legal_Effects_of_the_OECD_Commentary_as_a_Non-Binding_Recommendation_Intertax_2003.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2019.