

As Regras Recomendadas pelo *Pillar Two* e a sua Relação com o Ordenamento Jurídico Brasileiro

The Rules Recommended by Pillar Two and their Relationship with the Brazilian Legal System

Leonardo Aguirra de Andrade

Professor nos cursos de pós-graduação e mestrado do IBDT. Doutor e Mestre em Direito Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). LL.M em Direito Tributário Internacional pela *Georgetown University*. Sócio do Andrade Maia Advogados. E-mail: leonardo.aguirra@gmail.com.

Recebido em: 28-4-2023 – Aprovado em: 18-12-2023
<https://doi.org/10.46801/2595-7155.12.6.2023.2365>

Resumo

O artigo avalia a validade das regras domésticas – “regra de inclusão de renda” (*Income Inclusion Rule* – IIR) e a “regra de pagamento de tributação reduzida” (*Undertaxed Profits Rules* – UTPR) – recomendadas pela OCDE/G20, no *Pillar Two*, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, e conclui pela sua incompatibilidade em razão da contrariedade à regra de competência para tributação de renda no Brasil e pela limitação injustificada do princípio da igualdade. Conclui-se também que a IIR viola o art. 7(1) dos acordos para evitar a dupla tributação, enquanto a UTPR pode violar o referido art. 7(1) em casos específicos. Ademais, não se identificou violação pela UTPR dos arts. 9(1) e 24(4) dos acordos.

Palavras-chave: tributação internacional, *Pillar Two*, igualdade, renda líquida.

Abstract

The article assesses the validity of the domestic rules (*Income Inclusion Rule* – IIR and *Undertaxed Profits Rules* – UTPR) recommended by the OECD/G20, in the *Pillar Two*, in the light of the Brazilian legal system, and concludes that they are incompatible due to the opposition to the jurisdiction rule for income taxation in Brazil and the unjustified limitation to the principle of equality. It is also concluded that the IIR violates article 7(1) of the tax treaties, while the UTPR may violate said article 7(1) in specific cases. Furthermore, no violation was identified by the UTPR of articles 9(1) and 24(4) of the tax treaties.

Keywords: international tax, *Pillar Two*, equality, net income.

I. Introdução

A ideia de que as grandes empresas multinacionais deveriam pagar mais tributos ganhou força no debate público internacional nos últimos dez anos, in-

clusive na grande mídia¹. Os conceitos de “tax shaming”, “good reputation”, “good corporate citizen” e “tax fair share” passaram a se tornar cada vez mais comuns nas discussões sobre a injustiça de se pagar tributos em um cenário no qual alguns grandes contribuintes nada pagam a título de imposto de renda². Esse senso comum fundado no sentimento de injustiça, em alguma medida, está relacionado com a igualdade³. Em matéria tributária, o critério de aplicação da igualdade, por excelência, é a capacidade contributiva⁴. Ou seja, é justa a tributação quando aqueles que têm mais riqueza pagam mais, e não o contrário. Mas como se aplica a igualdade nesse contexto internacional e em relação às grandes multinacionais? Essa pergunta é central para o presente trabalho.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a partir de uma iniciativa do Grupo dos 20 (G20), buscou protagonizar as medidas para diagnosticar esse problema e sugerir soluções, principalmente a partir de 2013, com o projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting* – erosão da base tributável internacional e transferência de resultados). A abordagem da OCDE não foi construída respeitando as particularidades de cada ordenamento jurídico, e sim com a intenção de harmonizar o tratamento global do tema⁵.

É justamente o enfoque nos eventuais conflitos entre as soluções recomendadas pela OCDE/G20 e as normas domésticas de cada país que recebe atenção no presente trabalho. A aplicação da igualdade, enquanto valor jurídico que dá base para o sentimento de injustiça, acima mencionado, pode estar comprometida em razão da falta de justificação dos critérios de comparação adotados por tais soluções. Diante disso, faz-se pertinente examinar, com profundidade, os impactos dessas recomendações nas ordens jurídicas domésticas e a sua viabilidade jurídica, seja da perspectiva das normas locais, seja da perspectiva dos acordos para evitar a dupla tributação. Até porque tais aspectos não parecem ter sido considerados, com precisão, nos trabalhos da OCDE.

¹ BBC, *Google, Amazon, Starbucks: The rise of “tax shaming”*, maio de 2013. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/magazine-20560359>. Acesso em: 23 mar. 2023.

² DATT, Kalmen Hyman. Paying a fair share of tax and aggressive tax planning – a tale of two myths. *eJournal of Tax Research* v. 12, n. 2, novembro de 2014, p. 410-432; KRIEGER, Aline. O Impacto do *Tax Shaming* nos planejamentos tributários internacionais. In: GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sergio André. *Planejamento tributário: limites e desafios concretos*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 43-60; GRIBNAU, Hans; JALLAI, Ave-Geidi; BAKER, A. J. Good Tax Governance and Transparency: A Matter of Reputation or Ethical Motivation? *Derivatives & Financial Instruments* v. 18, n. 1. Journals IBFD, 2016.

³ CHRISTIANS, Allison; APELDOORN, Lauren Van. *Tax Cooperation in an Unjust World*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2021, p. 10.

⁴ FERRAZ, Roberto Catalano Botelho. Igualdade na Tributação – qual o critério que legitima discriminações em matéria fiscal? In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (coord.). *Princípios e Limites da Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 449-523 (447).

⁵ OECD. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD, 2013.

No diagnóstico inicial da OCDE, destacou-se que a desigualdade na tributação e a conseqüente redução na arrecadação de tributos estaria orientada pela conjunção de dois fatores: de um lado, as grandes empresas se estruturam internacionalmente para pagar menos tributos alocando os seus resultados em países com baixa ou nenhuma tributação; e, de outro lado, os ordenamentos jurídicos domésticos e os acordos para evitar a dupla tributação deixam brechas e oportunidades permitindo que grupos multinacionais paguem menos tributos. Alguns fatores adicionais teriam influenciado esse cenário, tais como (i) a disparidade nos tratamentos tributários dados por diferentes países para as mesmas materialidades, (ii) as oportunidades criadas por benefícios de acordos para evitar a dupla tributação, e (iii) a facilidade com que as multinacionais alocam e tributam os seus lucros em jurisdições com baixa carga tributária, sobretudo no contexto economia digital⁶.

Haveria, nessa leitura, uma falha no chamado sistema tributário internacional⁷, acompanhada de uma competição entre os países para atração de investimentos, que ficou conhecida como “corrida até o fundo” (*race to the bottom*)⁸. De acordo com a OCDE, as possíveis soluções para a *erosão da base tributável internacional e transferência de resultados* somente poderiam ser encontradas a partir do alinhamento entre as normas tributárias domésticas e os acordos para evitar a dupla tributação, de modo a fechar as brechas aproveitadas pelas multinacionais, ao lado de uma reformulação das premissas aplicadas no relacionamento entre tais normas. As medidas unilaterais, portanto, seriam incapazes de resolver o problema da perda de arrecadação⁹.

⁶ OECD. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD, 2013; OECD. *Explanatory Statement – Final Report*. Paris: OECD, 2015.

⁷ AVI YONAH, Reuven S. Introduction: Is there an international tax regime? Is it part of international law? In: AVI YONAH, Reuven S. *International Tax as International Law*. Cambridge University Press, 2007; AVI YONAH, Reuven S. The New International Tax Regime. *University of Michigan Public Law Research Paper* n. 21-031, outubro de 2021. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3939442>. Acesso em: 31 mar. 2023; BRAUNER, Yariv. BEPS: an interim evaluation. *World Tax Journal* v. 6, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2014, p. 10-39.

⁸ MCLURE, Charles E. Globalization, tax rules and national sovereignty. *Bulletin for International Taxation* v. 55, n. 8. Amsterdam: IBFD, agosto de 2001, p. 328-341; PALAN, Ronen. Tax Havens and the Commercialization of State Sovereignty. *International Organization* v. 56, n. 1, 2002, p. 151-176; AULT, Hugh J. Tax Competition: What (If Anything) To Do About It. In: KIRCHHOF, Paul *et al* (org.). *International and Comparative Taxation: Essays in Honour of Klaus Vogel*. Londres: Kluwer, 2002. v. 26, p. 1-8 (2). Com entendimento diverso, ou seja, rejeitando a tese a respeito da corrida até o fundo (“race to the bottom”), confira-se: PLÜMPER, Thomas; TROEGER, Vera E.; WINNER, Hannes. Why is There No Race to the Bottom in Capital Taxation? *International Studies Quarterly* v. 53, 2009, p. 761-786.

⁹ TAKANO, Caio Augusto. Erosão da base tributária e a transferência de resultados: o caminho para o multilateralismo e as novas perspectivas à soberania fiscal. *Revista Direito Tributário Atual* v. 32. São Paulo: Dialética e IBDT, 2014, p. 63-82 (64).

Na evolução dos debates na OCDE, uma leitura inicial foi posteriormente reconfigurada. Em um primeiro momento, o foco dos trabalhos se concentrava em empresas da economia digital e a tese sustentada era a de que a renda deveria ser tributada no país onde ela é gerada¹⁰. Entretanto, essas premissas foram alteradas.

Com o avanço dos estudos e debates realizados entre os países integrantes do chamado Quadro Inclusivo (*Inclusive Framework*)¹¹, concluiu-se que o problema identificado não seria limitado às empresas da economia digital e seria necessário tributar a renda pelo menos uma vez, independentemente do país onde a renda é gerada, em linha com o chamado princípio da tributação singular (“single tax principle”)¹², e de acordo com um patamar mínimo. Na sequência, a OCDE passou a defender que nenhuma empresa deveria pagar menos do que 15% sobre a sua renda global¹³. Esse aspecto é um ponto central da política da OCDE nesse contexto: a busca de um “pisso” para a tributação mundial, a partir do estabelecimento de limites para o mecanismo de atração de investimentos no âmbito da competição internacional entre países¹⁴.

No âmbito do *Inclusive Framework*, em janeiro de 2019, a OCDE/G20 publicou o relatório *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note (“Policy Note”)*, que sinalizava que a alta mobilidade de renda para jurisdições com baixa tributação não se limitaria à economia digital, de modo que seria necessário contemplar, nos trabalhos em andamento, um espectro maior de empresas multinacionais, atingindo qualquer segmento que tivesse alta lucratividade e reduzido volume de ativos tangíveis. A *Policy Note* propôs uma revisão de “aspectos fundamentais da atual arquitetura da tributação internacional”, envolvendo um reexame de diversas questões tributárias internacionais, desde os critérios de definição de nexos (ressignificando a presença física, como *proxys* para delimitação do poder de tributar, a partir do conceito de “presença digital significativa”) até mesmo as modificações na rede de tratados para evitar a dupla tri-

¹⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo; SCHOUERI, Pedro Guilherme Lindenberg. Novas Fundações do Direito Tributário Internacional? A OCDE, Seus Pilares I e II e a Covid-19. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; NETO, Luís Flávio; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional IBDT DEF/USP. A Tributação Internacional e a Recuperação Econômica: o papel dos países emergentes*. São Paulo: IBDT, 2022, p. 63-83 (66-67).

¹¹ OECD. *Inclusive Framework on BEPS Progress – report July 2016-June 2017*. Paris: OECD, 2017, p. 4.

¹² AVI-YONAH, Reuven S. Full Circle? The Single Tax Principle, BEPS. *Global Tax* n. 1, pt. 1, 2016, p. 12-22 (12).

¹³ OECD. *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, 01 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-july-2021.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2023.

¹⁴ NAVARRO, Aitor. Jurisdiction not to tax, tax sparing clauses and the income inclusion rule of the OECD Pillar 2 (GloBE) proposal: the demise of a policy instrument of developing countries? *Copenhagen Business School Law Research Paper Series* n. 20-22, 2020.

butação. Destacou-se que essa revisão de “aspectos fundamentais” seria norteadada por dois pilares: o *Pillar One* referente às questões relativas aonexo e à alocação do direito de tributar lucros; o *Pillar Two* dedicado às questões atreladas à tributação mínima global e às demais questões remanescentes do BEPS¹⁵.

Em todos esses documentos e estudos, a perspectiva dos problemas identificados e endereçados foi construída a partir da visão dos fiscos dos países integrantes da OCDE e do G20. As reuniões e os trabalhos sobre o tema envolvem apenas representantes das administrações tributárias de cada país e, no âmbito do G20, dos seus ministros da economia. Isto é, trata-se de uma perspectiva parcial do assunto, ao envolver apenas o Poder Executivo¹⁶. No desenvolvimento dessa visão, foram deixados de lado dois atores importantes nas relações tributárias: o contribuinte e os legisladores locais. Quem paga a conta e quem faz a lei tributária não foram ouvidos nesse debate, o que pode, eventualmente, ter influenciado a construção de alguns vieses adotados nas recomendações apresentadas pela OCDE. Um desses vieses pode ser identificado no fato de que a OCDE recomendou a adoção das Regras-Modelo (*Model Rules*), divulgadas em dezembro de 2021, em formato de proposta de projeto de texto legislativo, como se fosse possível cada país simplesmente copiar tal modelo. Posteriormente, em fevereiro de 2023, o relatório *Administrative Guidance* reforçou esse viés, apontando que nenhum país é obrigado a adotar o *Pillar Two*, mas, se assim o fizer, as normas recomendadas devem ser acolhidas sem qualquer modificação, para evitar uma desconformidade com os objetivos pretendidos pela OCDE¹⁷. Essa abordagem traduz, em alguma medida, uma visão de que os ordenamentos jurídicos locais não teriam particularidades locais significativas que não pudessem ser modificadas para acomodar as *Model Rules* ou de que os parlamentos de cada país não teriam interesses distintos a serem refletidos nas normas a serem adotadas sobre o tema¹⁸. Cabe reconhecer que a elaboração de leis tributárias domésticas é influenciada pelo posicionamento das administrações tributárias. Porém, também devem ser ressaltados os limites a essa atividade legislativa, os quais devem ser pautados pela observância dos direitos fundamentais dos contribuintes. Um desses limites pode ser encontrado na igualdade, como abordado no presente trabalho.

¹⁵ OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note As approved by the Inclusive Framework on BEPS on 23 January 2019*. Paris: OECD, 2020, p. 1-2.

¹⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Matheus Calicchio. Transparency Under the BEPS Plan: What Holistic Approach? *Kluwer International Tax Blog*. Junho de 2015. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2015/06/24/13300/>. Acesso em: 23 mar. 2023.

¹⁷ OECD. *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Administrative Guidance on the Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2023, p. 7.

¹⁸ OECD. *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS*. Paris: OECD Publishing, 2021.

Propõem-se, aqui, todavia, alguns cortes metodológicos no estudo do tema, seja para permitir a sua abordagem com maior profundidade, seja para torná-lo compatível com uma extensão de um artigo, seja em face dos documentos que estão à disposição para o estudo. O primeiro corte metodológico é a escolha do país: o presente trabalho examina a viabilidade jurídica das recomendações da OCDE nesse contexto apenas com o ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque não seria possível examinar diversos países na extensão de um artigo, com a profundidade que se pretende avaliar o assunto. O segundo corte metodológico diz respeito à escolha do *Pillar Two* como objeto de estudo, deixando de lado a análise do *Pillar One*. A escolha se justifica por duas razões. A primeira se refere à complexidade das normas recomendadas em cada *Pillar*, e as diversas implicações que elas podem ter no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que o estudo dos dois pilares não se mostraria viável, em um artigo, com a abordagem profunda que se pretende empregar. A segunda razão decorre do fato de o *Pillar One* ainda não estar finalizado, não tendo ocorrido ainda a publicação das suas *Model Rules* no momento em que o presente artigo está sendo redigido¹⁹. Não existindo documentos finais sobre o *Pillar One*, haveria um risco de a análise sobre as suas eventuais regras ter um caráter excessivamente especulativo.

Também se justifica a maior atenção às recomendações do *Pillar Two* pelo fato de que alguns países já vêm tomando medidas para a sua implementação. De acordo com a OCDE, no início de 2023, alguns países já haviam realizado ações no sentido da introdução do *Pillar Two* em seus ordenamentos jurídicos domésticos, seja por meio de projetos de lei, seja por meio de consultas públicas sobre o tema, quais sejam: África do Sul, Alemanha, Austrália, Canadá, Colômbia, Coreia do Sul, Emirados Árabes Unidos, Hong Kong, Ilhas Maurício, Indonésia, Japão, Jersey, Liechtenstein, Malásia, Noruega, Nova Zelândia, Reino Unido, Singapura, Suíça, Tailândia, União Europeia²⁰. Dentre esses países (e grupo de países), chama atenção o fato de que o parlamento da Suíça está propondo uma modificação em sua constituição federal, especificamente em relação às suas regras de igualdade, a fim de acomodar as regras do *Pillar Two*. Essa iniciativa sinaliza que a adoção das recomendações da OCDE nesse contexto pode exigir modificações em normas constitucionais, a depender do país. A proposta do parlamento suíço, se aprovada, permite afastarem-se os “princípios da generalidade e equidade da tributação e o princípio da tributação segundo a capacidade econômica”,

¹⁹ OCDE. OECD TAX TALKS. Centre for Tax Policy and Administration, fevereiro de 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/presentation-oecd-tax-talks-february-2023.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2023.

²⁰ OCDE. OECD TAX TALKS. Centre for Tax Policy and Administration, fevereiro de 2023, p. 13 Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/presentation-oecd-tax-talks-february-2023.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2023.

para viabilizar a adoção das regras do *Pillar Two*²¹. A modificação na constituição suíça será submetida ao voto popular em junho de 2023²².

A proposta suíça dispara um gatilho para duas reflexões importantes. A primeira se refere à necessidade de se testar a validade das regras do *Pillar Two* à luz da igualdade. A segunda diz respeito ao plano normativo (constitucional, lei complementar ou lei ordinária), no Brasil, que deve ser alterado para introduzir tais regras, acaso essa alteração seja considerada juridicamente viável à luz das cláusulas pétreas da Carta brasileira.

Nesse contexto, o presente estudo busca responder a duas perguntas de pesquisa. A primeira é a seguinte: *as normas domésticas sugeridas pela OCDE/G20 no Pillar Two são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro?* A segunda nasce de um exercício especulativo-científico: *se o Congresso brasileiro quisesse introduzir as regras do Pillar Two no Brasil, qual seria o plano normativo a ser modificado (as leis ordinárias, o art. 43 do Código Tributário Nacional ou a Constituição Federal)?*

Em relação à primeira pergunta, divide-se, para fins didáticos, a análise em duas partes: (i) as regras domésticas brasileiras e (ii) as regras constantes dos tratados celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação, especificamente o art. 7(1) (tributação dos lucros), o art. 9(1) (preços de transferência) e o art. 24(4) (a vedação à discriminação quanto à dedução de pagamentos), conforme a Convenção Modelo da OCDE.

Quanto às regras domésticas, realiza-se um teste de conformidade (i) da Regra de Inclusão de Renda (*Income Inclusion Rule – IIR*) e (ii) da Regra de Pagamento de Tributação Reduzida (*Undertaxed Profits Rules – UTPR*), propostas no *Pillar Two* pela OCDE/G20, à luz do atual ordenamento jurídico brasileiro²³.

De maneira simplificada – o que será objeto de um exame mais detalhado abaixo –, pode-se dizer que uma regra (IIR) visa ao reconhecimento, pelas empresas brasileiras controladoras, de lucros auferidos no exterior por suas controladas ou coligadas, de modo a tributá-los no país de residência da controladora (Brasil), se eles não tiverem sido tributados no país de residência das controladas ou coligadas de acordo com o patamar mínimo de 15%. Relativamente à IIR,

²¹ SUÍÇA. *Botschaft* – zum Bundesbeschluss über eine besondere Besteuerung grosser Unternehmensgruppen (Umsetzung des OECD/G20-Projekts zur Besteuerung der digitalen Wirtschaft).

²² SUÍÇA. *Arrêté fédéral sur une imposition particulière des grands groupes d'entreprises (Mise en oeuvre du projet conjoint de l'OCDE et du G20 sur l'imposition de l'économie numérique)*. Disponível em: <https://www.parlament.ch/en/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20220036>. Acesso em: 23 mar. 2023.

²³ OECD. *Public consultation document: Global Anti-Base Erosion Proposal (“GloBE”) – Pillar Two – 8 November 2019 – 2 December 2019*. Paris: OECD, 2019. A respeito das regras integrantes do GloBE, em sua versão original, confira: DE LILLO, Francesco. *Introducing Pillar Two: Towards a Global Minimum Effective Tax Rate*. In: PERDELWITZ, Andreas; TURINA, Alessandro (ed.). *Global Minimum Taxation? An analysis of the Global Anti-Base Erosion Initiative*. *IBFD Tax Research Series v. 4*. Amsterdam: IBFD, 2021, p. 10.

busca-se realizar um teste de validade de acordo com dois parâmetros: (i) o art. 7(1) dos tratados celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação; e (ii) as regras atuais brasileiras de tributação em bases universais (arts. 77 e seguintes da Lei n. 12.973/2014).

A outra regra doméstica (UTPR) objetiva vedar a dedução de despesas, pela controlada ou coligada, caso alguma empresa (interligada) do seu grupo tenha lucros não submetidos à tributação da renda de acordo com o patamar mínimo de 15%. A amplitude da regra abarca inclusive pagamentos ao exterior que não sejam para a jurisdição com baixa ou nenhuma carga tributária; pelo contrário, a norma abrange pagamento para terceiros (fora do grupo) e para empresas do seu grupo em países com tributação elevada até que seja atingida a tributação mínima de 15% sobre os lucros não tributados por empresa estrangeira coligada à empresa brasileira. Relativamente à UTPR, o estudo busca enfrentar as questões relativas à justificação da tributação, no Brasil, de lucros não disponíveis às empresas brasileiras, (i) seja do ponto de vista da igualdade (especificada na capacidade contributiva, como seu critério de aplicação, por excelência), (ii) seja do ponto de vista da tributação da renda não disponível, (iii) seja à luz dos padrões internacionais de justificação de tributação de rendas auferidas no exterior. Poderia o Brasil tributar os lucros da empresa estrangeira interligada à empresa brasileira, e, como tal, não submetida ao controle da empresa brasileira? O controle é indispensável para se autorizar a tributação no Brasil à luz do art. 43 do Código Tributário Nacional? Além disso, essa norma seria compatível com a vedação doméstica às medidas anti-isonômicas e com os arts. 7(1), 9(1) e 24(4) dos acordos para evitar a dupla tributação celebrados pelo Brasil?

Pretende-se avaliar se a adoção integral das recomendações da OCDE/G20 no *Pillar Two* demandaria uma modificação constitucional, assim como sinalizado pelo parlamento suíço, ou se uma alteração do Código Tributário Nacional seria suficiente. Cogita-se, para tanto, que os possíveis conflitos entre as referidas regras e a igualdade não se limitariam ao princípio da renda líquida, tutelado pelo art. 43 do Código Tributário Nacional, atingindo também potenciais violações à igualdade, à luz do art. 150, II, da Constituição Federal brasileira, tendo em vista os critérios de *discrimen* adotados para fins da definição (i) do seu escopo de aplicação, (ii) do tratamento distinto entre multinacionais e grupos domésticos e entre multinacionais, cujas entidades estão localizadas em países com baixa carga tributária, (iii) das exceções (*carve-outs*) à sua aplicação.

O referido exercício especulativo-científico sobre quais normas domésticas deveriam ser alteradas (regras constitucionais ou infraconstitucionais) não decorre apenas da proposta de modificação constitucional da Suíça, mas também da iniciativa – aceitando o convite da OCDE de rever os “aspectos fundamentais” da tributação internacional – de revisitar os debates a respeito dos fundamentos que justificam um Estado tributar a renda em uma transação internacional, em linha com as

reflexões de George Schanz²⁴ (especialmente sobre o conceito de “pertinência econômica” – *wirtschaftliche Zugehörigkeit*) e Klaus Vogel²⁵ (a respeito da importância dos benefícios e dos riscos em cada jurisdição para fins da aplicação da igualdade).

Essas reflexões são oportunas para o exame, principalmente, da UTPR, porque elas dão base teórica para questionar se o Brasil teria fundamento para tributar a renda de empresas estrangeiras não submetidas ao controle de uma empresa brasileira, porém apenas a ela interligada (sem controle ou coligação). Enquanto Estado de fonte (de pagamento), para fins da UTPR, o Brasil poderia assumir o papel de outro Estado de fonte (de produção), no qual a renda é gerada? Admite-se a equiparação entre fontes de pagamentos e fontes de produção para fins da tributação da renda nas transações internacionais? Parte-se da premissa de que, tanto para a IIR quanto para a UTPR, haveria elementos de conexão no Brasil (residência, na IIR; e fonte de pagamento, na UTPR). Entretanto, cogita-se que esses critérios não são suficientes para endereçar o tema. Levanta-se aqui uma hipótese a ser testada no trabalho: a insuficiência dos elementos de conexão para justificar a tributação da renda no contexto do GloBE (*Global Anti-Base Erosion*). O ponto central, portanto, se refere à força argumentativa dos elementos de conexão no contexto atual da tributação internacional para motivar a tributação doméstica de uma renda auferida no exterior, cuja geração e cujo titular não têm relação de pertinência (suficiente) com a jurisdição que efetivará a tributação, uma vez que o estado de fonte de pagamento não se confunde com o estado de fonte de geração da renda. Busca investigar aqui se a mera interligação societária entre empresas seria um fator suficiente para justificar tributação da renda de qualquer empresa do mesmo grupo por quaisquer jurisdições em que esse grupo está presente. Diante disso, questiona-se se, para além denexo, seria necessária uma justificação jurídica à luz da igualdade, em sintonia com as lições de Schanz e Vogel.

O presente trabalho busca responder a essas questões. Antes de respondê-las, é oportuno sinalizar o contexto no qual elas estão inseridas, sobretudo para compreender os objetivos e as premissas das regras do *Pillar Two*, bem como avaliar as próprias regras recomendadas.

II. O contexto do estudo e as regras do *Pillar Two*

A compreensão do contexto no qual a pergunta de pesquisa está inserida demanda uma avaliação de alguns documentos publicados pela OCDE nos últimos anos.

²⁴ SCHANZ, Georg. Zur Frage Der Steuerpflicht. *FinanzArchiv / Public Finance Analysis*, v. 9, no. 2. JSTOR, 1892, p. 1-74. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/40904760>. Acesso em: 23 mar. 2023.

²⁵ VOGEL, Klaus. Worldwide v[er]s[us] source taxation of income: a review and re-evaluation of arguments. Parte II. *Intertax* v. 16, Issue 10, 1988, p. 310-320.

Como dito acima, o objeto de estudo está inserido no contexto das medidas recomendadas pela OCDE/G20 no âmbito do projeto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), lançado em 2013 e cujo relatório final foi publicado em 2015, deixando claro o objetivo de combater a perda de arrecadação em função da alocação de resultados tributáveis para jurisdições fiscais com baixa ou nenhuma carga tributária em matéria de tributação da renda das companhias multinacionais²⁶.

A partir de 2013, ganhou força no meio acadêmico a tese de que as medidas recomendadas pelo BEPS estariam informadas por um princípio, o *single tax principle*, uma vez que o seu relatório final de 2015 teria deixado a intenção de “colocar um fim na dupla não tributação” da renda²⁷. Embora não seja uma ideia nova (uma vez que é possível encontrá-la, ainda que de maneira rudimentar, em documentos da Liga das Nações de 1927)²⁸, ela passou a ganhar maior relevo a partir das publicações de Reuven Avi-Yonah, o maior defensor da política do “single tax principle”. Segundo Avi-Yonah, o sistema tributário internacional estaria, supostamente, fundamentado em dois princípios: (i) o “single tax principle”, determinando que a renda atrelada a operações internacionais deveria ser tributada *ao menos uma vez* (“nem mais, nem menos”), conforme os parâmetros do “princípio do benefício”; e (ii) o “princípio do benefício”, por sua vez, apresentaria um parâmetro de atribuição de poderes de tributar entre as jurisdições com os quais as operações internacionais têm nexos, o que, de maneira geral, orientaria a ideia de que as jurisdições de residência teriam o poder de tributar as rendas passivas, enquanto as jurisdições de fonte teriam o poder primário de tributar as rendas ativas²⁹.

Se, de um lado, as premissas adotadas no *single tax principle* merecem muitas críticas³⁰, de outro lado, politicamente, elas passaram a ser consideradas como um fundamento técnico para a política da OCDE/G20 de que a ausência de tributação decorrente de planejamentos tributários internacionais (*aggressive tax planning*) deveria ser combatida, por meio de mecanismos que permitam uma tributação mínima global, independentemente da jurisdição onde ocorra tal tributação³¹.

²⁶ OECD. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD, 2013; OECD. *Explanatory Statement – Final Report*. Paris: OECD, 2015.

²⁷ AVI-YONAH, Reuven S. Full Circle? The Single Tax Principle, BEPS. *Global Tax* n. 1, pt. 1, 2016, p. 12-22 (12).

²⁸ LIGA DAS NAÇÕES. *Double Taxation and Tax Evasion Report*. G.216.M. 8. 1927. II. Geneva, abril de 1927, p. 23. Disponível em: http://biblio-archive.unog.ch/Dateien/CouncilMSD/C-216-M-85-1927-II_EN.pdf. Acesso em: 23 mar. 2023.

²⁹ AVI-YONAH, Reuven S. Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime. *Bulletin of International Taxation* v. 61, n. 4, abril de 2007, p. 130-138 (131).

³⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Single Taxation as a Policy Goal: Controversial Meaning, Lack of Justification and Unfeasibility. In: WHEELER, Joanna (org.). *Single Taxation? Amsterdam*: IBFD, 2018. v. 1, p. 83-103.

³¹ DE LILLO, Francesco. In Search of Single Taxation. In: WHEELER, Joanna (org.). *Single Taxation? Amsterdam*: IBFD, 2018, p. 3-50.

Nesse contexto, e a pedido do G20, a OCDE lançou, no ano de 2016, o *Inclusive Framework* com a intenção de monitorar, em modelo *peer review* (com a participação, naquele momento, de mais de 100 países), a implementação das medidas recomendadas no BEPS e dar continuidade aos estudos para endereçar os desafios identificados, pela OCDE no período pós-BEPS, dentre os quais, a redução das oportunidades de dupla não tributação da renda³².

Em 2019, no âmbito do *Inclusive Framework*, a OCDE/G20 publicou o relatório *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note* destacando que as questões relacionadas com a tributação da economia digital seriam prioritárias e que, para tanto, os países integrantes do *Inclusive Framework* teriam acordado a construção do *Pillar One* e do *Pillar Two* acima mencionados³³.

As propostas ali apresentadas foram objeto de uma consulta pública em fevereiro de 2019, na qual foram sinalizadas as diretrizes para a chamada *Global Anti-Base Erosion proposal*³⁴ para fins da implementação do *Pillar Two*. A partir da consulta pública de novembro de 2019, tais diretrizes passaram a ser denominadas *GloBE*³⁵. Em outubro de 2020, com a publicação do chamado *Blueprint* do *Pillar Two*³⁶, a OCDE deixou claro que haveria quatro regras na estrutura do *GloBE*³⁷:

- i) a Regra de Inclusão de Renda (*Income Inclusion Rule* – IIR), que estabelece um imposto complementar (*top-up tax*) a ser exigido pela jurisdição da entidade-mãe (investidora) sobre os lucros auferidos por suas entidades-filhas (controladas ou coligada), se eles não estiverem sujeitos a uma tributação mínima nas suas respectivas jurisdições de origem, o que lembra as regras CFC (*Controlled Foreign Company*), porém com alguns ajustes de escopo (como a exclusão de atividades substantivas, pelos chamados *carve-outs*) e sujeito a uma carga tributária mínima;
- ii) a Regra de Supressão de Tratados (*switch-over-rule* – SOR), para garantir que os efeitos da IIR não sejam neutralizados por disposições de tratados para evitar a dupla tributação, de modo que a jurisdição da entidade-

³² OECD. *Inclusive Framework on BEPS Progress* – report July 2016-June 2017. Paris: OECD, 2017, p. 4.

³³ OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note* As approved by the Inclusive Framework on BEPS on 23 January 2019. Paris: OECD, 2020, p. 1.

³⁴ OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy Public Consultation Document* – 13 February – 6 March 2019. Paris: OECD, 2019.

³⁵ OECD. *Public consultation document: Global Anti-Base Erosion Proposal (“GloBE”) – Pillar Two* – 8 November 2019 – 2 December 2019. Paris: OECD, 2019.

³⁶ OECD. *Tax Challenges Arising from Digitalisation* – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD, 2020.

³⁷ A respeito das regras integrantes do *GloBE*, em sua versão original, confira: DE LILLO, Francesco. *Introducing Pillar Two: Towards a Global Minimum Effective Tax Rate*. In: PERDELWITZ, Andreas; TURINA, Alessandro (ed.). *Global Minimum Taxation? An analysis of the Global Anti-Base Erosion Initiative*. *IBFD Tax Research Series* v. 4. Amsterdam: IBFD, 2021, p. 10.

mãe seja obrigada a afastar os métodos de isenção dos tratados para aplicar um imposto complementar (*top-up tax*) sobre os lucros gerados nas jurisdições das entidades-filhas que estiverem sujeitas a baixa ou nenhuma tributação, a partir da abordagem de combinação jurisdicional (“jurisdictional blending approach”);

iii) a Regra de Pagamento de Tributação Reduzida (*Undertaxed Profits Rules – UTPR*), cuja aplicação é residual e subsidiária em relação à IIR, e que estabelece um imposto complementar (*top-up source tax*) ao se proibir a dedução ou se exigir ajustes equivalentes a uma negativa de dedução em relação a certos pagamentos – naquele momento intragrupo – em decorrência do fato de que a empresa pagadora teria no seu grupo entidades situadas em jurisdições com baixa ou nenhuma tributação da renda. O imposto complementar deve ser calculado proporcionalmente aos valores que não estejam sujeitos a uma tributação mínima; e

iv) a Regra de Sujeição Tributária (*subject-to-tax rule – STTR*), de modo a negar os benefícios de tratados para evitar a dupla tributação e permitir que os países de fonte possam cobrar um imposto de renda sobre alguns tipos de pagamentos – tais como royalties e juros – quando tais pagamentos não estejam sujeitos a uma tributação mínima, garantindo, assim, a eficácia da UTPR.

O aspecto inovador dessas regras domésticas se refere à coordenação de medidas internacionais voltada à instituição de uma tributação mínima global sobre lucros, em vez da adoção de medidas unilaterais, tais como as regras CFC. A proximidade entre a IIR e as normas domésticas de CFC, todavia, levantou dúvidas sobre a necessidade de uma nova regra (IIR) para endereçar o mesmo objetivo almejado pelas regras CFC, e se não seria o caso de simplesmente aprimorar as regras CFC atuais³⁸. De todo modo, o ponto central, naquele estágio do debate, era implementar um padrão de tributação mínima, não capturado pelas regras CFC³⁹.

Esse ponto estava inserido no contexto político do início de 2021. Embora a própria OCDE tenha registrado que não teria havido um “acordo” entre os países integrantes do *Inclusive Framework* quanto às medidas recomendadas nos *Pillars One e Two* em um primeiro momento (outubro de 2020)⁴⁰, os ministros da economia dos países integrantes do G7 passaram a defender a sua implementação em

³⁸ HEY, Johanna. The 2020 Pillar Two Blueprint: What Can the GloBE Income Inclusion Rule Do That CFC Legislation Can't Do? *Intertax* v. 49, Issue 1, 2021, p. 7-13 (7).

³⁹ ENGLISCH, Joachim; BECKER, Johannes. International Effective Minimum Taxation – The GloBE Proposal. *World Tax Journal* v. 11, n. 4, 2019, p. 483-529.

⁴⁰ OECD. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*. Paris: OECD, 2020, p. 11.

junho de 2021, sobre a ideia de haver uma tributação corporativa mínima⁴¹, após os Estados Unidos passarem a sustentar uma tributação mínima global, equivalente a 15% da renda contábil global das companhias multinacionais que tiverem uma renda contábil superior a 2 bilhões de dólares⁴². Com isso, o *Pillar Two* passou a ganhar mais força política.

Essa intenção política em torno da tributação mínima global parece clara, porém o meio para sua implementação é controverso, uma vez que os *carve-outs*, isto é, as exceções à regra de tributação mínima aplicadas diante de atividades substantivas colocam em dúvida a efetividade da referida intenção política, para sinalizar não propriamente uma tributação mínima para todos, e sim uma tributação para determinadas atividades⁴³.

Na sequência, em julho de 2021, a OCDE divulgou uma declaração intitulada *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, sustentando a tributação mínima de 15%, que seria implementada por meio da adoção das regras domésticas relativas à IIR e à UTPR a serem aplicadas às companhias multinacionais com receita global superior a 750 milhões de euros (mesma regra de escopo do *Country-by-Country Report*), porém com a possibilidade de diminuição dos lucros sujeitos à tributação mínima a um montante equivalente a 5% dos ativos tangíveis e da folha de pagamento (*substance carve-outs*)⁴⁴.

Em dezembro de 2021, a OCDE publicou o documento *Model Rules*⁴⁵, apresentado em formato de projeto de lei (*i.e.*, com sugestões de redação para as normas recomendadas), de modo a fornecer aos países integrantes do *Inclusive Framework* um modelo de legislação a respeito do *Pillar Two* a ser adotado localmente. As regras são complexas e de difícil aplicação, o que exigirá das Administrações Tributárias e dos contribuintes uma atenção demorada para compreensão de todos os seus efeitos⁴⁶.

⁴¹ G7 Finance Ministers and Central Bank Governors Communiqué, junho de 2021. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/g7-finance-ministers-meeting-june-2021-communicue/g7-finance-ministers-and-central-bank-governors-communicue>. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁴² ESTADOS UNIDOS. Department of the Treasury. *General Explanations of the Administration's Fiscal Year 2022 Revenue Proposals*, maio de 2021, p. 21. Disponível em: <https://home.treasury.gov/system/files/131/General-Explanations-FY2022.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁴³ HEY, Johanna. The 2020 Pillar Two Blueprint: What Can the GloBE Income Inclusion Rule Do That CFC Legislation Can't Do? *Intertax* v. 49, Issue 1, 2021, p. 7-13 (13).

⁴⁴ OECD. *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, 01 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-july-2021.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁴⁵ OECD. *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS*. Paris: OECD Publishing, 2021.

⁴⁶ ARNOLD, Brian. The Ordering of Residence and Source Country Taxes and the OECD Pillar Two Global Minimum Tax. *Bulletin for International Taxation* v. 76, n. 5, maio de 2022.

Por ora, pode-se afirmar que há duas regras domésticas (IIR e UTPR) e duas regras voltadas a afastar os benefícios de tratados (SOR e STTR), de maneira a garantir a aplicação daquelas regras domésticas. A IIR se aplica para a investidora (tal como uma regra CFC, porém com escopo diferente e um limite mínimo de tributação); a UTPR contempla o fluxo inverso, *i.e.*, impede a dedução dos pagamentos feitos pela investida⁴⁷.

A IIR estabelece que os países de residência das companhias controladoras (*Ultimate Parent Entity of an MNE Group*), grupos multinacionais com receita anual superior a 750 milhões de euros, devem tributar os lucros das suas companhias investidas (controladas ou coligadas) situadas em jurisdições com baixa ou nenhuma tributação da renda até que seja atingida a tributação mínima de 15%, caso esses lucros já não estejam submetidos a um “imposto complementar mínimo doméstico qualificado” (*qualified domestic minimum top-up tax – QDMTT*) no seu país de origem. Trata-se de uma regra de reconhecimento de lucros do exterior, que tem algumas semelhanças com as regras CFC⁴⁸, e, como tal, traz à tona preocupações quanto à interação ou à eventual sobreposição entre as atuais regras CFC de cada jurisdição e a nova IIR⁴⁹.

Já a UTPR se aplica de maneira subsidiária em relação à IIR, isto é, somente na hipótese em que o país de residência da controladora (ou coligada) não tenha instituído a IIR. Nesse caso, a UTPR estabelece a impossibilidade de dedução ou ajustes equivalentes a uma negativa de dedução, pelos países de residência das entidades investidas, dos pagamentos por elas realizados por companhias, até que seja atingida a tributação mínima de 15% em relação a alguma entidade do mesmo grupo não sujeita a essa tributação mínima.

Originalmente, o racional da UTPR era negar a dedução dos pagamentos intragrupo realizados por uma entidade de determinado grupo submetido ao escopo da UTPR a outra entidade do mesmo grupo situada em país com baixa tributação. No entanto, o texto adotado na regra divulgada no *Model Rules do Pillar Two*⁵⁰ sinaliza que a UTPR pode ser aplicada – pelo país de residência de uma companhia investida localizada na sua jurisdição – mesmo a pagamentos a terceiros (fora do grupo) ou a entidades do grupo sujeitas a alta carga tributária, a fim de permitir a tributação dos lucros de uma entidade do mesmo grupo situada em outra jurisdição com tributação da renda abaixo de 15%. Portanto, o país

⁴⁷ NETO, Carlos Augusto Daniel; SOARES, Romero Lobão. Regras CFC Brasileiras e Pillar 2: coordenação, superposição ou redundância? A ser publicado.

⁴⁸ HEY, Johanna. The 2020 Pillar Two Blueprint: What Can the GloBE Income Inclusion Rule Do That CFC Legislation Can't Do? *Intertax* v. 49, Issue 1, 2021, p. 7-13 (7).

⁴⁹ ARNOLD, Brian. An Investigation into the Interaction of CFC Rules and the OECD Pillar Two Global Minimum Tax. *Bulletin for International Taxation* v. 76, no. 6, 2022, p. 270-289 (289).

⁵⁰ OECD. *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS*. Paris: OECD Publishing, 2021, p. 12.

de residência de uma companhia investida, cujo grupo está submetido à UTPR, pode tributar lucros gerados em outra jurisdição, os quais não foram gerados naquela jurisdição e cujo único elemento de conexão se refere ao fato de que as companhias investidas são integrantes do mesmo grupo empresarial. Essa alteração conceitual tem justificado alguns especialistas no tema se referirem à UTPR como *under taxed profit rule*, ou seja, modificando-se o significado da letra “P” na sigla UTPR, de “payment” (pagamento) para “profit” (lucros), uma vez que, substancialmente, busca-se pela UTPR a tributação dos lucros não tributados ou tributados abaixo do patamar de 15%⁵¹. Ao longo do trabalho, ao se fazer referência à sigla UTPR, está se referindo à regra doméstica de tributação reduzida de lucros.

Para compreensão do mecanismo das regras domésticas do *Pillar Two*, é pertinente e didática a metáfora segundo a qual a IIR, o QDMTT e a UTPR são interruptores conectados de modo que apenas um deles deve estar ligado para garantir a tributação mínima global: o interruptor principal é a IIR, mas ele pode ser desligado pelo QDMTT de outro país; a UTPR é um interruptor secundário e subsidiário, na medida em que tanto a IIR quanto o QDMTT podem desligá-lo. Nesse sentido, trata-se de três interruptores mutuamente conectados e o seu funcionamento depende do não funcionamento dos outros. Esse mecanismo permitiria construir um princípio (“use it or lose it” – use-o ou perca-o), cuja aplicação teria o efeito de transferir o poder de tributar lucros subtributados, de modo que, se um país não os tributar, outro os tributará⁵².

De acordo com esse mecanismo, o QDMTT assume um papel importante, uma vez que a sua inscrição afasta a aplicação da IIR e da UTPR. Nessa sistemática, há uma espécie de incentivo para que os países de fonte instituem um QDMTT, uma vez que a não instituição pode representar a perda de arrecadação sem benefício econômico para o contribuinte, dado que os seus lucros não tributados naquela jurisdição serão tributados em outra jurisdição (onde estejam localizadas quaisquer outras entidades do seu grupo econômico)⁵³. Para que um tributo do país de fonte seja qualificado como QDMTT é necessário que ele seja “implementado e administrado de forma consistente com os resultados previstos nas Regras GloBE”⁵⁴.

⁵¹ LI, Jinyan. The Pillar 2 Undertaxed Payments Rule Departs From International Consensus and Tax Treaties. *Tax Notes Federal* v. 174, março de 2022, p. 1695-1703 (1697).

⁵² CHRISTIANS, Allison; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. Undertaxed Profits and the Use-It-or-Lose-It Principle. *Tax Notes International* v. 108, novembro de 2022, p. 705-710.

⁵³ OECD Pillars. *Qualifying Domestic Minimum Top-Up Tax*. Disponível em: <https://oecdpillars.com/pillar-tab/qualifying-domestic-minimum-top-up-tax/#:~:text=A%20QDMTT%20is%20a%20Qualified,Pillar%20Two%20top%20Dup%20tax>. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁵⁴ OECD. *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS*. Paris: OECD Publishing, 2021, p. 64.

Como a definição de Entidade Constituinte, dada no item 1.3.1 das *Model Rules*, abrange qualquer entidade que faça parte de um grupo multinacional sujeito às regras do *Pillar Two*, sem uma clara identificação da natureza da relação entre as empresas (controlada, coligada, investida etc.), é razoável inferir que qualquer entidade desse grupo está abarcada pela UTPR (respeitadas as exceções previstas nas próprias *Model Rules*), independentemente do tipo de relação societária entre as empresas. A IIR também tem aplicação abrangente, como se observa pelos itens 2.1.1 (“Ultimate Parent Entity of an MNE Group”), 2.1.4 (“Partially-Owned Parent Entity”) das *Model Rules*, uma vez que a definição de “Partially-Owned Parent Entity”, constante do capítulo 10 desse documento, abrange as companhias investidoras que (i) têm participação societária em entidades integrantes do seu grupo multinacional, abarcado pelas regras do GloBE, independentemente do percentual da participação societária, e, ao mesmo tempo, (ii) têm mais de 20% do seu capital social detidos, direta ou indiretamente, por companhia não inserida no escopo das regras do GloBE. Na prática, a IIR e a UTPR se aplicam indistintamente para quaisquer companhias inseridas nas regras do GloBE independentemente do tipo de relação societária. No entanto, a UTPR nos parece mais ampla, na medida em que a tributação doméstica será afetada pela carga tributária de uma empresa estrangeira que não é sequer a ela coligada, e sim mera interligada. Ou seja, mesmo não havendo participação societária direta entre elas, aplica-se a UTPR.

De uma maneira geral, o *Pillar Two* busca um “piso” mundial para a tributação efetiva (e apenas nominal) da renda⁵⁵. Na visão da OCDE, não basta os países terem alíquotas nominais elevadas, se as bases de cálculo de imposto de renda, permitidas por cada jurisdição implicarem uma reduzida tributação, abaixo do patamar de 15%. O enfoque da subtributação deixa de ser nas alíquotas nominais, passando a ser em como se formam as bases de cálculo do imposto de renda⁵⁶. De um lado, o *Pillar Two* restringe a livre-escolha dos países na concessão de benefícios fiscais de imposto de renda. De outro lado, as regras do GloBE excluem a renda das chamadas atividades substantivas, o que reduz a eficácia dos mecanismos promotores da tributação efetiva global mínima em relação às empresas com altas despesas com folha de pagamento e elevado volume de ativos tangíveis⁵⁷.

⁵⁵ NAVARRO, Aitor. Jurisdiction not to tax, tax sparing clauses and the income inclusion rule of the OECD Pillar 2 (GloBE) proposal: the demise of a policy instrument of developing countries? *Copenhagen Business School Law Research Paper Series* n. 20-22, 2020.

⁵⁶ OECD. *Tax Incentives and the Global Minimum Corporate Tax: Reconsidering Tax Incentives after the GloBE Rules*. Paris: OECD Publishing, 2022, p. 47.

⁵⁷ PEREZ-NAVARRO, Grace. What Does Pillar Two's Global Minimum Tax Mean for Tax Incentives? *Intertax* v. 51, Issue 2, 2023, p. 100-104.

Feita essa breve descrição do mecanismo de aplicação das regras do *Pillar Two*, é oportuno destacar alguns dos seus pontos críticos.

III. Pontos críticos das regras domésticas do *Pillar Two*

Os critérios a serem analisados foram divididos em três temáticas diferentes: (i) escopo (a quem se aplica); (ii) IIR; e (iii) UTPR. Relativamente à IIR e à UTPR, é avaliada a sua viabilidade jurídica em relação às regras domésticas brasileiras e às regras constantes dos tratados celebrados pelo Brasil para evitar a dupla tributação, nestas últimas especificamente quanto ao art. 7(1) (tributação dos lucros), ao art. 9(1) (preços de transferência) e ao art. 24(4) (a vedação à discriminação quanto à dedução de pagamentos), conforme a Convenção Modelo da OCDE.

III.1. Escopo subjetivo (a quem se aplica)

Primeiramente, em relação ao escopo de aplicação das recomendações do GloBE, os critérios de identificação das multinacionais abarcadas pelas suas regras foram influenciados pelos parâmetros adotados pela Ação 13 do BEPS. Ou seja, as regras do *Pillar Two* se aplicam para as multinacionais sujeitas à Declaração País a País (*Country-by-Country Report*). Entretanto, para fins do *Pillar Two*, estão excluídas determinadas companhias controladoras, tais como sociedades de investimento, fundos de pensão, entidades governamentais e instituições sem fins lucrativos⁵⁸. Portanto, ressalvadas essas exceções, as regras do GloBE serão aplicadas às entidades multinacionais que tenham receita anual consolidada igual ou superior a 750 milhões de euros, conforme determinado na Ação 13 do BEPS (Declaração País a País)⁵⁹.

À primeira vista, seria possível dizer que o princípio que daria base para o *Pillar Two* seria o conceito de *group approach* ou *unitary approach*, isto é, a abordagem do grupo multinacional como uma unidade para fins da tributação da renda, independentemente da localização das entidades que compõem o grupo multinacional⁶⁰. No entanto, essa primeira leitura tem dois obstáculos.

Em primeiro lugar, a ideia de tratar um grupo multinacional de empresas como uma unidade tem impactos diferentes em relação (i) às medidas para obten-

⁵⁸ OECD, iLibrary: 2. Scope of the GloBE rules. Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/d059f996-en/index.html?itemId=/content/component/d059f996-en>. Acesso em: 31 mar. 2023.

⁵⁹ OECD. *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, 01 de julho de 2021, p. 4. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-july-2021.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2023.

⁶⁰ PICCIOTTO, Sol; FACCIO, Tommaso; KADET, Jeffery M.; JANSKY, Petr; COBHAM, Alex; GARCIA-BERNARDO, Javier. *For a Better GloBE: A Minimum Effective Tax Rate for Multinationals*, março de 2021. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3796030>. Acesso em: 31 mar. 2023.

ção de informações e promoção de maior transparência, como ocorre com a Declaração País a País, no contexto da Ação 13 do BEPS, e (ii) ao reconhecimento de lucros no exterior (IIR) e à negação de dedução de despesas (UTPR). Não nos parece possível transpor de maneira automática os fundamentos dos critérios de diferenciação entre contribuintes da Declaração País a País para a IRR e para UTPR, porque há direitos diferentes a serem protegidos. É dizer: a consolidação de informações financeiras não pode se confundir com a consolidação da tributação, como se fosse possível desconsiderar, nesta última, (i) a personalidade jurídica de cada empresa do grupo, (ii) os seus sócios, possivelmente diferentes em cada estrutura societária, (iii) as suas atividades diferentes, e, sobretudo, (iv) as suas disponibilidade distintas para pagar tributos. Tal desconsideração tem potencial para restringir, de maneira excessiva e injustificada, os direitos dos contribuintes, conforme as particularidades de cada ordenamento jurídico, o que será examinado abaixo à luz da ordem jurídica brasileira.

Em segundo lugar, o *Pillar Two* não tem plena identidade com o *group approach* ou *unitary approach*. Não se trata propriamente da consolidação de resultados, para se verificar se o grupo como um todo está pagando imposto de renda, após se computar resultados positivos e negativos, assim como prejuízos fiscais. Pelo contrário, trata-se de um “mix de elementos” construídos a partir da seleção de alguns aspectos do “separate entity approach” (para desconsiderar a autonomia jurídica das empresas que estão sendo subtributadas) e de “group approach”, apenas quando essa abordagem for conveniente para se capturar a renda subtributada originada em alguma jurisdição – onde há entidade do grupo econômico – que decidiu manter as regras domésticas que dão base para uma tributação efetiva da renda abaixo de 15%⁶¹. Ou seja, não se trata da tributação do grupo como um todo, e sim das suas partes (empresas do grupo), mas não de todas elas, apenas daquelas que estiverem submetidas à subtributação. Até porque o cenário em que o grupo como um todo é deficitário não é obstáculo à aplicação das regras do GloBE. Ou seja, a abordagem supostamente econômica do grupo, na verdade, tem aparência de uma abordagem arbitrária, baseada em uma seleção de aspectos a serem considerados, os quais não refletem a renda do grupo econômico, e sim apenas a renda subtributada de parte de suas empresas, de acordo com os critérios das Model Rules, excluindo 5% dos ativos tangíveis e da folha de pagamento⁶².

⁶¹ HEY, Johanna; SCHNITGER, Arne. General Report. 2022 Berlin Congress of International Fiscal Association (IFA Congress). *Group approach and separate entity approach in domestic and international tax law* v. 106A. Rotterdam: IFA, 2020, p. 17-56.

⁶² OECD. *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS*. Paris: OECD Publishing, 2021, p. 30.

Diante disso, ao invés de se falar em *group approach* ou *unitary approach*, melhor seria considerar, como fundamento para o *Pillar Two*, uma ideia de *cherry picking approach*, ou seja, uma seleção específica de empresas de um grupo multinacional, de acordo com características predeterminadas para fins da tributação acima do “piso” mundial. Como as expressões *group approach* e *unitary approach* têm sido utilizadas nos debates sobre o tema, elas são aqui mantidas, porém com essa ressalva. Isto é, quando forem lidas ao longo do trabalho, elas estão fazendo referência a uma abordagem que tributa a parcela dos lucros de empresas integrantes de um grupo multinacional, inserido no contexto do GloBE, na parte que corresponde a uma carga tributária efetiva sobre a renda, em patamar inferior a 15% da receita bruta ajustada, excluindo 5% dos ativos tangíveis e da folha de pagamento. Não se trata propriamente de uma abordagem essencialmente econômica desse grupo multinacional, e sim uma abordagem arbitrária.

Ressalvada a questão do nome atribuído à abordagem em questão, é possível notar que a consideração global de um grupo econômico como se fosse uma unidade econômica autônoma, acompanhada da tese de que a desconsideração, para fins fiscais, da individualidade das empresas que o compõem pode ter efeitos positivos, tem ganhado força nos debates acadêmicos. Por exemplo, Antony Ting sustenta, com base na chamada aplicação da “enterprise doctrine” para grupos multinacionais, que haveria quatro principais justificativas para essa abordagem: (i) simplificação, de modo que a consolidação da apuração de imposto de renda poderia reduzir custos de conformidade, assim como evitar as brechas para a erosão de base tributária decorrentes das transações intragrupo; (ii) equidade, seja no sentido de equiparar as bases tributárias dos grupos multinacionais (equidade entre contribuintes), seja no sentido de tornar mais isonômico o tratamento dado pelos países para tais grupos, reduzindo a competição entre jurisdições (equidade interestatal); (iii) neutralidade, baseada na ideia de que, se as multinacionais tivessem uma única base tributável mundial, independentemente da localização das suas unidades, a alocação de investimentos não estaria fundamentada nos tratamentos diferenciados disponíveis em cada jurisdição; e (iv) competitividade, a partir do entendimento de que a competição internacional para atração de investimento, em alguma medida, está baseada no *separate entity approach* e nos incentivos fiscais diferentes de cada país⁶³.

Em igual sentido, Maarten De Wilde argumenta que essa abordagem contribuiria para promover justiça tributária e neutralidade, uma vez que, sendo os grupos multinacionais considerados de maneira apátrida, não haveria distinções fundadas na estrutura corporativa ou nas particularidades fiscais de cada plano

⁶³ TING, Antony. *The Taxation of Corporate Groups Under Consolidation: An International Comparison*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, p. 22-26.

doméstico aplicáveis às transações *cross-border*, o que colocaria os grupos multinacionais em pé de igualdade na tributação da sua renda global e reduziria o impacto fiscal na tomada de decisões relativas à alocação de investimentos. Nessa sua visão, uma das causas das distorções na tributação internacional seria o *separate entity approach* e, conseqüentemente, o reconhecimento de efeitos fiscais para transações intragrupo⁶⁴.

Entretanto, não nos parecem procedentes os argumentos relativos à neutralidade e à equidade. Primeiramente, a superação do *separate entity approach* com a finalidade de mitigar a competição entre países desconsidera o fato de que as nações exigem tributos em patamares diferentes em razão de uma série de circunstâncias estruturais, tais como condições políticas, econômicas, históricas e culturais. É plausível acreditar que os investidores não consideram apenas a carga tributária da jurisdição onde aloca investimentos, mas também os benefícios e as condições estruturais lá presentes⁶⁵. A mitigação da competição internacional deve considerar também a infraestrutura de cada jurisdição, a taxa de retorno dos investimentos, a proteção jurídica e a estabilidade dos respectivos ordenamentos jurídicos, e todos os outros elementos que podem vir a ser relevantes da perspectiva do investidor⁶⁶.

O cerne do problema não está, por si só, na abordagem (*group approach* ou *unitary approach*), e sim na maneira como os direitos dos contribuintes podem ser restringidos à luz da igualdade, de acordo com cada ordenamento jurídico, em decorrência da aplicação dessa abordagem. Nesse ponto, Antony Ting alega que a consideração global das multinacionais promoveria a equidade, porém não identifica, com clareza, quais são as pessoas que estão sendo comparadas, quais são os critérios de comparação e as respectivas justificações. É justamente esse ponto que merece um maior aprofundamento.

João Felix Pinto Nogueira e Alessandro Turina destacam que as regras do GloBE têm potencial para caracterizar tratamentos discriminatórios, injustificados e desproporcionais. O caráter discriminatório estaria presente, porque tais regras podem implicar um tratamento fiscal desfavorável para empresas controladoras conforme a localização das suas companhias investidas ou conforme a carga tributária das companhias interligadas, o que contraria o racional antidiscriminação de alguns precedentes da Corte Europeia de Justiça (como, por exem-

⁶⁴ DE WILDE, Maarten Floris. *Sharing the pie: taxing multinationals in a global market*. Amsterdam: IBFD, 2017, p. 253-526.

⁶⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Single Taxation as a Policy Goal: Controversial Meaning, Lack of Justification and Unfeasibility. In: WHEELER, Joanna (org.). *Single Taxation?* Amsterdam: IBFD, 2018, p. 83-103 (99-100).

⁶⁶ FAULHABER, Lilian. The Trouble With Tax Competition: From Practice to Theory. In: *Tax Law Review* n. 71, fevereiro de 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2912477. Acesso em: 31 mar. 2023.

plo, o Caso *Cabbury Schweppes*). A falta de justificação e a desproporcionalidade devem ser reconhecidas, na medida em que o critério do abuso não está presente nas referidas regras, as quais se aplicam indistintamente para situações artificiais e não artificiais, sem a possibilidade de o contribuinte justificar validade da sua operação. Além disso, não há clareza quanto à sua justificação, dificultando o respectivo controle de validade⁶⁷.

A busca por critérios de comparação e a respectiva fundamentação, no contexto da IIR e da UTPR, pode se iniciar logo pela porta de entrada dessas regras, isto é, pela própria definição do escopo de sua aplicação. Nesse sentido, é oportuno avaliar que, embora a IIR e a UTPR sejam regras de cobrança de imposto de renda complementar de acordo com uma alíquota efetiva sobre renda, a delimitação das empresas potencialmente atingidas por essas regras é definida com base na receita bruta global consolidada do grupo. Isto é, o critério de entrada é a receita, e não a renda. Em face desse critério, questiona-se se a receita é um parâmetro legítimo de comparação entre contribuintes. Se o objetivo das medidas em análise é a tributação da renda, porque ela não está sendo tributada globalmente em um patamar mínimo, mais adequado seria que o critério de definição do escopo dos grupos multinacionais fosse a renda global, e não a receita global.

De um lado, seria possível criticar a definição de escopo fundada em um parâmetro (receita) mais distante da capacidade contributiva do que a renda. Apesar de a receita ser um fato presuntivo de riqueza, ela não é o critério mais preciso para identificar a capacidade contributiva para fins do imposto de renda⁶⁸.

De outro lado, seria possível argumentar que o critério de receita se justificaria, porque ele é mais objetivo e porque a apuração da renda é mais suscetível a manipulações pelos contribuintes e a modificações legislativas por cada jurisdição. Se a OCDE busca, por meio do *Pillar Two*, um “pisso” para a tributação (efetiva, e não apenas nominal) da renda, afastando as particularidades locais que reduzem a base de cálculo de imposto de renda, parece acertado adotar um critério de entrada mais objetivo (receita) e um critério de apuração (menos objetivo) de alíquota efetiva baseado na renda. Até porque a entrada (alta receita) não é garantia de que haverá o imposto complementar.

O escopo do *Pillar Two* também traz à tona preocupações com situações em que o critério da receita não atinge o objetivo das regras do GloBE. Por exemplo,

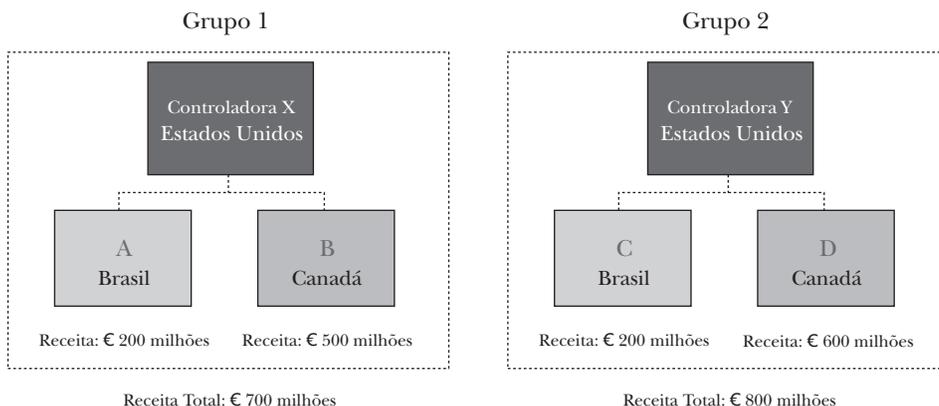
⁶⁷ NOGUEIRA, João Félix Pinto; TURINA, Alessandro. Pillar Two and EU Law. In: PERDELWITZ, Andreas; TURINA, Alessandro (ed.). *Global Minimum Taxation? An analysis of the Global Anti-Base Erosion Initiative. IBFD Tax Research Series v. 4*. Amsterdam: IBFD, 2021, p. 283-313 (292-299).

⁶⁸ BARRETO, Paulo Ayres. Tributação sobre o Consumo: Simplicidade e Justiça Tributária. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Tributação e Desenvolvimento: homenagem ao Prof. Aires Barreto*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 529-545 (537).

em uma situação em que um grupo multinacional tem uma receita bruta anual superior a 750 milhões de euros, porém baixa lucratividade alocada em países com reduzida ou nenhuma tributação da renda, as empresas integrantes desse grupo receberão um tratamento pior do que aquele dado às empresas de outro grupo multinacional com mais lucros alocados nos mesmos países com subtributação, porém com receita bruta anual inferior a 750 milhões de euros. O critério de identificação é falho, porque não captura o objeto da medida, *i.e.* tributar montantes relevantes de lucros subtributados.

O critério da receita considerada à luz do *unitary approach*, para fins de definição do escopo de aplicação das regras do GloBE, também pode implicar problemas quanto a tratamentos anti-isonômicos injustificados para contribuintes em situações equivalentes localmente. Para ilustrar esse raciocínio, apresenta-se um exemplo hipotético em que dois grupos multinacionais têm entidades investidas no Brasil e no Canadá e estão sob o controle de empresas controladoras nos Estados Unidos. Para simplificar, não há diferença entre os grupos do ponto de vista da sua estruturação societária, do número de empregados e dos ativos tangíveis de cada entidade. A única diferença é a receita anual das entidades “B” e “D” no Canadá, de modo que o Grupo 2 tem receita suficiente (800 milhões de euros) para estar submetido às regras do GloBE; já o Grupo 1, tendo receita global de 700 milhões de euros, não está sujeito ao GloBE. Note-se que, comparando as entidades “A” e “C”, o volume de receita bruta é idêntico:

Figura 1 – Exemplo 1 de aplicação da UTPR



Fonte: Acervo pessoal do autor.

Nesse exemplo, a questão que se coloca é se seria possível considerar válido um tratamento fiscal diferente, no Brasil, para entidades “A” e “C”. O critério de discrimen, nessa hipótese, diz respeito apenas ao fato de a entidade “C” do Grupo 2 fazer parte de um grupo multinacional abarcado pelo escopo das regras do

GloBE. Nem sequer o tratamento fiscal dado às entidades “B” e “D”, vale dizer, uma eventual subtributação, justificaria a diferenciação, na medida em que ambas estão no Canadá sujeitas às mesmas regras. Nesse cenário, o referido critério de diferenciação não parece estar em conformidade com o art. 150, II, da Constituição Federal brasileira, ao vedar a instituição de “tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente”. Por um lado, os critérios de comparação relativos à participação de um grupo multinacional e à tributação doméstica não justificam um tratamento diferente, porque as entidades brasileiras estão em situação equivalente. De outro lado, caberia avaliar se o volume de receitas das empresas estrangeiras a elas coligadas pode servir de um critério legítimo de diferenciação.

A dúvida principal se refere ao parâmetro de validação das abordagens global ou local (*unitary approach* versus *separate entity approach*), para fins do escopo do GloBE, isto é, se a validade dessas abordagens será controlada por critérios locais ou globais. Em outras palavras, questiona-se se o volume de receitas das companhias multinacionais deve ser considerado a partir de uma perspectiva local ou global para fins da identificação, ou não, da “situação equivalente”, prevista no art. 150, II, da Constituição Federal. Não há dúvida de que é juridicamente viável tratar diferentemente para fins fiscais pequenas e grandes empresas. No entanto, a mensuração do tamanho das empresas a partir da sua receita global parece ser incompatível com a igualdade, à luz do art. 150, II, da Constituição Federal, por implicar tratamentos desiguais para situações equivalentes sob o prisma local. Como o critério de diferenciação, nesse exemplo, não é capacidade contributiva das entidades locais, porque as receitas são iguais, deve-se verificar se é válida a justificativa para se tratar diferente localmente duas entidades pelo simples fato de elas pertencerem a grupos multinacionais com receitas globais diferentes. A nosso ver, todavia, essa justificação não encontra base em fundamentos constitucionais domésticos. Com efeito, deve prevalecer a capacidade contributiva como critério de comparação por excelência em matéria de imposto de renda. Como o fato de as entidades domésticas pertencerem a grupos multinacionais com receitas globais diferentes não representa localmente maior capacidade contributiva, há conflito com a igualdade.

Nesse sentido, é possível sustentar a inviabilidade jurídica do *unitary approach* em razão da sua contrariedade à igualdade. Essa conclusão pode ser construída a partir da compreensão da capacidade contributiva – enquanto critério de aplicação da igualdade – conforme os fundamentos da tributação, por um Estado, da renda nas transações internacionais. Nessa perspectiva, é possível encontrar uma justificação teórica da tributação internacional, conforme os benefícios oferecidos pelo Estado aos indivíduos que têm uma relação de “pertinência econômica” com a respectiva jurisdição. O conceito de “pertinência econômica”, aqui utilizado, foi desenvolvido por Georg Schanz, para quem a tributação da renda, nas

transações internacionais, poderia ser realizada por um Estado quando existir uma relação de “pertinência econômica” (*wirtschaftliche Zugehörigkeit*) entre ele (Estado) e o indivíduo que gerou a renda a ser tributada. O pensamento de Schanz tem uma certa aproximação com as premissas da OCDE, no *Pillar Two*, na medida em que, para ele, a residência, a nacionalidade ou presença física não seriam os melhores critérios para identificar os fundamentos para a tributação da renda nas transações internacionais, uma vez que a sua aplicação criaria certas injustiças. Pelo contrário, os critérios relativos à participação da vida econômica e social em um Estado e ao aproveitamento dos benefícios gerados por esse Estado seriam mais adequados para justificar o poder de tributar, o que, por sua vez, justificaria uma maior legitimidade para os estados de fonte para tributar a renda nas operações internacionais. Schanz então propôs uma divisão proporcional de um terço para o estado de residência e três quartos para o estado de fonte, que, portanto, em função da maior “pertinência econômica”, teriam direito a um poder de tributar sobre um maior quinhão dos resultados nas transações internacionais⁶⁹.

A proposta de Schanz, embora não tenha sido acolhida internacionalmente, coloca luz no fato de que os riscos incorridos pelo investidor em cada jurisdição⁷⁰ têm uma dimensão, essencialmente, doméstica. Nesse contexto, o *unitary approach* acaba equiparando riscos incomparáveis. São oportunas, nesse particular, as lições de Vogel, segundo o qual a renda do investidor estrangeiro e a renda do investidor local não são equiparáveis à luz da capacidade contributiva local, uma vez que elas foram auferidas sob condições diferentes, esforços diferentes e sob riscos diferentes daqueles relacionados à renda doméstica correspondente⁷¹.

Seria possível questionar se a proposta de Schanz, de 1892, seria oportuna para o cenário do século XXI, ou se as condições estruturais dos estados tradicionalmente de residência e de fonte nas transações internacionais não teriam sido alteradas sensivelmente. Esse questionamento é oportuno, porém é possível notar que as diferenças entre os riscos assumidos em cada jurisdição ainda são pertinentes, na medida em que existe uma desigualdade econômica e social relevante entre países ricos, países em desenvolvimento e países pobres⁷². Essa desigualdade estrutural reforça a ideia de que a comparação entre capacidades contributivas manifestadas em jurisdições diferentes deve considerar os riscos distintos assumi-

⁶⁹ SCHANZ, Georg. Zur Frage Der Steuerpflicht. *FinanzArchiv / Public Finance Analysis* v. 9, no. 2. JSTOR, 1892, p. 1-74. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/40904760>. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁷⁰ VOGEL, Klaus. Worldwide v[ersu]s source taxation of income: a review and re-evaluation of arguments. Parte II. *Intertax* v. 16, Issue 10, 1988, p. 310-320.

⁷¹ VOGEL, Klaus. Die Besteuerung von Auslandseinkünfte – Prinzipien und Praxis. In: VOGEL, Klaus. *Grundfragen des Internationalen Steuerrechts*. Munique: Otto Schmidt, 1985, p. 26.

⁷² PIKETTY, Thomas *et al.* *World Inequality Report 2022*. Paris: World Inequality Lab, 2022.

dos em cada mercado. Condições estruturais distintas implicam diferenças na relação risco-retorno em cada jurisdição.

Embora quantitativamente possa haver uma equivalência, os resultados obtidos em jurisdições diferentes não são semelhantes, de acordo com a capacidade contributiva, porque eles decorrem de contextos domésticos distintos e, portanto, são produtos da assunção de riscos díspares⁷³. Riscos, enquanto elementos integrantes do processo de comparação de capacidades contributivas em jurisdições distintas, deveriam ser computados como aspecto essencial para caracterização de tratamento fiscal não discriminatório. Haveria, portanto, uma correlação entre capacidade contributiva e limites ao poder de tributar não residentes construída a partir de uma perspectiva local (benefícios disponibilizados pelo Estado, em linha com a teoria do benefício, e os recursos disponíveis à tributação localmente)⁷⁴.

A comparação entre contribuintes domésticos a partir das justificações vinculadas a fatos ocorridos no exterior (sob riscos diferentes) motiva a violação da igualdade. Isto é, na aplicação da IIR e da UTPR, os contribuintes serão tratados diferentemente para fins fiscais de acordo com (i) a sua interligação societária com um grupo multinacional submetido ao GloBE e (ii) à carga tributária das empresas estrangeiras integrantes desse grupo. Em última análise, o tratamento fiscal doméstico pode ser desfavorecido a determinada empresa local sob a justificativa de que uma empresa estrangeira a ela ligada está sendo subtributada. Nesse contexto, comparar tais justificações (*i.e.*, as cargas tributárias de países diferentes), em alguma medida, significa tratar diferentemente investidores estrangeiros conforme a sua localização, caracterizando um tratamento discriminatório. Nesse sentido, o *unitary approach* viola a igualdade.

Se, de um lado, para fins contábeis, justifica-se a consolidação de resultados dos grupos multinacionais, para fins exclusivos de evidenciação e transparência empresarial, de outro lado, para fins da tributação internacional, a mesma abordagem global encontra obstáculos relevantes, que tensionam a validade jurídica do *unitary approach* à luz da igualdade.

Por essas razões, entendemos que o *unitary approach* carece de validade jurídica.

III.2. IIR

A implementação da IIR no Brasil deve suscitar algumas preocupações relevantes. Dentre elas, serão aqui avaliados (i) os critérios adotados pelo Supremo

⁷³ SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios e Limites da Tributação. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (coord.). *Princípios e Limites da Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 323-374 (365).

⁷⁴ MAFFEZZONI, Federico. *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1970, p. 17-20.

Tribunal Federal para avaliar a tributação nos lucros do exterior, (ii) a relação entre a IIR e as normas já constantes da legislação tributária brasileira sobre o tema, e (iii) a potencial contrariedade entre a IIR e o art. 7(1) dos acordos para evitar a dupla tributação.

Primeiramente, considerando o objetivo de realizar um teste de viabilidade jurídica da IIR com o ordenamento jurídico brasileiro, é razoável iniciar a avaliação pela experiência brasileira sobre o tema. Sendo a IIR uma norma que se assemelha às regras CFC, cabe lembrar que o Brasil já teve a sua antiga regra de reconhecimento no Brasil de lucros no exterior (art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001) testada e validada, em parte, pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucional (ADI) n. 2.588/DF. Em resumo, a decisão final desse julgamento fixou o entendimento, com efeitos *erga omnes*, de que a regra prevista no art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001: (i) seria aplicável às entidades controladas sediadas em países de tributação favorecida e paraísos fiscais; e (ii) não seria aplicável às entidades coligadas estabelecidas em países sem tributação favorecida. Em relação às demais hipóteses (controladas em país sem tributação favorecida e coligadas em paraísos fiscais), a votação não alcançou maioria, de modo que prevaleceu a constitucionalidade da regra, porém sem eficácia *erga omnes* e sem efeitos vinculantes nessa parte⁷⁵. No mesmo dia daquele julgamento (10 de abril de 2013), a Suprema Corte apreciou outros dois casos: os Recursos Extraordinários (REs) n. 541.090 e n. 611.586. No primeiro caso, foi admitida a aplicação do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 às empresas controladas sediadas em país sem tributação favorecida. No segundo caso, foi validada a aplicação da referida regra para as empresas coligadas localizadas em paraíso fiscal. Portanto, nos REs n. 541.090 e n. 611.586, o Supremo Tribunal Federal acabou julgando alguns dos temas que tinham ficado sem julgamento na ADI n. 2.588/DF, confirmando em relação a eles a constitucionalidade do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001.

Nesses julgamentos (aqui considerados em conjunto), parte relevante dos Ministros (Nelson Jobim, Eros Grau, Cezar Peluso, Teori Zavascki, Rosa Weber, Dias Toffoli e Gilmar Mendes) entendeu que a aplicação do Método de Equivalência Patrimonial (MEP) teria o condão de caracterizar a disponibilidade pela controladora da sua controlada ou coligada. De outro lado, os Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio Greco, Ricardo Lewandowski e Celso de Mello adotaram a linha de que a regra seria inconstitucional, por não haver disponibilidade pela controladora dos lucros no exterior a ela não distribuídos, independentemente das relações societárias com as investidas, isto é, sejam elas controladas ou coliga-

⁷⁵ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.588/DF, Ministra Relatora Ellen Grace, Ministro Redator Joaquim Barbosa, julgado em 10.04.2013.

das. Já para a Ministra Ellen Grace, relatora do acórdão, e para o Ministro Carlos Ayres Britto, o controle seria um critério decisivo, na medida em que a mera faculdade de exercício do poder societário de distribuição de lucros já seria suficiente para caracterizar a disponibilidade jurídica sobre a renda. Houve uma diferença relevante entre os votos da Ministra Ellen Grace e do Ministro Carlos Ayres Britto: para este último, seria razoável equiparar as coligadas às controladas, porque, mesmo não tendo controle, seria possível uma influência “acentuada” nas decisões das coligadas. Por fim, o Ministro Joaquim Barbosa, redator do acórdão, rejeitou o critério do MEP como mecanismo por meio do qual lucros no exterior estariam disponíveis no Brasil, sob o argumento de que a controlada poderia optar por não distribuir os lucros, deixando de caracterizar o fato gerador de imposto de renda no Brasil. Até aqui todos os votos adotaram a disponibilidade dos lucros no Brasil como critério de julgamento. No entanto, o Ministro Joaquim Barbosa acrescentou um critério novo: nas hipóteses em que as controladoras ou coligadas estão em país com regime de tributação favorecida ou paraísos fiscais, o parâmetro não deveria ser a disponibilidade sobre lucros, e sim o combate a atos presumidamente evasivos. O Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto, parece tratar os “paraísos fiscais” e os “regimes de tributação favorecida” sem muita preocupação com o rigor na sua distinção. Ora se fez menção às duas expressões como se fossem equivalentes, ora se fez referência apenas a “paraíso fiscal”:

“A presunção do intuito evasivo somente é cabível se a entidade estrangeira estiver localizada em países com tributação favorecida, ou que não imponham controles e registros societários rígidos (‘paraísos fiscais’).

[...]

Se a empresa estrangeira não estiver sediada em um ‘paraíso fiscal’, a autoridade tributária deve argumentar e provar a evasão fiscal, isto é, a ocultação do fato jurídico tributário ou da obrigação tributária.

[...]

Ante o exposto, conheço da ação direta de inconstitucionalidade e a julgo parcialmente procedente, para dar interpretação conforme à Constituição ao art. 74 da MP 2.158-35, de modo a limitar sua aplicação à tributação das pessoas jurídicas sediadas no Brasil cujas coligadas ou controladas no exterior estejam localizadas em países de tributação favorecida ou desprovidos de controles societários e fiscais adequados, normalmente conhecidos por ‘paraísos fiscais.’”⁷⁶

Como na parte dispositiva do voto, há menção tanto a “paraísos fiscais” quanto aos “regimes de tributação favorecida”, considera-se aqui que essas duas

⁷⁶ Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.588/DF, Ministra Relatora Ellen Grace, Ministro Redator Joaquim Barbosa, julgado em 10.04.2013, p. 237.

categorias foram validadas como critérios de aplicação da regra, de modo a permitir a adoção de uma chamada “presunção do intuito evasivo”.

A ideia de um caráter abusivo presumido, como consta do voto do Ministro Joaquim Barbosa, no julgamento da ADI n. 2.588/DF, lembra em alguma medida os debates iniciais sobre o *single tax principle*⁷⁷, que vem dando subsídios teóricos para as propostas da OCDE/G20 no *Pillar Two*. Isso porque, mesmo não se tratando de paraíso fiscal, e sim apenas de jurisdição que adota uma tributação abaixo do patamar global, supostamente, já existiria fundamento para um tratamento no Brasil pior para a controladora brasileira do que aquele atribuído a outra controladora brasileira, cujas investidas estão em país que pratica uma tributação da renda superior ao patamar mínimo global.

De um lado, não podemos concordar com o critério adotado pelo Supremo Tribunal, no referido julgamento, na medida em que a presunção absoluta de abuso acaba por não respeitar o direito de contribuinte provar que não está cometendo abuso ou evasão fiscal alguma, em contrariedade à proporcionalidade. O simples fato de ter investido em um país que tributa a renda abaixo do patamar mínimo global não caracteriza abuso. Presunções absolutas de abuso devem ser rechaçadas do ordenamento jurídico brasileiro, por desrespeitar o princípio da proporcionalidade, quando se trata da restrição de direitos dos contribuintes⁷⁸.

De outro lado, é possível extrair desse julgamentos critérios importantes para um eventual julgamento de constitucionalidade da IIR, que aqui se especula com espírito científico: (i) o primeiro critério diz respeito à disponibilidade da renda como parâmetro de verificação da viabilidade jurídica da exigência de tributos sobre lucros auferidos no exterior, sendo admitida a caracterização da disponibilidade quando houver controle societário ou influência significativa; (ii) o segundo critério consiste na existência de controle ou algum indicativo de influência significativa, sugerindo que as relações societárias são relevantes para o exame da disponibilidade da renda; (iii) o terceiro critério se refere à carga tributária reduzida sobre a renda praticada por jurisdições nas quais estão localizadas empresas investidas da controladora brasileira como um fator de diferenciação válido, segundo a Suprema Corte, para se atribuir um tratamento fiscal desfavorado para a respectiva controladora brasileira em comparação com as demais controladoras brasileiras que não investem em tais países; (iv) o quarto critério pode ser encontrado em uma premissa implícita na maioria de votos: privilegiou-

⁷⁷ KOURY, Paulo Arthur Cavalcante. *A Tributação Brasileira de Sociedades no Exterior: das origens ao imposto mínimo global*. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 142-143.

⁷⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo; SCHOUERI, Pedro Guilherme Lindenberg. Novas Fundações do Direito Tributário Internacional? A OCDE, Seus Pilares I e II e a Covid-19. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; NETO, Luís Flávio; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional IBDT DEF/USP. A Tributação Internacional e a Recuperação Econômica: o papel dos países emergentes*. São Paulo: IBDT, 2022, p. 63-83 (78).

se a autonomia jurídica das controladas e coligadas (*separate entity approach*), de modo que os lucros, cuja tributação se admitiu no Brasil, eram de titularidades das entidades estrangeiras, e não de titularidade jurídica das controladoras brasileiras⁷⁹.

À primeira vista, seria possível dizer que, aplicando os critérios adotados pelo Supremo Tribunal Federal (na ADI n. 2.588 e nos REs n. 541.090 e n. 611.586)⁸⁰ em conjunto com o patamar de subtributação de 20%, dado pela Lei n. 12.973/2014, os critérios da IIR estariam de acordo com os parâmetros adotados nos referidos julgados para permitir a tributação dos lucros, no Brasil, das empresas controladas situadas em regime de tributação inferior a 15%. Isso porque a IIR, de um lado, se aplica para controladas e coligadas, conforme os conceitos de “Entidade Principal de um Grupo Multinacional” (*Ultimate Parent Entity of an MNE Group*) e de “Entidade Principal parcialmente proprietária” (*Partially-Owned Parent Entity*), previsto nos arts. 2.1.1 e 2.1.4 do *Model Rules*. E, de outro lado, o objeto da IIR é a renda das controladas ou coligadas submetidas a algum regime de subtributação da renda.

Entretanto, essa conclusão nos parece precipitada. Isso porque ela deve ser infirmada a partir da relevância dada por muitos Ministros, nos julgamentos acima mencionados, ao MEP como mecanismo de caracterização de disponibilidade sobre a renda. Diante disso, é difícil sustentar que a decisão da Suprema Corte naqueles julgamentos teria a mesma conclusão diante de uma norma que não se baseasse no MEP⁸¹. Esse ponto é importante, porque, na IIR, não há propriamente um método contábil fundamentando o reconhecimento dos lucros no exterior, pelo contrário, trata-se o lucro da companhia investida como se já fosse da companhia investidora. Ademais, parte dos votos daqueles julgamentos consideram que seria necessário dar um tratamento para o tema à luz do combate ao abuso e aos paraísos fiscais, o que igualmente não se aplica para IIR. Além disso, os elementos considerados naqueles julgamentos são bastantes distintos daqueles a serem observados no julgamento da IIR, seja da perspectiva política, seja da perspectiva normativa.

Diante disso, a nosso ver, a conclusão mais razoável e cientificamente precisa é a de que a decisão do Supremo Tribunal Federal, nos referidos julgamentos, é um parâmetro impertinente ou, sendo menos rigoroso, insuficiente para se ava-

⁷⁹ CARVALHO, Lucas de Lima. The Constitutional Case Against the UTPR in Brazil. *Tax Notes International* v. 109, janeiro de 2023, p. 609-618.

⁸⁰ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 541.090, Ministro Relator Joaquim Barbosa, Ministro Relator Teori Zavascki, julgado em 10.04.2013; Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 611.586, Ministro Relator Joaquim Barbosa, julgado em 10.04.2013.

⁸¹ KOURY, Paulo Arthur Cavalcante. *A Tributação Brasileira de Sociedades no Exterior: das origens ao imposto mínimo global*. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 153.

liar a viabilidade jurídica da IIR no Brasil, porque as normas aplicáveis, o contexto, os objetivos e o principal fundamento (questão do MEP) são diferentes⁸².

Em segundo lugar, cabe avaliar a maneira como a IIR viria a interagir com as regras de Tributação em Bases Universais (TBU) previstas nos arts. 77 e seguintes da Lei n. 12.973/2014. Observa-se que as atuais regras de TBU, constantes dos arts. 77 e seguintes da Lei n. 12.973/2014, já são bastante abrangentes para capturar os lucros no exterior de companhias e com um patamar de subtributação de 20% (vinte por cento), como previsto no art. 84, III, da referida Lei (com possibilidade de o Poder Executivo reduzir esse patamar para 15%) e, portanto, superior ao patamar de tributação mínima do GloBE. Entretanto, há uma diferença significativa entre TBU e IIR: a base de cálculo do tributo. De um lado, para fins de TBU, considera-se alíquota nominal sobre uma base de cálculo apurada com as regras domésticas de cada jurisdição. De outro lado, para IIR, apura-se uma base de cálculo padronizada, de acordo com ajustes predeterminados, afastando-se tratamentos fiscais particulares de cada jurisdição, de modo que se atinja uma alíquota efetiva de 15%. A forma de cálculo do lucro tributável (“Computation of GloBE Income or Loss”), os tributos considerados na apuração (“Computation of Adjusted Covered Taxes”) e a apuração da alíquota efetiva sobre um lucro residual (“Computation of Effective Tax Rate and Top-up Tax”), respectivamente, nos capítulos 3, 4 e 5 das *Model Rules*, são indicativos ilustrativos das diferenças entre as bases de cálculo entre as regras de TBU e a IIR⁸³.

Outra ilustração eloquente dessas diferenças de bases de cálculo pode ser encontrada no relatório *Tax Incentives and the Global Minimum Corporate Tax: Reconsidering Tax Incentives after the GloBE Rules*, da OCDE, em que fica claro que os incentivos fiscais concedidos por cada jurisdição reduzem a base de incidência das regras de TBU, mas não necessariamente a base de IIR. Diante disso, os incentivos passam ser a objeto de recomendações de reforma pela OCDE⁸⁴. Com isso, fica nítida a posição da OCDE no sentido do direcionamento de esforços para se buscar não apenas uma tributação global mínima do ponto de vista nominal, e sim uma tributação mínima efetiva, de acordo com um redesenho específico dos benefícios fiscais de imposto de renda em linha com a exclusão de atividades substantivas (“substance-based income exclusion”)⁸⁵. O efeito pretendido pelo

⁸² Em sentido diverso, confira-se: MAGALHÃES, Tarcísio Diniz; MANSUR, Débora Ottoni Uébe. How Brazil Could Design a Tax to Achieve UTPR Goals. *Tax Notes International* v. 110, abril de 2023, p. 225-229; CARVALHO, Lucas de Lima. The Constitutional Case Against the UTPR in Brazil. *Tax Notes International* v. 109, janeiro de 2023, p. 609-618.

⁸³ OECD. *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS*. Paris: OECD Publishing, 2021.

⁸⁴ OECD. *Tax Incentives and the Global Minimum Corporate Tax: Reconsidering Tax Incentives after the GloBE Rules*. Paris: OECD Publishing, 2022, p. 47.

⁸⁵ PEREZ-NAVARRO, Grace. What Does Pillar Two’s Global Minimum Tax Mean for Tax Incentives? *Intertax* v. 51, Issue 2, 2023, p. 100-104.

Pillar Two, nesse particular, é tornar ineficazes os incentivos fiscais e os mecanismos redutores de base de cálculo desalinhados com as orientações da OCDE, na medida em que eles reduzem a *Effective Tax Rate* (ETR) em uma jurisdição abaixo de 15%, o que transfere para outra jurisdição o poder de tributar o valor correspondente ao incentivo e à redução. Sob esse ângulo, essa medida representa um desincentivo à concessão de determinados incentivos fiscais e reforça as diferenças entre a IIR e as regras de TBU⁸⁶.

Dessa perspectiva, a IIR pode ser vista como um imposto complementar às regras de TBU, a fim de aumentar a base de cálculo da tributação da renda e, assim, capturar materialidades não tributadas (no exterior, na jurisdições das controladas ou coligadas) em razão do desalinhamento das regras domésticas de cada país a respeito da base de cálculo de imposto sobre a renda. Nesse cenário, é possível que uma empresa esteja submetida às regras de TBU, e não esteja sujeita à IIR, porque a sua tributação efetiva é superior a 15%, mas inferior à tributação nominal de 20%. Assim como o inverso também é factível: uma empresa pode estar submetida à IIR sem estar abarcada pelas regras de TBU, porque a tributação nominal de 20% não garante uma tributação efetiva superior a 15%.

Portanto, parece que a relação entre TBU e IIR é uma relação de complementariedade, dentro da tributação da renda. A IIR, pela sua natureza, seria uma regra de imposto de renda. Não se trata, portanto, de um tributo novo, e sim de imposto de renda, com uma base de cálculo diferente, o que nos parece não contrariar o art. 154, I, da Constituição Federal.

Isso não quer dizer que concordamos com a constitucionalidade do regime de TBU da Lei n. 12.973/2014, que, inclusive, vem sendo questionado judicialmente pelos contribuintes⁸⁷. Pelo contrário, entendemos que os mesmos fundamentos baseados na ausência de disponibilidade jurídica utilizados no questionamento do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001 são pertinentes para reafirmar a validade dos arts. 77 e seguintes da Lei n. 12.973/2014⁸⁸. O ponto aqui é identificar a correlação entre a IIR e as atuais regras brasileiras sobre o tema no sentido da complementariedade: uma espécie de ampliação da base de cálculo de imposto de renda.

Adentrando ao cerne do teste de viabilidade da IIR, a questão que nos parece mais importante é a definição de quem é o contribuinte que está sendo tribu-

⁸⁶ BAMBENS, Niels; BETTENS, Dieter. The Potential Impact of Pillar Two on Tax Incentives. *Intertax* v. 51, Issue 2, 2023, p. 155-169.

⁸⁷ Confira-se o incidente de declaração de inconstitucionalidade do art. 76 da Lei n. 12.973/2014, reconhecido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no processo n. 50005596-52.2015.4.04.7000/PR, Desembargador Relator Amaury Chaves de Athayde, julgado em 21.07.2021.

⁸⁸ ROCHA, Sergio André. *Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 143.

tado, isto é, a norma está tributando lucros da controladora ou investidora, enquanto parcela dos ajustes do seu investimento na controlada ou coligada (no Brasil, identificado pelo método de equivalência patrimonial) ou a norma está tributando os lucros da controlada ou coligada, não distribuídos para sua controladora ou investidora. Essa questão está presente tanto nos arts. 77 e seguintes da Lei n. 12.973/2014 quanto na IIR, na medida em que a redação de ambas as normas sugere, em uma primeira leitura, que quem está sendo tributada, na verdade, é a controladora em função do seu investimento, e não propriamente os lucros da investida estrangeira. Nesse sentido, o art. 77 da Lei n. 12.973/2014, ao fazer referência à “parcela do ajuste do valor do investimento em controlada”, poderia, supostamente, ser entendido como uma regra de tributação dos lucros da controladora. Frisa-se: trata-se apenas de uma leitura à primeira vista. Já a IIR exige da controladora ou investidora o pagamento de um imposto complementar em função da sua participação societária em entidade localizada em país com subtributação. Em outras palavras, trata-se da tributação dos resultados da controladora ou investidora e o fato gerador estaria ocorrendo no estado da sua residência. Portanto, nessa linha de raciocínio, não se trata de lucros no exterior, e sim de resultados nacionais para a controladora ou investidora.

A nosso ver, todavia, a melhor leitura para os arts. 77 e seguintes da Lei n. 12.973/2014 é no sentido de que essa norma alcança os lucros das controladas e coligadas no exterior, e não apenas os reflexos no patrimônio da investidora brasileira⁸⁹. A ideia de que se trataria apenas de um “método de adição”, segundo o qual as empresas investidoras são obrigadas a adicionar, na apuração do seu lucro líquido, a parcela proporcional dos resultados positivos das empresas investidas não retira a importância do fato de que somente existe resultado positivo, na investida, porque ela auferiu lucro⁹⁰. É dizer: sem o lucro da investida, o ajuste na investidora em relação ao seu investimento não seria positivo. Assim, se há algum resultado a adicionar na companhia investidora é porque esse resultado não era originalmente dela⁹¹. Essa conclusão – importante reconhecer – está pautada na abordagem que respeita a autonomia entre a investidora e investida (*separate entity approach*). Justamente essa abordagem que está sendo desafiada, com base no *unitary approach*, para tratar, no contexto do GloBE, as multinacionais como se as

⁸⁹ ROCHA, Sergio André. *Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 141-143.

⁹⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Brazil: CFC Rules and Tax Treaties in Brazil: A Case for Article 7. In: LANG, Michael *et al* (org.). *Tax Treaty Case Law Around the Globe 2015*. Viena: Linde, 2016. v. 97, p. 69-85.

⁹¹ BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. Tributação do Resultado de Coligadas e Controladas no Exterior em face da Lei n. 12.973/2014. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2014. v. 18, p. 352-378 (371).

suas entidades não tivessem autonomia, sendo a multinacional tratada como um único ente.

Como visto acima, no julgamento do Supremo Tribunal Federal, a abordagem adotada foi no sentido da autonomia entre a companhia investidora e a companhia investida (*separate entity approach*), o que sugere um potencial conflito com a jurisprudência nacional. Em uma leitura mais rápida, seria possível dizer que o *unitary approach* não estaria alinhado com a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 2.588/DF. No entanto, a Suprema Corte não examinou o tema sob essa perspectiva, pois julgou a norma (art. 74 da Medida Provisória n. 2.158-35/2001) posta em um contexto específico, à luz do MEP e a caracterização de abuso, o que não se mostra pertinente no exame do *Pillar Two*.

A identificação do contribuinte nesse debate é essencial para examinar como se estabelece a relação entre a IIR e o art. 7(1) dos acordos para evitar a dupla tributação. É possível construir duas linhas de raciocínio contrapostas nessa questão. De um lado, há argumentos para sustentar que haveria contrariedade entre a IIR e o art. 7 dos acordos, considerando que o art. 7 permite a tributação dos lucros da empresa somente no seu estado de residência, se não houver estabelecimento permanente no estado da fonte. Com efeito, os lucros da empresa subsidiária apenas seriam tributados no seu estado de residência. Desse modo, a IIR seria incompatível com o art. 7 ao autorizar a tributação pelo estado de residência da controladora dos lucros auferidos pela sua investida. Note-se que é premissa para essa linha de raciocínio a caracterização da empresa investida como a titular dos lucros a serem tributados. De outro lado, observa-se que a OCDE já se manifestou, nos comentários ao art. 7 da sua Convenção Modelo, no sentido da inexistência de conflito entre as regras CFC e o art. 7 dos acordos, sob o argumento de que os lucros a serem tributados nas regras CFC não seriam da empresa investida, e sim da investidora. Nesse contexto, a OCDE sustenta que o art. 7(1) não representaria um obstáculo para que o estado de residência tribute os lucros de seus próprios residentes, ainda que o cálculo desse lucro considere proporcionalmente a parcela dos lucros de empresas estrangeiras conforme a sua participação societária nessas empresas⁹². Ou seja, as regras CFC teriam o condão de capturar os lucros da investidora, e não da investida. Isso tem sido visto como um aspecto pertinente para o exame da relação entre a IIR e o art. 7 dos acordos, tendo em vista a proximidade teológica entre a IIR e as regras CFC⁹³. Como se vê, o ponto central é a definição de quem é o contribuinte.

⁹² OECD. *Commentaries on the articles of the Model Tax Convention*. Paris: OECD Publishing, 2017, p. 32, § 81 dos comentários ao art. 1.

⁹³ NAVARRO, Aitor. Jurisdiction not to tax, tax sparing clauses and the income inclusion rule of the OECD Pillar 2 (GloBE) proposal: the demise of a policy instrument of developing countries? *Copenhagen Business School Law Research Paper Series* n. 20-22, 2020.

Há quatro problemas com a conclusão segundo a qual não haveria contrariedade entre a IIR e o art. 7 dos acordos.

Primeiro, o *unitary approach*, no que se refere à superação da autonomia jurídica das unidades do grupo multinacional contraria a igualdade, do ponto de vista jurídico, como visto acima.

Segundo, há uma falha de premissa nos comentários da OCDE sobre o art. 7(1) dos acordos: trata-se de um critério objetivo (lucros), e não subjetivo (controladora). O texto do art. 7(1) da Convenção Modelo da OCDE não permite a interpretação de que o parâmetro de análise seria a titularidade (aspecto subjetivo) dos lucros; de modo diverso, tudo indica que os lucros são ali considerados de uma perspectiva objetiva. Mesmo que se admitisse uma perspectiva subjetiva, os acordos têm como base a abordagem que garante a autonomia jurídica entre investidoras e investidas⁹⁴. O ponto é controverso. Luís Eduardo Schoueri lembra que a posição da OCDE sobre o tema foi, originalmente, inserida no parágrafo 10.1 dos comentários ao art. 7 da Convenção Modelo de 2003 em resposta ao Caso *Schneider Electric* julgado pelo Conselho de Estado da França, em junho de 2002⁹⁵. Nesse caso, o contribuinte teve sucesso em afastar a cobrança do imposto de renda, pela França, com base no art. 7 do acordo entre França e Suíça, sob o argumento de que, não havendo, na França, um estabelecimento permanente da empresa suíça *Paramer* (subsidiária da empresa francesa *Schneider Electric*), os seus lucros são tributáveis apenas na Suíça, mesmo diante da regra CFC francesa que estabelecia a tributação na França dos lucros não distribuídos pela *Paramer* para sua controladora francesa *Schneider Electric*⁹⁶. Ou seja, a aplicação do art. 7 do acordo prevaleceu sobre a regra CFC, afastando o poder de a França tributar a empresa controladora francesa em relação à sua controladora suíça, uma vez que esta não tinha estabelecimento permanente na França. Diante desse caso, a OCDE passou a se posicionar, nos comentários da Convenção Modelo (de 2003 e seguintes), no sentido de que o art. 7 dos acordos não impediria a aplicação das regras CFC. O entendimento da OCDE ganhou suporte na posição de alguns doutrinadores, tais como Michael Lang⁹⁷, Joanna Wheeler⁹⁸,

⁹⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo; SCHOUERI, Pedro Guilherme Lindenberg. Novas Fundações do Direito Tributário Internacional? A OCDE, Seus Pilares I e II e a Covid-19. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; NETO, Luís Flávio; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional IBDT DEF/USP. A Tributação Internacional e a Recuperação Econômica: o papel dos países emergentes*. São Paulo: IBDT, 2022, p. 63-83 (81).

⁹⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. The objective scope of Article 7 and the treaty protection to deemed distributed dividends. *Kluwer International Tax Blog*, abril de 2015.

⁹⁶ FRANÇA. Conselho de Estado, decisão n. 232276, *Schneider Electric versus Ministro da Economia, Finanças e Indústria*, Assembleia de 28 de junho de 2002.

⁹⁷ LANG, Michael. CFC regulations and double taxation treaties. *Bulletin for International Fiscal Documentation* v. 57, issue 2, 2023, p. 51-58 (54).

⁹⁸ WHEELER, Joanna. *The missing keystone of income tax treaties*. Amsterdam: IBFD, 2012, p. 23.

Daniele Canè⁹⁹, segundo os quais os acordos para evitar a dupla tributação não estabelecem limites ou critérios sobre a forma de apuração de lucros, que são definidos pelas regras domésticas. Este argumento não se sustenta, pela sua impertinência, como tem sido reconhecido por outra parte doutrina¹⁰⁰. De fato, a apuração do imposto de renda é definida por regras domésticas. Porém, na medida em que, nessa apuração, são computados lucros que não são da empresa doméstica e não foram a ela distribuídos, há um conflito com o art. 7 dos acordos. Os lucros somente são adicionados na sua apuração, porque, originalmente, tais lucros não eram da entidade controladora. A nosso ver, há sim conflito entre as regras CFC e o art. 7 do acordos, se tais regras pretendem tributar lucros que não foram distribuídos à controladora e cuja tributação depende da adição em sua apuração, em sentido contrário à interpretação dada pela OCDE e de maneira alinhada com a decisão do Conselho de Estado francês no Caso Schneider Electric.

Em terceiro lugar, a política brasileira de acordos para evitar a dupla tributação não é clara no sentido de acolher a interpretação (da OCDE), segundo a qual o Brasil poderia tributar os seus residentes (controladoras) em relação aos lucros auferidos no exterior por suas controladas, com base no atual art. 1(3) da Convenção Modelo da OCDE, reduzindo, assim, o escopo de aplicação do art. 7 dos acordos. O atual texto do art. 1(3) da Convenção Modelo da OCDE visa resguardar o direito de os países contratantes tributarem os seus próprios residentes, endereçando a situação aqui examinada (conflito entre as regras CFC e o art. 7 dos acordos), em linha com a leitura da OCDE de que os lucros auferidos no exterior por controladas podem ser considerados lucros da controladora. Os acordos brasileiros recentemente assinados com Singapura, Suíça e Emirados Árabes têm o referido art. 1(3), porém com aplicação limitada aos instrumentos híbridos, indicando que a recente política brasileira não acolheu, nesses acordos, a interpretação que limitaria a aplicação do art. 7 dos acordos. Já o acordo assinado com o Reino Unido – hoje, o mais recente – contempla o atual texto do art. 1(3) da Convenção Modelo da OCDE, o que poderia sugerir uma mudança de postura, em desfavor da aplicação ampla do art. 7 desse acordo. Logo, para os acordos brasileiros desprovidos do atual texto do art. 1(3) da Convenção Modelo da OCDE (todos menos o acordo com o Reino Unido), o art. 7 dos acordos, em tese, deveria ser aplicado, garantindo a tributação dos lucros auferidos pela companhia investida estrangeira (da investidora brasileira) no seu estado de residência (no exte-

⁹⁹ CANÈ, Daniele. Controlled foreign corporations as fiscally transparent entities. *World tax journal* v. 9, issue 4, 2017, p. 521-563 (534).

¹⁰⁰ CHAND, Vikram; TURINA, Alessandro; ROMANOVSKA, Kinga. Tax Treaty Obstacles in Implementing the Pillar Two Global Minimum Tax Rules and a Possible Solution for Eliminating the various challenges. *World Tax Journal*, fevereiro de 2022, p. 3-50.

rior). Em outras palavras, a adoção da IIR demandaria a alteração dos acordos celebrados pelo Brasil para incluir o atual texto do art. 1(3) da Convenção Modelo da OCDE. Essa inclusão esclareceria, inclusive, a posição do Brasil em relação a cada acordo quanto à controvérsia acerca do conflito entre as regras CFC e o art. 7 dos acordos¹⁰¹. Em sentido contrário à ideia aqui defendida, os comentários constantes do parágrafo 81 do art. 1 da Convenção Modelo, em sua versão de 2017, sinalizam que a OCDE entende que a ausência do art. 1(3) não seria obstáculo para a adoção do entendimento de que as regras CFC prevalecem sobre o art. 7 dos acordos¹⁰². Não se pode concordar com essa visão da OCDE: a inclusão do art. 1(3) só se fez necessária em razão da controvérsia sobre o tema e porque há argumentos razoáveis para sustentar a prevalência do art. 7 dos acordos, em linha com a busca da preservação dos seus benefícios.

Por fim, em quarto lugar, a premissa da OCDE para permitir a tributação no estado de residência da companhia investidora dos lucros auferidos no exterior pela companhia investida está fundada na relação entre as regras CFC e o art. 7 dos acordos, com fundamento na caracterização de uma prática abusiva. É dizer: nas regras CFC, afastam-se as regras gerais (art. 7 dos acordos), porque há uma excepcionalidade (abuso), que justificaria um tratamento diferenciado. Esse aspecto é importante, porque, na IIR, não há esse fundamento. Isto é, o abuso não é um elemento integrante dos fundamentos da tributação. Para a aplicação da IIR, é irrelevante a caracterização de abuso, o que a diferencia significativamente das regras CFC. Portanto, afastado o fundamento (abuso) da interpretação excepcional da OCDE sobre a relação entre as regras CFC e o art. 7 dos acordos, uma vez que ele é impertinente, não subsistiria, a princípio, uma justificação válida para a IIR prevalecer sobre o art. 7 dos acordos. No mesmo sentido, há outras diferenças relevantes entre a IIR e as regras CFC (tais como a *blending jurisdiction basis* e os *carve-outs*) que reforçam a impossibilidade de se transpor automaticamente, para o exame da IIR, os comentários da OCDE sobre o conflito entre as regras CFC e o art. 7 dos acordos. A nosso ver, o melhor caminho seria a alteração dos acordos para explicitar a relação entre a IIR e o art. 7 dos acordos¹⁰³.

Outra modificação relevante nos acordos brasileiros que pode vir a garantir maior eficácia para a IIR é aquela recomendada no *Pillar Two* referente à adoção da Regra de Supressão de Tratados (*switch-over-rule – SOR*). Como visto, a *switch-*

¹⁰¹ NAVARRO, Aitor. Jurisdiction not to tax, tax sparing clauses and the income inclusion rule of the OECD Pillar 2 (GloBE) proposal: the demise of a policy instrument of developing countries? *Copenhagen Business School Law Research Paper Series* n. 20-22, 2020.

¹⁰² OECD. *Commentaries on the articles of the Model Tax Convention*. Paris: OECD Publishing, 2017, p. 32, § 81 dos comentários ao art. 1.

¹⁰³ NOGUEIRA, João Félix Pinto; PISTONE, Pasquale; ANDRADE, Betty; TURINA, Alessandro. The OECD Public Consultation Document “Global Anti-Base Erosion (GloBE) Proposal – Pillar Two”: An Assessment. *Bulletin for International Taxation*, IBFD, fevereiro de 2020, p. 62-75 (72).

-over-rule afasta os benefícios dos acordos para evitar a dupla tributação quando a empresa investida ou estabelecimento permanente no estado de fonte estiver sujeito a baixa ou nenhuma tributação, de modo que a controladora seja obrigada a tributar no estado de residência dos lucros não tributados no estado de fonte. Em alguma medida, a *switch-over-rule* tem o mesmo efeito que negar a aplicação do art. 7(1) dos acordos, sob o argumento de que onde os lucros seriam passíveis de tributação (estado onde está situado o estabelecimento permanente, conforme o art. 7) não está ocorrendo a tributação ou está ocorrendo em valor abaixo do patamar mínimo de 15%. Com efeito, o método de isenção é substituído pelo método do crédito¹⁰⁴.

É interessante notar que a OCDE justifica a adoção da *switch-over-rule* com base no argumento da igualdade no tratamento fiscal a ser dado para os estabelecimentos permanentes isentos (“equality of treatment of exempt PEs”), desconsiderando, novamente, os riscos diferentes em cada jurisdição. Como sustentado acima, não parece apropriado comparar capacidades contributivas em diferentes jurisdições a partir exclusivamente dos resultados numéricos obtidos pelas entidades investidas nela situadas, sem ponderar os fatores de mensuração de risco, tais como as incertezas no investimento, a estabilidade política e institucional, a viabilidade de retorno do capital, e o sistema jurídico de cada ordenamento. De acordo com a igualdade, mais correto seria dizer que contribuintes com capacidades contributivas similares devem se submeter à mesma tributação, quando os seus resultados financeiros forem percebidos no mesmo mercado¹⁰⁵. Somente assim haveria uma comparação qualitativamente adequada. Equiparar estados de fontes distintos, sem considerar os seus respectivos riscos, não parecer estar alinhado com a igualdade. Há aqui, novamente, uma potencial violação à igualdade por se compararem elementos incomparáveis, exclusivamente com base em resultados financeiros.

De outro lado, a inclusão da *switch-over-rule* nos acordos celebrados no passado contraria o espírito de desoneração dos lucros a partir da perspectiva dos estados de fonte, que, com essa cláusula, reduzem a sua capacidade de atrair investimentos com base na redução parcial de carga tributária. O método da isenção foi uma escolha política de privilegiar a soberania dos estados de fonte, principalmente países em desenvolvimento. A atração de investimentos, nesse contexto, pode ser justamente o fator decisivo para a melhoria das condições de riscos para investidores estrangeiros no futuro. Nessa visão, a *switch-over-rule* represen-

¹⁰⁴ OECD. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*. Paris: OECD, 2020, p. 121.

¹⁰⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios e Limites da Tributação. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (coord.). *Princípios e Limites da Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 323-374 (365).

ta, de um lado, um vetor de manutenção do *status quo ante*, à luz da igualdade interestatal, no sentido de manter o cenário de concentração de riquezas nos países mais ricos, mas, por outro lado, pode agravar ainda mais a situação dos países mais pobres (tradicionalmente estados de fonte), nas hipóteses em que as empresas controladoras forem obrigadas a retirar recursos dos estados de fonte para pagar tributos nos estados de residência¹⁰⁶.

III.3. UTPR

A UTPR apresenta um terreno fértil para estudo de contrariedades aos ordenamentos jurídicos domésticos, assim como potenciais contrariedades ao art. 7, ao art. 9(1) e ao art. 24(4) dos acordos alinhados com a Convenção Modelo da OCDE.

Iniciando pelos acordos para a evitar a dupla tributação, verifica-se que há entendimento no sentido de que a UTPR violaria o art. 7(1) da Convenção Modelo da OCDE¹⁰⁷. Há duas situações diferentes no escopo da UTPR a serem consideradas à luz do art. 7 dos acordos: (i) pagamentos intragrupo para países com subtributação, cujos valores subtributados serão capturados pela UTPR, de modo que a renda a ser tributada é aquela do beneficiário do pagamento; e (ii) pagamentos para terceiros e pagamentos intragrupo para países com tributação acima do patamar mínimo, cujos beneficiários não têm qualquer relação com a renda a ser tributada.

Essa diferenciação é pertinente para suscitar uma questão importante na definição do escopo da UTPR: o que propriamente está sendo tributado na UTPR? De um lado, seria possível dizer que se trata de uma regra que tributa a entidade doméstica, por meio da vedação à dedução de pagamentos em geral, e apenas o seu cálculo tem fatores limitantes vinculados com o montante da renda não tributada no exterior (abaixo do patamar mínimo de 15%). De outro lado, é factível sustentar que o que está sendo tributado na UTPR é diretamente a renda não tributada no exterior.

Parece nos que, apenas na segunda hipótese (UTPR tributada diretamente a renda auferida por entidade residente em outra jurisdição), haveria violação ao art. 7 dos acordos, uma vez que, conforme esse dispositivo, objetivamente, o lucro de uma entidade (pessoa jurídica investida ou estabelecimento permanente) somente deve ser tributado no seu estado de residência.

¹⁰⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios e Limites da Tributação. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (coord.). *Princípios e Limites da Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 323-374 (365).

¹⁰⁷ CARVALHO, Lucas de Lima. The Constitutional Case Against the UTPR in Brazil. *Tax Notes International* v. 109, janeiro de 2023, p. 609-618 (609).

Em relação à primeira hipótese (UTPR é regra que tributa a entidade doméstica), não nos parece uma situação capturada pelo art. 7(1) dos acordos. Nesse caso, seria possível discutir se o § 2º do art. 7 dos acordos constituiria um obstáculo à dedução de despesas em atividades alinhadas com o princípio *arm's length*¹⁰⁸.

Os Comentários da Convenção Modelo da OCDE indicam que o art. 7(2) não trata de questões relacionadas com a dedução de despesas, as quais seriam determinadas pela legislação domésticas de cada país¹⁰⁹. A nosso ver, as regras domésticas de limitação à dedutibilidade de despesas não necessariamente seguem uma lógica de alocar a competência para tributar o lucro das empresas, já que podem ter outros fundamentos de política tributária. Por exemplo, as regras que restringem a dedutibilidade de juros não necessariamente se referem à competência da fonte ou da residência para tributar os rendimentos de juros, mas podem ter fundamento em escolhas estruturais da política tributária do país no sentido de incentivar o financiamento via capital ou dívida. Ou seja, o art. 7 da Convenção Modelo da OCDE não afasta o poder do estado de fonte de aumentar a carga tributária sobre a entidade doméstica por meio da indedutibilidade de despesas de acordo com a sua política fiscal doméstica¹¹⁰. Mais uma vez, a posição da OCDE deve ser questionada, pelas mesmas razões acima expostas quanto ao embate entre as regras CFC e o art. 7 dos acordos. Se as regras domésticas estipularem critérios, cuja aplicação acaba por tributar lucros de entidades estrangeiras, ainda que seja por meio da indedutibilidade de despesas, elas não deveriam ser aplicadas por força do art. 7º dos acordos que estabelece a competência exclusiva do estados de residência da entidade estrangeira para tributação dos seus lucros.

No caso da UTPR, todavia, a indedutibilidade de despesas com remessa para o exterior não parece capturar diretamente os lucros dos respectivos beneficiários. De modo diverso, tornam-se indedutíveis quaisquer despesas para quaisquer beneficiários, locais ou estrangeiros, até que seja atingido o patamar mínimo dos lucros subtributados de empresa ligada. Não se trata, a nosso ver, da tributação direta dos lucros no exterior, e sim apenas com fundamento na subtributação estrangeira.

O texto da UTPR, nas *Model Rules*, indica que pode haver duas regras com comandos normativos diferentes para atender o que foi ali proposto: uma vedação à dedução de despesas ou um “ajuste equivalente” (“or required to make an equivalent adjustment under domestic law”). Por um lado, a vedação à dedução não está abarcada pelo art. 7 dos acordos, mas, por outro lado, a ideia de “ajuste

¹⁰⁸ ARNOLD, Brian. Restrictions on interest deductions and tax treaties. *Bulletin for International Taxation* v. 73, n. 4, 2019, p. 170-185 (176).

¹⁰⁹ OECD. *Commentaries on the articles of the Model Tax Convention*. Paris: OECD Publishing, 2017, p. 182, § 30 dos comentários ao art. 7.

¹¹⁰ AVI-YONAH, Reuven. The UTPR and the Treaties. *Tax Notes International*, janeiro de 2023.

equivalente” tem uma amplitude conceitual tão significativa que, eventualmente, poderia ser caracterizada alguma violação do art. 7, não em razão da vedação à dedução, mas pelo tratamento favorecido em contrariedade ao princípio *arm's length*, como indica a OCDE em seus comentários¹¹¹. O ponto central aqui não é propriamente a indedutibilidade, e sim o tratamento anti-isonômico, que é objeto do art. 24 dos acordos, examinado abaixo.

Entendemos que a primeira interpretação é a mais correta: a UTPR tributa a entidade doméstica, na medida em que todos seus pagamentos serão considerados indedutíveis até que seja atingido o patamar mínimo de tributação da renda não capturado por outras jurisdições.

Aqui é oportuno diferenciar dois aspectos que não se confundem: *o que* está sendo tributado e *porque* está sendo tributado. A materialidade tributável e a respectiva justificativa não devem ser equiparadas.

Não há, na UTPR, necessariamente uma correspondência entre a dedução de um pagamento e a carga tributária do respectivo beneficiário, dado que é possível haver a indedutibilidade de pagamentos remetidos para beneficiários localizados em jurisdições com alta tributação da renda ou mesmo beneficiários domésticos. Somente nos casos em que o pagamento indedutível tem como beneficiário a entidade que deu causa à aplicação da UTPR, tendo em vista que é a sua renda que está sendo subtributada e tal caracterização é o fundamento da UTPR, haverá violação do art. 7(1) dos acordos. Para os demais casos, quando se trata de pagamentos para terceiros e pagamentos intragrupo para países com tributação acima do patamar mínimo, a renda subtributada é mera referência para quantificação do imposto complementar, não havendo violação do art. 7 dos acordos. Nesses casos, a UTPR tributa o lucro da entidade doméstica, com base em uma justificativa atrelada à baixa carga tributária da empresa estrangeira a ela interligada. Como se vê, materialidade tributável e a respectiva justificativa não se confundem.

Indo adiante no exame dos possíveis desalinhamentos entre a UTPR e os acordos para a evitar a dupla tributação, cabe compreender o relacionamento entre essa regra e o art. 9(1) da Convenção Modelo da OCDE. Ao estudar o tema, é possível notar que a identificação da desconformidade entre a UTPR e o art. 9(1) da Convenção Modelo da OCDE depende de uma premissa, qual seja, a de que este dispositivo teria uma abrangência ampla, impedindo que um estado contratante negue a dedução de despesas incorridas em condições que estejam alinhadas com o princípio *arm's length*¹¹². Ou seja, somente é possível construir uma

¹¹¹ OECD. *Commentaries on the articles of the Model Tax Convention*. Paris: OECD Publishing, 2017, p. 182, § 31 dos comentários ao art. 7.

¹¹² ARNOLD, Brian. Restrictions on interest deductions and tax treaties. *Bulletin for International Taxation* v. 73, n. 4, 2019, p. 170-185.

contrariedade entre a UTPR e o art. 9(1), caso se admita que o art. 9(1), para além do incremento de tributação nas situações em que as transações intragrupo não foram feitas em condições *arm's length* (interpretação restrita), também conteria um obstáculo abrangente segundo o qual um estado não pode negar a dedução de despesas incorridas em condições de mercado (interpretação ampla).

No entanto, parece-nos que a premissa da interpretação ampla não é verdadeira, isto é, o escopo do art. 9(1) da Convenção Modelo da OCDE não é amplo, e sim restrito à exigência de que seja tributado o lucro obtido na realização de transações entre partes relacionadas desalinhadas com o *arm's length*. É possível construir essa conclusão a partir da própria leitura do art. 9(1): trata-se de uma regra de inclusão de lucros, na apuração do imposto de renda, que tiverem sido auferidos em decorrência do aproveitamento de condições favorecidas entre partes relacionadas em comparação com as condições de mercado. Nesse particular, especificamente, parece acertada a posição da OCDE em seus comentários ao art. 9(1), no sentido de que essa regra de adição não representa uma predefinição do tratamento doméstico que deve ser dado às transações realizadas em condições de mercado¹¹³. A interpretação segundo a qual o escopo do art. 9 é restrito também tem fundamento no fato de que, se a interpretação abrangente fosse procedente, o art. 9(1) seria contraditório com o art. 1(3) da Convenção Modelo da OCDE, que autoriza os estados contratantes a tributarem os seus próprios residentes inclusive quanto às questões relativas aos preços de transferência¹¹⁴. Portanto, não nos parece procedente essa contrariedade. Como a maioria dos acordos brasileiros (exceto com o Reino Unido) não tem o art. 1(3) da Convenção Modelo da OCDE, esse último fundamento tem aplicação reduzida no Brasil.

Ainda que fosse possível admitir a premissa de que o art. 9(1) seria abrangente, a contrariedade com a UTPR seria parcial, uma vez que a UTPR afeta a dedução de pagamentos para pessoas não relacionadas, isto é, quaisquer beneficiários independentemente se são integrantes, ou não, do grupo econômico da entidade que está realizando o pagamento da despesa. Como o art. 9 da Convenção Modelo da OCDE trata apenas de transações entre partes relacionadas, não haveria uma sobreposição integral de escopo. Também por essa razão, não há contrariedade entre UTPR e o art. 9(1) da Convenção Modelo da OCDE.

O terceiro potencial conflito entre a UTPR e os acordos para evitar a tributação se refere ao art. 24(4) da Convenção Modelo da OCDE. De acordo com o art. 24(4), o pagamento de juros, *royalties* e outros rendimentos realizados por uma empresa localizada em um estado contratante para um beneficiário situado

¹¹³ OECD. *Commentaries on the articles of the Model Tax Convention*. Paris: OECD Publishing, 2017, p. 227, § 4 dos comentários ao art. 9.

¹¹⁴ ENGLISCH, Joachim; BECKER, Johannes. International Effective Minimum Taxation – The GloBE Proposal. *World Tax Journal* v. 11, n. 4, 2019, p. 483-529 (519-520).

em outro estado contratante deve estar sujeito às mesmas regras de dedutibilidade aplicadas aos residentes no país onde está a empresa pagadora. Ou seja, a residência do beneficiário do pagamento não pode ser um critério de diferenciação para negar uma dedução de despesas, na medida em que o beneficiário estrangeiro não pode receber um tratamento menos favorável em função exclusivamente da sua residência¹¹⁵. A ideia de serem garantidas “as mesmas condições” tem como referência o país da fonte pagadora, que não pode diferenciar a dedutibilidade de despesas conforme a residência dos respectivos beneficiários. Essas “mesmas condições”, a nosso ver, não se referem ao regime de tributação do beneficiário¹¹⁶.

De acordo com a OCDE, no *Blueprint do Pillar Two*, não haveria contrariedade entre a UTPR e o art. 24(4), porque a regra de dedutibilidade se aplicaria igualmente para beneficiários residentes e não residentes, sem qualquer distinção. Além disso, o critério de *discrimen* não seria a residência do beneficiário, e sim a baixa tributação na jurisdição do beneficiário¹¹⁷. Em igual sentido, Allison Christians e Stephen Shay, examinando a relação entre UTPR e o art. 24 do modelo de acordo dos Estados Unidos, defendem que o fato de os pagamentos realizados para empresas domésticas e filiais de empresas estrangeiras estarem submetidos localmente às mesmas regras de ineditibilidade seria suficiente para afastar a alegação de violação ao art. 24¹¹⁸.

De um lado, seria possível afirmar que, na UTPR, há um risco de “discriminação disfarçada”, na medida em que o argumento de combate à evasão tributária visaria, na verdade, a criar uma diferenciação entre residentes e não residentes. Porém, como esse objetivo não é muito claro, é difícil afirmar, com precisão, que o critério de diferenciação adotado seria inválido, caracterizando uma violação ao art. 24(4), justamente pela falta de clareza quanto ao critério de diferenciação e justificação¹¹⁹. De outro lado, é importante notar que, na versão original da UTPR, de acordo com o *Blueprint*, os pagamentos, abarcados pela UTPR, eram aqueles realizados em transações internacionais e para beneficiários situados em países com baixa tributação, de modo que se o pagamento fosse realizado localmente para um beneficiário situado na mesma jurisdição da empresa pagadora, na qual a tributação estivesse acima do patamar mínimo, a UTPR não se aplica-

¹¹⁵ OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital* – condensed version, 2017, p. 43-44.

¹¹⁶ SANTOS, Ramon Tomazela. A Cláusula De Não Discriminação Nos Acordos De Bitributação. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 2. São Paulo: IBDT, 2017, p. 234-270 (251).

¹¹⁷ OECD. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*. Paris: OECD, 2020, p. 176, §§ 691 e 692.

¹¹⁸ CHRISTIANS, Allison; SHAY, Stephen. The Consistency of Pillar 2 UTPR With U.S. Bilateral Tax Treaties. *Tax Notes International*, janeiro de 2023.

¹¹⁹ ENGLISCH, Joachim; BECKER, Johannes. International Effective Minimum Taxation – The GloBE Proposal. *World Tax Journal* v. 11, n. 4, 2019, p. 483-529 (522).

ria. Logo, haveria uma contrariedade ao art. 24(4), na medida em que o pagamento local receberia um tratamento favorecido em comparação com o pagamento internacional. Entretanto, a versão da UTPR, nas *Model Rules*, não segue a mesma lógica da proposta original, passando a abranger pagamentos locais e internacionais, sem qualquer distinção quanto à carga tributária do beneficiário.

Assim, o critério atual da UTPR é a carga tributária da entidade estrangeira integrante do grupo multinacional da empresa pagadora, independentemente da residência do beneficiário do pagamento¹²⁰. A nosso ver, o critério de diferenciação não é a residência, e sim a carga tributária do país de outra empresa do grupo da pagadora, e os pagamentos locais e internacionais estão, igualmente, abrangidos pela indedutibilidade. Portanto, a UTPR não viola o art. 24(4).

A UTPR proporciona uma reflexão sobre os limites do art. 24(4), ao propor um critério de diferenciação que não se baseia *diretamente* na residência do beneficiário do pagamento, mas uma razão pretérita e alheia à própria realização do pagamento. O simples fato de a empresa pagadora ser integrante de um grupo multinacional com entidades estrangeiras, cujos lucros estão submetidos a regimes de baixa tributação, já é suficiente para ativar o gatilho da indedutibilidade de quaisquer pagamentos, locais ou internacionais, até que seja atingido um valor correspondente à diferença não tributada ao patamar de 15%. O que o art. 24(4) não captura é a comparação entre fontes pagadoras, nem diferencia pagamentos realizados a beneficiários estrangeiros localizados em países diferentes. Ou seja, uma entidade integrante de um grupo multinacional com receita total superior a 750 milhões de euros (portanto dentro do escopo do GloBE) será tratada de maneira diferente em comparação a uma entidade integrante de um grupo inteiramente nacional com receita total superior a 750 milhões de euros exclusivamente em função da carga tributária praticada em outra jurisdição, o que sugere a necessidade de ter a validade dessa diferenciação à luz da igualdade. Para fins da igualdade, melhor seria que tanto grupos nacionais como multinacionais recebessem o mesmo tratamento na UTPR, mas não é o que ocorre conforme a regra constante das *Model Rules*¹²¹.

Nesse sentido, a UTPR também permite uma reflexão sobre a aplicação da igualdade para além do art. 24 da Convenção Modelo da OCDE. Ou seja, o art. 24 não esgota o teste de validade de normas à luz da igualdade. Acolhe-se a lição do Professor Luís Eduardo Schoueri, segundo o qual a aplicação do princípio da

¹²⁰ CHAND, Vikram; TURINA, Alessandro; ROMANOVSKA, Kinga. Tax Treaty Obstacles in Implementing the Pillar Two Global Minimum Tax Rules and a Possible Solution for Eliminating the various challenges. *World Tax Journal*, fevereiro de 2022, p. 3-50 (31).

¹²¹ CHAND, Vikram; TURINA, Alessandro; ROMANOVSKA, Kinga. Tax Treaty Obstacles in Implementing the Pillar Two Global Minimum Tax Rules and a Possible Solution for Eliminating the various challenges. *World Tax Journal*, fevereiro de 2022, p. 3-50 (50).

igualdade em matéria tributária depende de um critério a ser testado: “primeiro, encontra-se um critério; em seguida, busca-se a fundamentação constitucional para o critério encontrado. Finalmente, comparam-se as situações a partir do critério eleito”¹²². A questão que se coloca é qual é o critério de *discrimen* da UTPR e se esse critério é válido. Aparentemente, como visto acima, o critério é a baixa carga tributária de alguma das jurisdições onde estão as entidades integrantes de um grupo multinacional, associado a um objetivo – pouco claro – de combate à perda de arrecadação. Para testar a validade desse critério, questiona-se se o parâmetro de fundamentação seria a ordem jurídica doméstica ou as normas internacionais. A nosso ver, o processo de justificação dos fundamentos de um critério de *discrimen* deve ter como base as regras domésticas, à luz de cada constituição. E, se a capacidade contributiva for o critério a ser aplicado, deve-se considerar apenas a capacidade contributiva manifestada localmente, uma vez que, como dito acima, cada jurisdição apresenta riscos distintos e somente capacidades contributivas manifestadas na mesma jurisdição são passíveis de comparação.

Indo além, indaga-se se o resultado do teste de validade, à luz da igualdade, no plano internacional e no plano doméstico, tem sempre o mesmo resultado. Como cada ordem jurídica tem os seus referenciais de fundamentação, as suas tradições e costumes, regras e princípios constitucionais possivelmente diferentes, entendemos que a resposta a essa indagação pode ser negativa, ou seja, cada ordenamento jurídico pode concluir pela validade ou invalidade do critério adotado na UTPR. Ou seja, a padronização ou a harmonização das regras domésticas de indedutibilidade de despesas, como proposto na UTPR, pode ter como obstáculo normas domésticas que rejeitam a fundamentação do tratamento anti-isonômico ou discriminatório decorrente da aplicação dessa regra. A invalidade da UTPR pode variar conforme as ordens jurídicas domésticas e os seus parâmetros de justificação para motivar o afastamento da igualdade.

Nesse linha de pensamento, é possível afirmar que, como a UTPR é uma regra doméstica de indedutibilidade de despesas, ela deveria ser testada à luz dos critérios domésticos de cada ordenamento jurídico. O fato de o critério de diferenciação ser um elemento estrangeiro (carga tributária de outra jurisdição) não afasta o caráter doméstico da regra, mas desafia a validação da regra tanto à luz da igualdade quanto à luz da proporcionalidade. Caberia adentrar também no exame da adequação (enquanto subprincípio da proporcionalidade), no sentido de se verificar se a medida adotada tem aptidão para atingir o objetivo esperado. Ou seja, a indedutibilidade das despesas, no formato proposto na UTPR, tem o condão de reduzir a perda de arrecadação mundial? Como o objetivo da norma não é propriamente claro, é difícil aferir a sua conformidade com a proporcionalidade.

¹²² SCHOUEIRI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 365.

lidade, cogitando-se que a falta de clareza, por si só, já poderia ensejar um problema de controle de validade¹²³.

Ainda no âmbito dos acordos, cabe avaliar a regra sugerida pela OCDE para garantir a eficácia da UTPR. Como visto acima, a Regra de Sujeição Tributária (*subject-to-tax rule* – STTR), enquanto regra complementar à UTPR, busca afastar os benefícios de acordos para evitar a dupla tributação, quando os pagamentos – entre partes relacionadas – de determinados rendimentos (juros, royalties e uma lista de rendimentos abarcados pelo BEPS) não estão sujeitos a uma tributação mínima no país de residência do respectivo beneficiário. Trata-se de uma regra de correlação (*linking rule*), a ser aplicada pelo estado de fonte, segundo a qual a eficácia do benefício do acordo depende do atendimento de um requisito a ser testado no estado de residência, qual seja, a carga tributária mínima sobre a renda. Como se vê, enquanto a UTPR nega, no plano doméstico, a dedução de despesas, a STTR nega, no plano dos acordos, os benefícios dos acordos, sendo que, em ambos os casos, busca-se capturar valores não submetidos à tributação mínima. Há uma diferença relevante entre a UTPR e a STTR: enquanto a primeira se baseia no patamar mínimo de 15%, a segunda tem como referência o patamar mínimo de 9%¹²⁴. A justificativa para essa diferenciação, segundo a OCDE, seria evitar uma tributação excessiva nos casos em que ocorrer a aplicação conjunta da UTPR e da STTR¹²⁵. A informação sobre qual é a carga tributária do beneficiário de cada pagamento pode ser um obstáculo procedimental relevante para o funcionamento da STTR. Por essa razão, a OCDE sinaliza que – diferentemente da UTPR – a STTR deve se aplicar somente a pagamentos para partes relacionadas, justamente pela dificuldade de o pagador saber a carga tributária do beneficiário de cada um dos seus pagamentos, quando esse beneficiário é um terceiro, fora do grupo do pagador¹²⁶.

É curioso notar que, na visão da OCDE, a STTR não envolveria uma modificação das regras alocativas de poder de tributar, sendo legítimo o exercício da soberania de cada estado nas negociações bilaterais sobre o tema. De modo diverso, a inclusão da STTR deveria ocorrer pela introdução nos acordos de uma cláusula específica sobre erosão de base tributária¹²⁷. Ou seja, parte-se da premissa de

¹²³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 45-77.

¹²⁴ OECD. Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – 8 October 2021, p. 5. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2023.

¹²⁵ OECD. *Tax Challenges Arising from Digitalisation* – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD, 2020, p. 165-166.

¹²⁶ OECD. *Tax Challenges Arising from Digitalisation* – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD, 2020, p. 150-153.

¹²⁷ OECD. *Tax Challenges Arising from Digitalisation* – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD, 2020, p. 150-151.

que haveria a manutenção da alocação do poder de tributar. Porém, de maneira até contraditória, se o estado de residência não tiver uma carga tributária acima de 9%, o estado de fonte passa a ter o poder de tributar o montante que não será tributado pelo estado de residência. O estado de fonte ganha um poder de tributar limitado à diferença entre 9% e a carga tributária praticada localmente sobre tal pagamento. Isto é, diferentemente do que a OCDE sustenta, há clara realocação do poder de tributar.

De todo modo, como a STTR é uma cláusula de acordo para evitar a dupla tributação, que pode ser acolhida, ou não, pelo Brasil nos acordos a serem futuramente celebrados, não há, por ora, uma contrariedade com o ordenamento jurídico brasileiro a ser examinada no presente trabalho. Caberá avaliar, no futuro, se essa cláusula vier a ser introduzida em algum acordo brasileiro, os seus efeitos com relação à aplicação do art. 23 dos acordos acerca dos métodos de desoneração (crédito ou isenção). Nesse particular, deverá haver uma especial atenção para a consistência dos acordos celebrados pelo Brasil e os objetivos do *Pillar Two*, principalmente, porque, como alerta Aitor Navarro, a redação do art. 23 anterior à Convenção Modelo de 2017 dispara a aplicação das *tax sparing rules*, garantindo o crédito para o estado de residência em um cenário em que não houve tributação no estado de fonte, de maneira inconsistente com o *Pillar Two*¹²⁸. Esse ponto pode justificar uma alteração nos acordos brasileiros quanto ao art. 23 ou similar, em linha com a atual redação do art. 23 Convenção Modelo da OCDE de 2017.

Além das potenciais contrariedades aos acordos para evitar a dupla tributação, é oportuno estudar as críticas à UTPR à luz do direito doméstico. Como ponto de partida, adotam-se as críticas à UTPR identificadas por Allison Christians e Tarcísio Diniz Magalhães, justamente por serem eles defensores da viabilidade jurídica dessa regra. Segundo esses autores, os pontos criticáveis da UTPR seriam os seguintes: (i) haveria na legislação doméstica de alguns países ou nos acordos tributários obstáculos à imposição de uma tributação sobre uma empresa doméstica calculada sobre os lucros de uma entidade estrangeira; (ii) somente o controle societário pode criar o vínculo – ou seja, o nexos – necessário para transferir base tributária de uma entidade para outra do mesmo grupo para fins da cobrança de imposto de renda; (iii) os países não podem tributar receitas de fontes que não estão diretamente conectadas ou vinculadas a seus territórios¹²⁹.

¹²⁸ NAVARRO, Aitor. Jurisdiction not to tax, tax sparing clauses and the income inclusion rule of the OECD Pillar 2 (GloBE) proposal: the demise of a policy instrument of developing countries? *Copenhagen Business School Law Research Paper Series* n. 20-22, 2020.

¹²⁹ CHRISTIANS, Allison; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. Undertaxed Profits and the Use-It-or-Lose-It Principle. *Tax Notes International* v. 108, novembro de 2022, p. 705-710 (707-708).

Para refutar essas críticas, Christians e Magalhães defendem que a tributação seria justificável conforme a UTPR, porque quem está sendo tributado é a empresa doméstica, enquanto entidade que representaria um vínculo com toda a renda do grupo multinacional, a partir de uma visão de que a multinacional é uma entidade econômica única, presente em diversos países (*group approach*). Segundo os autores, a não aceitação dessas premissas poderia estar relacionada com duas ideias: (i) cada entidade de um grupo multinacional seria uma entidade juridicamente autônoma e (ii) o controle societário seria um elemento indispensável para tributar uma entidade com base nos lucros de outra entidade do mesmo grupo¹³⁰. Discordamos dessa abordagem não propriamente em razão da impropriedade dos argumentos defendidos, mas principalmente porque ela não dá atenção para os principais motivos da inviabilidade jurídica da UTPR.

Quanto ao primeiro ponto, não identificamos um problema, *a priori*, no tratamento da multinacional como unidade econômica para fins contábeis. No entanto, do ponto de vista jurídico, há obstáculos relevantes à adoção do *unitary approach*, como aqueles apontados no item III.1 acima.

Em relação a esse ponto, os autores alegam que a presença de uma entidade integrante de um grupo multinacional em um país estabelece um *nexo* suficiente para tal tributação no formato da UTPR, na medida em que, no estado que realizará a tributação, há uma fonte de pagamento¹³¹.

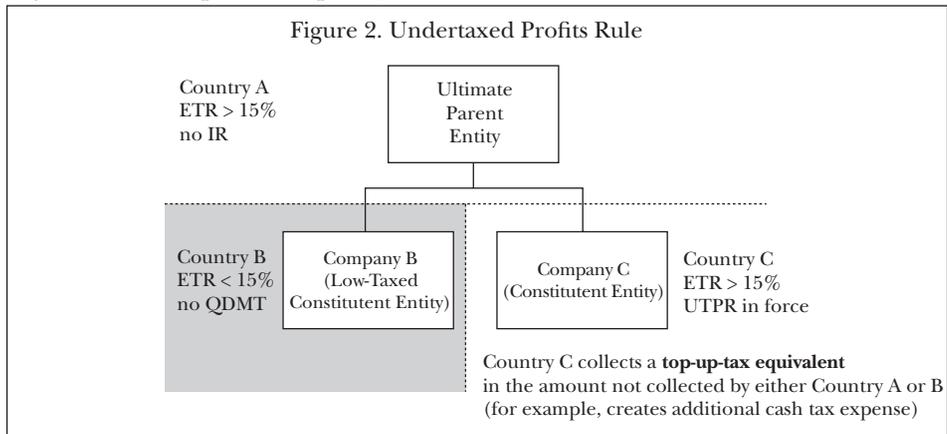
Concorda-se com Christians e Magalhães em relação a esse argumento: a fonte de pagamento é um elemento de conexão suficiente para realizar a tributação. O problema, todavia, não está no *nexo*. O obstáculo para a aceitação da viabilidade jurídica da UTPR está em duas outras questões, não consideradas por Allison Christians e Tarcísio Magalhães.

A primeira questão se refere à ausência de disponibilidade, pela entidade doméstica, sobre os lucros da entidade coligada. Os autores deixam de considerar que o poder de dispor da controladora A, situada em um país (país A), não se confunde com o poder de dispor da controlada C, no país C, em relação aos lucros da sua empresa interligada B, localizada no país B, também controlada por A. Essa ausência de equivalência entre os poderes de dispor – de A e C – justifica a indisponibilidade da renda no país da fonte de pagamento. Para ilustrar, utiliza-se da figura elaborada por Allison Christians e Tarcísio Diniz Magalhães:

¹³⁰ CHRISTIANS, Allison; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. Undertaxed Profits and the Use-It-or-Lose-It Principle. *Tax Notes International* v. 108, novembro de 2022, p. 705-710 (707-708).

¹³¹ CHRISTIANS, Allison; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. Undertaxed Profits and the Use-It-or-Lose-It Principle. *Tax Notes International* v. 108, novembro de 2022, p. 705-710 (708).

Figura 2 – Exemplo 2 de aplicação da UTPR



Fonte: *Tax Notes International*¹³².

Se, nesse exemplo, por hipótese, o país C (Country C) fosse o Brasil e as companhias “B” e “C” fossem empresas interligadas (uma vez que estão sob controle comum e não há participação societária entre elas), não haveria poder de dispor por parte de “C” sobre o destino dos lucros de “B”. Nesse caso, o Brasil deveria negar a dedução de qualquer despesa da companhia brasileira C em montante equivalente até que seja atingida a tributação mínima de 15% sobre os lucros de “B”, mesmo que as suas remessas não sejam destinadas a beneficiários situados em países com baixa tributação. Aumenta-se a tributação sobre a entidade brasileira (C) não em razão de um ato por ela cometido, e sim pelo fato de uma outra entidade (B) do seu grupo estar sujeita à subtributação. A ausência de disponibilidade é um obstáculo relevante, inclusive, para caracterizar a renda, a depender da legislação de cada país.

Em favor da UTPR, alguém poderia argumentar que, no exemplo acima, as duas entidades coligadas (B e C) estariam submetidas ao controle da mesma empresa (*Ultimate Parent Entity*) e, com efeito, haveria um centro de decisão unificado que teria o poder de dispor e transferir a renda auferida por B para C. No entanto, nem sempre as estruturas societárias estão constituídas de modo que essa transferência seja possível.

Nesse sentido, cabe notar que o critério para a configuração da Entidade Constituinte não considera as relações de controle, conforme item 1.3.1 das *Model Rules*. Nesse sentido, a definição de Companhia Controladora, dada pelo item

¹³² CHRISTIANS, Allison; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. Undertaxed Profits and the Use-It-or-Lose-It Principle. *Tax Notes International* v. 108, novembro de 2022, p. 705-710 (708).

1.4.1. das *Model Rules*, é bastante ampla, admitindo o controle de companhias que não são subsidiárias integrais. O item 2.1.4 das *Model Rules*, interpretado em conjunto com a definição de “Partially-Owned Parent Entity” constante do capítulo 10 desse mesmo documento, deixa claro que a IIR se aplica para qualquer investida dentro do grupo multinacional abarcado pelo GloBE e também quando a companhia investidora tem mais de 20% do capital social da investida fora do GloBE. Nesse cenário, é possível que, no exemplo, as companhias B e C tenham outros sócios, impossibilitando, economicamente, o livre trânsito de recursos para fins da caracterização da transferência de renda. Nesse particular, é oportuno notar que a UTPR impacta empresas meramente coligadas e, portanto, potencialmente com sócios diferentes. Mais do que isso, o sócio da empresa C pode ter os seus dividendos reduzidos, porque os lucros de C serão diminuídos, uma vez que C terá que pagar imposto de renda sobre os lucros subtributados de B, no qual esse sócio não tem qualquer participação. Esse exemplo ilustra a necessidade de um cuidado especial com a posição societária de cada indivíduo ou cada entidade, e as suas diferentes relações jurídicas, a fim de verificar o impacto negativo da UTPR a quem não tem qualquer ingerência sobre o investimento em países com baixa tributação e será punido economicamente pela decisão de terceiros. Esse exemplo também coloca luz nas diferenças entre acionistas majoritários e minoritários, que podem ser impactados igualmente apesar dos poderes societários distintos.

Quanto ao segundo ponto, Christians e Magalhães afirmam que a ausência de controle societário não seria um obstáculo para a tributação de uma companhia investida em função dos lucros de outra companhia investida, porque o conceito de “pessoa conectada” não depende de controle societário. Entidades submetidas ao mesmo controle societário são pessoas conectadas e, portanto, passíveis de terem os seus lucros tributados¹³³.

A respeito da relevância do critério do controle societário, vale destacar o entendimento de Lucas Carvalho, que, baseando-se no julgamento do Supremo Tribunal Federal, na ADI n. 2.588/DF, acima mencionado, defende que haveria uma contrariedade entre a UTPR e o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que a UTPR tributa lucros de entidade estrangeira não submetida ao controle de empresa brasileira e o controle teria sido um parâmetro importante naquele julgamento. A referência à jurisprudência da Suprema Corte é aqui oportuna, porque, naquele julgamento, o critério da disponibilidade sobre lucros no exterior foi decisivo. Assim, Lucas Carvalho tem razão ao extrair da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (especialmente do RE n. 541.090) uma correlação en-

¹³³ CHRISTIANS, Allison; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. Undertaxed Profits and the Use-It-or-Lose-It Principle. *Tax Notes International* v. 108, novembro de 2022, p. 705-710 (709).

tre disponibilidade e controle societário, que poderia impactar negativamente a aceitação da UTPR no Brasil¹³⁴. No entanto, como dito acima, entendemos que os precedentes da Suprema Corte sobre a tributação dos lucros no exterior (ADI n. 2.588 e REs n. 541.090 e n. 611.586) não servem como precedentes pertinentes ou suficientes para se avaliar o *Pillar Two*, dado o contexto, as normas aplicadas, as finalidades e os fundamentos distintos.

Mesmo que fosse possível aplicar tais precedentes, ainda seria importante registrar que não concordamos com o entendimento da Suprema Corte quanto a essa correlação automática entre disponibilidade e controle societário, porque mesmo com controle pode não haver disponibilidade – em linha com a corrente minoritária do julgamento da ADI n. 2.588. Em razão disso, prefere-se aqui adotar o critério da disponibilidade, isoladamente (sem o critério do controle), como parâmetro de identificação da renda passível de tributação.

A segunda questão consiste na identificação da justificação do poder de tributar uma entidade enquanto fonte de pagamento à luz da igualdade. Trata-se da compreensão do porquê o Brasil, por exemplo, poderia negar a dedução de uma despesa – eventualmente necessária para a atividade empresarial da entidade brasileira integrante de um grupo multinacional – com a intenção de capturar os lucros não tributados em outra jurisdição que pratica um patamar de tributação inferior a 15%.

Essa ponderação é pertinente, porque a UTPR estabelece uma ampla regra de ineditibilidade de despesas, o que contempla quatro hipóteses distintas que merecem uma avaliação jurídica apartada, quais sejam: (i) pagamento pela entidade local a entidade do seu grupo econômico situada em paraíso fiscal ou carga tributária sobre a renda inferior a 15%; (ii) pagamento pela entidade local a entidade do seu grupo econômico situada país com carga tributária sobre a renda superior a 15%, porém a ineditibilidade se justifica porque há outras entidades do seu grupo submetidas a carga tributária sobre a renda inferior a 15%; (iii) pagamento pela entidade local a terceiros (fora do seu grupo empresarial) situados em paraíso fiscal ou onde carga tributária sobre a renda seja inferior a 15%, sendo que a ineditibilidade se justifica porque há outras entidades do seu grupo submetidas a carga tributária sobre a renda inferior a 15%; e (iv) pagamento pela entidade local a terceiros (fora do seu grupo empresarial) situados em país que não é paraíso fiscal e onde carga tributária sobre a renda é superior a 15%, sendo que a ineditibilidade se justifica porque há outras entidades do seu grupo submetidas a carga tributária sobre a renda inferior a 15%.

Nas quatro situações acima, de acordo com a UTPR, haveria a ineditibilidade dos pagamentos. No entanto, como se vê, tais hipóteses envolvem situações

¹³⁴ CARVALHO, Lucas de Lima. The Constitutional Case Against the UTPR in Brazil. *Tax Notes International* v. 109, janeiro de 2023, p. 609-618.

fáticas relevantes, tais como (i) as relações societárias entre a empresa pagadora e o beneficiário do pagamento, (ii) a carga tributária do país onde está o beneficiário do pagamento e (iii) a carga tributária de outras entidades do grupo econômica da empresa pagadora. A questão central, aqui, é verificar se esses critérios de discrimen são legítimos.

Caio Augusto Takano, em sua tese de doutorado, sustenta que seria “válida a discriminação com base no fato de o pagamento ser realizado à pessoa relacionada ou pertencente ao mesmo grupo econômico”¹³⁵. Não podemos concordar com o argumento, pois as relações societárias entre as empresas não indicam uma maior ou menor capacidade contributiva, nem provam a existência de qualquer violação de regra tributária doméstica ou internacional, nem caracterizam, por si sós, “tax avoidance” ou “aggressive tax planning”. O simples fato de existir um contrato intragrupo não pode ser um critério de diferenciação válido, à luz da igualdade, para fins da negativa de dedução de uma despesa na tributação da renda¹³⁶. De igual modo, não há, a princípio, no ordenamento jurídico brasileiro um fundamento de justificação – para além da capacidade contributiva – que dê suporte para um discrimen, para fins fiscais, com base apenas em relações societárias.

Por outro lado, cabe notar que, na UTPR, o pagamento não precisa ser realizado para empresa do mesmo grupo para que seja indedutível. O fato de a entidade local fazer parte de um grupo econômico com entidades em países com carga tributária sobre a renda inferior a 15% já é suficiente para motivar a indedutibilidade. Assim, mesmo que o pagamento em análise esteja sendo realizado para terceiros (fora do grupo) ou para entidades do grupo sujeitas a carga tributária superior a 15%, é possível que a UTPR se aplique. Diante disso, é possível concluir que, substancialmente, a renda que está sendo tributada no Brasil não foi gerada aqui, e sim foi gerada em outra jurisdição. E o motivo da tributação no Brasil, via indedutibilidade de despesas, consiste na conjunção de dois fatores: (i) a entidade brasileira faz parte de um grupo multinacional; e (ii) esse grupo multinacional tem outras entidades em jurisdições com baixa carga tributária sobre a renda.

Trata-se, portanto, da aplicação do *group approach* ou do *unitary approach* como se a renda do grupo multinacional fosse passível de tributação em qualquer jurisdição onde tal grupo está presente. A nosso ver, isso não é possível em razão

¹³⁵ TAKANO, Caio Augusto. *Limites às normas antielisivas específicas para a contenção de arbitragem fiscal internacional por intermédio de instrumentos híbridos no direito brasileiro*. Tese de Doutorado sob a orientação do Professor Paulo Ayres Barreto. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2019, p. 241-253.

¹³⁶ MOSQUERA, Roberto Quiroga; DINIZ, Rodrigo de Madureira Pará. As regras de subcapitalização no direito brasileiro – questões controversas. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2011. v. 15, p. 392-408 (402).

da indisponibilidade da renda tributável. Não basta haver uma fonte de pagamento, devendo também estar caracterizada a disponibilidade sobre a renda a ser tributada. Busca-se, com isso, superar o problema do nexo, na medida em que o objeto da tributação é o pagamento realizado a partir daquela jurisdição. Como há pagamento pela entidade local, há nexo. Note-se que a teoria dos elementos de conexão, no sentido de ela ser uma ferramenta que busca “impedir o arbítrio resultante da tributação por um Estado de situações que com ele não têm qualquer conexão”¹³⁷, não resolve por completo o problema. Como o Brasil tem jurisdição sobre as entidades brasileiras e, portanto, sobre os pagamentos por elas realizados, o problema não estaria supostamente nas questões relativas ao nexo. A nosso ver, entretanto, a problemática reside na justificação da norma, isto é, na tributação de um pagamento no Brasil justificada com base no fato de existir uma renda auferida no exterior por entidade do mesmo grupo, a qual não está sendo tributada em sua jurisdição acima do patamar global de 15%.

Mesmo que se admita, por hipótese, a adoção do *unitary approach* de modo a se permitir a tributação do grupo econômico como uma unidade, independentemente de qual empresa está sendo tributada (a empresa brasileira ou a empresa estrangeira), haveria um obstáculo adicional à tributação pelo Brasil, qual seja, não há correlação direta entre a tributação no Brasil e a razão pela qual ela está ocorrendo no Brasil.

A justificação da norma doméstica a ser introduzida no Brasil, para capturar a tributação da renda gerada em outra jurisdição por empresa não submetida ao controle de empresa brasileira (quando não se trata de reconhecimento no Brasil de lucros no exterior), deve ser submetida a controle rígido de constitucionalidade. Nesse ponto, é oportuno questionar: por que o Brasil deve tributar essa renda? Esse questionamento pode ser avaliado em duas perspectivas: (i) a partir da teoria da causa do tributo; e (ii) a partir da finalidade da norma.

Do ponto de vista da causa do tributo, adota-se o entendimento de que justificação da tributação, de maneira geral, pode ser encontrada “em função das utilidades concretamente retiradas da atividade pública (princípio do benefício)”, ou seja, a causa decorre das vantagens gerais proporcionadas pelo Estado aos indivíduos submetidos ao seu poder¹³⁸. De um lado, cabe notar que a relação de equivalência ou de prestação-contraprestação não se aplica propriamente aos impostos, como ensina Blumenstein, o que serve de justificação, com maior precisão, para as taxas¹³⁹. De outro lado, como bem defende Alcides Jorge Costa, não

¹³⁷ XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional no Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 22.

¹³⁸ VANONI, Ezio. *Natureza e interpretação das leis tributárias*. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S.A., 1932, p. 133-136.

¹³⁹ BLUMENSTEIN, Ernst. *La causa nel Diritto Tributario Svizzero*. *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze* v. I. Padova: Cedam, 1939, p. 355-371 (370).

é acertada ou pertinente aos tempos atuais a ideia de que os impostos se justificam tão somente com base no suposto direito do Estado “em virtude do seu poder de império”¹⁴⁰. Mais correto, a nosso ver, é o entendimento de que a capacidade contributiva é a causa dos impostos, porém essa justificação não pode ser dissociada da ideia, baseada na *causa final*, de que a riqueza disponível para tributação é um indício das “vantagens ou particulares”, cujo aproveitamento ou manutenção é assegurado pelo Estado. Há, portanto, um “liame indireto” entre a atuação do Estado (para garantir a estrutura patrimonial dos indivíduos) e a capacidade contributiva¹⁴¹. É razoável reconhecer que existe uma relação, ainda que indireta, entre (i) a capacidade contributiva, (ii) as condições estruturais de cada sociedade que deram ensejo à geração ou manutenção dessa capacidade e (iii) a atuação do Estado, especialmente no que diz respeito à tutela da propriedade, da liberdade e da atividade privada¹⁴². Essa atuação do Estado, no sentido da proteção de direitos e garantias (que estão diretamente relacionados com a geração ou manutenção de capacidades contributivas), ocorre em determinada jurisdição e impacta os seus jurisdicionados.

Nesse particular, são pertinentes as lições de Schanz, para justificação da tributação da renda nas transações internacionais, com base no conceito de “pertinência econômica” (*wirtschaftliche Zugehörigkeit*), como visto no item III.1 acima. Isto é, a jurisdição com poder para tributar a renda, no âmbito internacional, é aquela que guarda uma relação de troca entre o aproveitamento dos benefícios gerados pelo Estado e a renda disponível para tributação¹⁴³. Nessa relação de troca, identifica-se a redução de riscos proporcionada pelo Estado para o indivíduo gerador da renda, como vetor de aumento de sua capacidade contributiva. Há uma correlação indissociável entre riscos e capacidade contribuinte, em linha com as lições de Vogel¹⁴⁴.

Como a causa do tributo não pode ser percebida de maneira desconectada da capacidade contributiva dos contribuintes submetidos a um Estado, é possível estabelecer um vínculo conceitual entre soberania (poder de tributar), causa da

¹⁴⁰ COSTA, Alcides Jorge. Conceito de tributo, impôsto e taxa. *Revista de Direito Administrativo* v. 78, 1964, p. 26-37 (32).

¹⁴¹ MOREIRA, Clara Gomes. Teoria da Causa dos Tributos – a justificação funcional-normativa das estruturas tributárias. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Tributário, 2014, p. 7.

¹⁴² GRIZIOTI, Benvenuto. *Principios de Política, Derecho Y Ciencia de La Hacienda*. Madri: Instituto Editoria Reus, 1958, p. 144-148.

¹⁴³ SCHANZ, Georg. Zur Frage Der Steuerpflicht. *FinanzArchiv / Public Finance Analysis* v. 9, no. 2. JSTOR, 1892, p. 1-74. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/40904760>. Acesso em: 23 mar. 2023.

¹⁴⁴ VOGEL, Klaus. *Die Besteuerung von Auslandseinkünfte – Prinzipien und Praxis*. In: VOGEL, Klaus. *Grundfragen des Internationalen Steuerrechts*. Munique: Otto Schmidt, 1985, p. 26.

tributação (justificativa da tributação) e capacidade contributiva (resultado da atividade dos indivíduos no contexto de maior ou menor risco para geração da renda, a depender da atuação do Estado). A partir disso, cogita-se que não basta existir poder de tributar e jurisdição para se justificar a tributação. Somente as riquezas sujeitas à jurisdição de determinado Estado e disponíveis à tributação podem ser por ele gravadas¹⁴⁵. Se a igualdade serve, inclusive, como fundamento de justificação da atuação do Estado¹⁴⁶, e a capacidade contributiva é critério de sua aplicação, apenas as riquezas disponíveis aos seus respectivos jurisdicionados, ou seja, aquelas que realmente indicam a capacidade de pagamento de tributos – estão ao alcance da tributação naquela jurisdição.

Cogita-se, a partir disso, uma correlação entre soberania, nexos e causa do tributo para se afirmar que, como regra, os Estados podem cobrar tributos sobre as manifestações de riquezas atreladas à sua jurisdição, se estiverem disponíveis, o que evidencia a insuficiência do nexos como fundamento da tributação. Mesmo havendo nexos, é possível que a tributação seja injustificável, caso a riqueza a ser tributada não esteja disponível. Entendemos que cada ordenamento jurídico tem liberdade para escolher os critérios demarcadores dos aspectos materiais e temporais da tributação da renda, sendo possível se desviar, de maneira justificada, da disponibilidade da renda, enquanto parâmetro geral. O Brasil escolheu a disponibilidade, no art. 43 do Código Tributário Nacional, o que afasta a necessidade de justificação. No entanto, a escolha de outros critérios, cuja aplicação dê ensejo à tributação de renda indisponíveis, deve ser devidamente justificada, com base nos parâmetros jurídicos válidos de acordo com cada ordem jurídica. Não havendo justificação adequada, o critério alternativo deve ser rejeitado. A regra geral, a nosso ver, é a disponibilidade; as exceções a essa regra devem ser justificadas.

Em outras palavras, pode-se construir, a partir da teoria da causa, associada à capacidade contributiva dos contribuintes submetidos ou vinculados a uma jurisdição, uma exigência – regra geral – de que as rendas passíveis de tributação por um Estado sejam apenas aquelas que estejam submetidas ao poder de dispor desses contribuintes. Portanto, a UTPR, por se tratar de norma que proíbe a dedução de despesas no Brasil sob o fundamento de que a renda – sobre a qual o contribuinte local não tem poder de dispor – está sendo subtributada em outro país, pode ter sua invalidade construída a partir do racional extraído da correlação entre soberania, causa da tributação e capacidade contributiva, acima cogita-

¹⁴⁵ GRIZIOTI, Benvenuto. *Princípios de Política, Derecho Y Ciencia de La Hacienda*. Madri: Instituto Editoria Reus, 1958, p. 133-140.

¹⁴⁶ ZILVETI, Fernando. *Princípios de Direito Tributário e Capacidade Contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 70.

da, porque, mesmo tendo nexo (fonte de pagamento), não há fundamentação justificável para o exercício do poder de tributar.

Da perspectiva da finalidade da norma, acolhem-se aqui as lições de Humberto Ávila sobre os elementos estruturais da igualdade, vale dizer, (i) sujeitos, (ii) medida de comparação, (iii) elemento indicativo da medida de comparação, e, o que é mais relevante para a questão em exame, (iv) a finalidade da diferenciação¹⁴⁷. No presente trabalho, partiu-se da premissa de que as normas do GloBE estão, essencialmente, fundadas na finalidade de combater a perda de arrecadação global e de coibir práticas abusivas (*anti-avoidance rules*) e, portanto, elas devem ser controladas a partir da sua função de alocativa de carga tributária entre contribuintes¹⁴⁸. Cabe aplicar a igualdade à luz da finalidade da norma em exame. Primeiramente, não há plena clareza sobre a finalidade das normas do *Pillar Two*. A OCDE ora sinaliza uma busca pelo aumento da arrecadação global¹⁴⁹, ora se refere a práticas abusivas ou agressivas¹⁵⁰. É tarefa árdua realizar um controle de constitucionalidade de uma norma cuja finalidade não é clara. Nesse ponto, novamente, é oportuna a lição de Humberto Ávila, segundo o qual não se deve admitir uma finalidade que não seja “constitucionalmente prescrita e demonstrada, sem ambiguidade ou contradição”¹⁵¹. Ademais, Ávila sustenta que a finalidade “não pode servir de justificativa para a modificação da medida de comparação constitucionalidade eleita”¹⁵², o que sugere que os limites da competência tributária não devem ser superados a partir de uma finalidade arrecadatória. É dizer: não se pode adotar um critério de comparação que amplia a competência tributária. Aplicando esse racional para a UTPR, o Brasil não poderia tributar a renda gerada no exterior e não disponível à tributação, porque ela está fora da competência tributária para cobrança de imposto de renda.

E é exatamente aqui que reside o maior obstáculo à adoção da UTPR no Brasil: a ausência de disponibilidade sobre a renda, isto é, a ausência de poder jurídico de dispor sobre rendas auferidas por entidades estrangeiras que não estão submetidas ao controle da entidade situada no Brasil. Supera-se, desse modo, a mera existência de fonte de pagamento como suporte para a tributação nas transações internacionais, a fim de exigir também uma justificativa válida basea-

¹⁴⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 45-77.

¹⁴⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. Arm's Length: Beyond the Guidelines of the OECD. *Bulletin For International Taxation*, dezembro de 2015, p. 690-716.

¹⁴⁹ OECD. *Tax Incentives and the Global Minimum Corporate Tax: Reconsidering Tax Incentives after the GloBE Rules*. Paris: OECD Publishing, 2022, p. 6.

¹⁵⁰ OECD. *Inclusive Framework on BEPS Progress – report September 2021 – September 2022*. Paris: OECD, 2022, p. 9.

¹⁵¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 76.

¹⁵² ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 76.

da na disponibilidade da renda. Essa conclusão está pautada, como se vê, pela conjunção de três aspectos (ausência de disponibilidade, contrariedade à renda líquida e falta de justificação dos parâmetros à luz da igualdade), os quais merecem um exame mais aprofundado, como indicado a seguir.

IV. A ausência de disponibilidade e a contrariedade injustificada aos princípios da renda líquida e da capacidade contributiva

Há dois planos de análise para testar a possibilidade de adoção da IIR e da UTPR no Brasil: (i) os limites da regra de competência para cobrar imposto de renda no Brasil, dados pelo art. 43 do Código Tributário Nacional; e (ii) a falta de fundamentação válida, no Brasil, para aplicação dos critérios adotados pelas recomendações da OCDE/G20, na edição da UTPR, em detrimento da aplicação dos princípios da renda e da capacidade contributiva (enquanto critérios de aplicação da igualdade).

Adota-se, como ponto de partida, a ideia de que a IIR e a UTPR são regras domésticas para cobrança de imposto sobre a renda. O fato de tais regras abarcarem novas materialidades não capturadas pela atual base de cálculo do imposto de renda não faz delas um novo imposto¹⁵³. A ampliação de base de cálculo não se confunde com a instituição de um novo imposto.

Tratando-se de imposto de renda, cabe notar que o Brasil tem uma particularidade na sua estrutura normativa: o constituinte brasileiro estabeleceu, no art. 146 da Constituição Federal de 1988, que cabe à lei complementar definir os limites da competência tributária e o art. 43 do Código Tributário Nacional, exercendo o papel de lei complementar, autorizou a tributação somente da renda *disponível*. Em razão disso, no Brasil, a indedutibilidade de uma despesa necessária tende, em tese, a violar *regra* doméstica de competência tributária, segundo a qual um gasto necessário não constitui renda¹⁵⁴.

Portanto, as despesas necessárias – para a atividade de uma pessoa jurídica – estão fora do âmbito de competência tributária para cobrança de imposto de renda, definido por essas regras domésticas, não sendo permitido afastar a regra do art. 43 do Código Tributário Nacional por meio de princípios informadores de uma tributação indutora. A capacidade econômica deve ser medida pela renda

¹⁵³ Em sentido contrário, confira-se: MAGALHÃES, Tarcísio Diniz; MANSUR, Débora Ottoni Uébe. How Brazil Could Design a Tax to Achieve UTPR Goals. *Tax Notes International* v. 110, abril de 2023, p. 225-229.

¹⁵⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Dedutibilidade de despesas com atividades ilícitas. In: ADAMY, Pedro Augustin; FERREIRA NETO, Arthur M. (coord.). *Tributação do ilícito: estudos em comemoração aos 25 anos do Instituto de Estudos Tributário – IET*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 190-192 e 210.

líquida, ou seja, renda disponível após a dedução das despesas necessárias, por força de uma regra¹⁵⁵.

Havendo uma regra rígida de competência tributária (para cobrança de imposto sobre a renda) baseada na capacidade contributiva como critério inafastável, não haveria espaço para ponderação de princípios mitigadores da capacidade contributiva enquanto princípio. Até porque “aplica-se o princípio, quando não há uma regra que o concretize”¹⁵⁶.

De outro lado, aqueles que admitem um conceito constitucional de renda – linha de pensamento não acolhida neste artigo – também apontam que a própria definição de renda, extraída do texto constitucional, já indica que é passível de tributação, pela União, no art. 153, III, da Constituição Federal de 1988, somente o “produto líquido (receitas menos as despesas necessárias à manutenção da fonte produtora ou da existência digna do contribuinte) calculado durante o período de um ano”¹⁵⁷. A percepção ontológica da renda já limitaria à tributação ao “resultado da atividade econômica”, computando-se assim, não apenas os aumentos patrimoniais, mas também as despesas incorridas para gerar tais aumentos¹⁵⁸. Haveria, portanto, um mandamento constitucional, construído a partir do conceito de renda, do princípio da capacidade contributiva, do princípio da universalidade, da proteção do mínimo existencial e da vedação ao confisco, para determinar que o imposto de renda somente poderia recair sobre a *renda líquida*¹⁵⁹.

Quanto aos limites constitucionais à tributação da renda, adota-se o entendimento de que não há no plano constitucional um conceito de renda, reconhe-

¹⁵⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Dedutibilidade de despesas com atividades ilícitas. In: ADAMY, Pedro Augustin; FERREIRA NETO, Arthur M. (coord.). *Tributação do ilícito: estudos em comemoração aos 25 anos do Instituto de Estudos Tributário – IET*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 193.

¹⁵⁶ MOREIRA, Clara Gomes. *Regra Constitucional de Competência e Tributação de Transações Transfronteiriças entre Partes Vinculadas*. Tese de Doutorado sob a orientação do Professor Luís Eduardo Schoueri e do Professor Pasquale Pistone. Universidade de São Paulo, 2020, p. 86.

¹⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2021, p. 34.

¹⁵⁸ LANG, Joachim; TIPKE, Klaus. *Direito Tributário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. v. 1, p. 473.

¹⁵⁹ IGLESIAS, Tadeu Poretz. *Dedutibilidade de despesas com subornos e propinas da base de cálculo do IRPJ*. São Paulo: IBDT, 2022, p. 60-68.

cendo que o tema é controverso¹⁶⁰⁻¹⁶¹. No atual Sistema Tributário brasileiro, cabe ao Código Tributário Nacional definir um conceito de renda, para fins da delimitação da competência tributária da União para cobrança de imposto sobre a renda, na condição de lei complementar, conforme o art. 146 da Constituição Federal. Além disso, o texto constitucional não apresenta um conceito de renda, e sim apenas vetores de proteção do patrimônio e da liberdade econômica (art. 170, II e IV) e de vedação ao confisco (art. 150, inciso IV), além da universalidade (art. 153, § 2º), que não são suficientes para conceituar a renda.

Por outro lado, mesmo não havendo no plano constitucional um conceito de renda, não há plena liberdade do legislador infraconstitucional para tributar rendas indisponíveis. Nesse particular, é oportuna – ressalvadas as diferenças entre os ordenamentos jurídicos brasileiro e alemão – a posição de Maximilian Bowitz sobre os parâmetros que definem a liberdade do legislador na concretização do princípio da renda líquida objetiva (e suas derivações primárias e secundárias), a

¹⁶⁰ No sentido de que a Constituição Federal teria definido um conceito constitucional de renda para fins da delimitação da competência tributária para cobrança de imposto de renda, confira-se: PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto sobre a Renda: pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: Justec, 1979, p. 110; ÁVILA, Humberto. *Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 32-34; MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Renda e proventos de qualquer natureza – o imposto e o conceito constitucional*. São Paulo: Dialética, 1996, p. 77; CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 35; BARRETO, Paulo Ayres. *Conceitos Constitucionais e Competência Tributária*. In: SANTOS, Nélida Cristina dos (et al). *Temas de Direito Tributário: estudos em homenagem a Eduardo Bottallo*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 331-344 (335); TÓRRES, Heleno Taveira. *Conceito Constitucional de Renda e o Papel do CTN na sua Definição*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do; ROSAS, Roberto; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (coord.). *Princípios Constitucionais Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex, 2005, p. 591-602 (594); BIANCO, João Francisco. *Imposto de Renda da Pessoa Jurídica: uma visão geral*. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurelio (coord.). *Tributação das Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 317-332; POLIZELLI, Victor Borges. *O Princípio da Realização da Renda, Reconhecimento de Receitas e Despesas para Fins do IRPJ. Série Doutrina Tributária v. II*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 134-143; MOREIRA, Clara Gomes. *Regra Constitucional de Competência e Tributação de Transações Transfronteiriças entre Partes Vinculadas*. Tese de Doutorado sob a orientação do Professor Luís Eduardo Schoueri e do Professor Pasquale Pistone. Universidade de São Paulo, 2020, p. 109-112; FONSECA, Fernando Daniel de Moura. *Imposto sobre a Renda: uma proposta de diálogo com a contabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 190-193.

¹⁶¹ No sentido de que a definição do conceito de renda é dada por lei complementar, i.e. pelo Código Tributário Nacional, em seu art. 43, e não pela Constituição Federal, que apenas estabelece uma discriminação tipológica de competências tributárias, confira-se: OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. v. 1, p. 206; SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. *Dedutibilidade de despesas com atividades ilícitas*. In: ADAMY, Pedro Augustin; FERREIRA NETO, Arthur M. (coord.). *Tributação do ilícito: estudos em comemoração aos 25 anos do Instituto de Estudos Tributário – IET*. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 190-192; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Competência Tributária: entre a Rigidez do Sistema e a Atualização Interpretativa*. Tese de Doutorado sob a orientação do Professor Luís Eduardo Schoueri. Universidade de São Paulo, 2013, p. 99-102.

partir de outros parâmetros constitucionais, tais como a tutela do patrimônio e da livre iniciativa¹⁶².

Essa investigação parece necessária para contribuir com a identificação dos limites à adoção da IIR e da UTPR no Brasil.

Do ponto de vista da IIR, o reconhecimento no Brasil de renda de entidades estrangeiras em relação à qual não há livre poder de dispor viola a regra de competência acima mencionada, na medida em que pode vir a autorizar a tributação de rendas não disponíveis. É possível que, em determinados casos, exista um poder de dispor não exercido, em linha com uma das correntes de votação no julgamento da ADI n. 2.588/DF pelo Supremo Tribunal Federal. Entretanto, o fato de a IIR adotar critérios que desconsideram, por completo, a disponibilidade e não permitir ao contribuinte prova em contrário – no sentido de que, no seu caso particular, não há disponibilidade e, portanto, não deveria haver tributação – já é suficiente para rejeitar a sua validade no Brasil.

De outro lado, do ponto de vista da UTPR, seja pelo caminho do conceito de renda dado pela lei complementar, seja pelo conceito de renda dado pelo texto constitucional, é possível construir uma limitação ao poder de tributar a renda, na qual apenas a *renda líquida*, assim considerada aquela apurada após a dedução das despesas necessárias, é passível de tributação. Ao se negar a dedução de despesas necessárias, tributa-se algo que não é renda, contrariando a referida norma de competência tributária¹⁶³. O tema da dedutibilidade merece um exame mais aprofundado.

No Brasil, o art. 47 da Lei n. 4.506/1965 prevê uma regra geral segundo a qual são dedutíveis as despesas “necessárias à atividade da empresa e à manutenção da respectiva fonte produtora”, adotando-se os critérios da necessidade, da usualidade e da normalidade para especificação do que é dedutível. De outro lado, existem na legislação brasileira diversas vedações à dedução de despesas específicas. Por exemplo, o art. 71, parágrafo único, da Lei n. 4.506/1964, estabelece uma série de vedações à dedução de despesas com partes relacionadas sem levar em consideração a sua necessidade, a sua usualidade, a sua normalidade. O art. 13 da Lei n. 9.249/1995 proíbe a dedução, dentre outras, das despesas com alimentação dos sócios, acionistas e diretores e das despesas com brindes. O art. 41 da Lei n. 8.981/1995 prevê a vedação à dedução com despesas com “multas por infrações fiscais, salvo as de natureza compensatória”. Mais recentemente, a Lei

¹⁶² BOWITZ, Maximilian. *Das objektive Nettoprinzip als Rechtfertigungsmaßstab im Einkommensteuerrecht: eine Untersuchung zum Verfassungsrang eines Besteuerungsprinzips und zur Rechtfertigung gesetzgeberischer Einzelentscheidungen vor der Grundentscheidung*. Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 153-89.

¹⁶³ MOREIRA, Clara Gomes. Um Estudo Constitucional sobre as Normas Tributárias de Subcapitalização de Sociedades Empresárias. *Revista Direito Tributário Atual* v. 33. São Paulo: IBDT, 2015, p. 72-94 (86).

n. 12.249/2010 vedou a dedução de despesas pagas a beneficiário localizado em países com “tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado”, ressalvada a hipótese em que o contribuinte, cumulativamente, (i) identifica o beneficiário da remessa, (ii) demonstra que o beneficiário tem “capacidade operacional”, e (iii) possui documentos que comprovam o pagamento e a efetivação do recebimento dos bens e direitos ou da utilização dos serviços. De modo diverso, o art. 74 da Lei n. 3.470/1958 (pelo menos até a edição da Medida Provisória n. 1.152, de 2022) permite a dedução dos pagamentos de royalties, porém de maneira limitada, uma vez que é dedutível, na apuração do imposto de renda, apenas a soma dos valores pagos a título de royalties pela exploração de marcas de indústria e de comércio e patentes de invenção, por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhantes até o limite máximo de 5% (cinco por cento) da receita bruta do produto fabricado ou vendido. Ainda na linha da limitação à dedução de despesas, o art. 22 da Lei n. 9.430/1996 (regras de preço de transferência) e os arts. 24 e 25 da Lei n. 12.249/2010 (regras de subcapitalização) estabelecem limitações à dedução, de um lado, de juros pagos em valores desalinhados com o princípio *arm's length* e, de outro lado, de juros considerados excessivos à luz do grau de endividamento com pessoa jurídica vinculada no exterior ou do valor do patrimônio líquido da pessoa jurídica brasileira.

A existência dessas exceções à regra geral de dedutibilidade de despesas necessárias não significa que as restrições nelas contidas estão alinhadas com a regra de competência do imposto de renda, dada pelo art. 43 do Código Tributário Nacional. Ou seja, se esse dispositivo legal for reconhecido como regra de competência, não há espaço para ponderar os princípios para fins da construção de fundamentos constitucionais para justificar uma restrição ou uma limitação da dedutibilidade de despesas necessárias, como expressão de elementos indispensáveis à apuração da renda líquida. Em outras palavras, se aquelas exceções à regra geral de dedutibilidade de despesas necessárias implicarem a tributação de uma despesa necessária, elas devem ser consideradas inválidas, porque contrárias à regra de competência do imposto de renda.

Um possível caminho para a justificação da restrição à dedução de uma despesa seria argumentar no sentido da desnecessidade de parte das despesas capturadas pelas exceções acima mencionadas. Por exemplo, no caso da limitação das despesas excessivas em desconformidade com as regras de preços de transferência, a razão da indedutibilidade se conecta com a desnecessidade da despesa. Paga-se a mais do que o preço de mercado e, portanto, um valor desnecessário. Logo, a indedutibilidade dessa despesa não afetaria a renda líquida. Em resposta a esse argumento, seria possível afirmar que, ainda que se admita que uma parte das referidas exceções teria como objetivo capturar hipóteses em que não se trata de renda líquida, e sim de despesas desnecessárias ou incorridas com objetivo exclusivamente elisivo, a construção de regras de indedutibilidade de despesas

com base em presunções absolutas de abuso viola o princípio da proporcionalidade, ao não admitir prova em contrário e, igualmente, viola, ainda que indiretamente, o princípio da capacidade contributiva¹⁶⁴. O problema, então, não seria a tributação de valores que não têm natureza de renda, e sim a ausência de meios adequados para provar que o contribuinte não está na situação que a norma pretende abarcar ou não descumpriu a finalidade que a norma almeja atingir. Negar ao contribuinte possibilidade de realizar essa comprovação, ao se adotar presunções absolutas, e não presunções relativas, acaba fazendo com que a norma tribute algo que não é renda¹⁶⁵. Trata-se de uma limitação de direito a ser testada de acordo com o princípio da proporcionalidade.

No entanto, as referidas exceções não têm objetivos claros, e parte delas sequer se preocupa em tributar apenas despesas desnecessárias. Veja-se o art. 24 da Lei n. 12.249/2010 por exemplo, que busca restringir, expressamente, apenas despesas necessárias, claramente violando a regra de competência do imposto de renda no Brasil.

Essa consideração é importante para a UTPR, porque ela torna indedutíveis despesas necessárias e desnecessárias indistintamente, bastando que esteja caracterizada a subtributação da renda de alguma das entidades do mesmo grupo da entidade doméstica. O parâmetro de aplicação da UTPR não é a disponibilidade da renda, contrariando o art. 43 do Código Tributário Nacional.

Outro caminho para a fundamentação da restrição de despesa seria considerar que a dedutibilidade de despesa é um direito dentro do regime do lucro real. Os regimes de apuração do lucro são baseados em presunções e ficções, além de limitações de política fiscal motivadas pela praticabilidade e pela busca de indução de comportamentos¹⁶⁶. Daí por que assistir razão ao Professor Luís Eduardo Schoueri, que ensina não existir um único “lucro real”, sendo possível admitir a existência de vários “lucros reais”, fundados em aproximações possíveis do lucro efetivo de uma pessoa jurídica. O lucro real seria, portanto, um mito¹⁶⁷.

Essas aproximações, todavia, acabam limitando a eficácia do princípio da capacidade contributiva, enquanto critério de aplicação da igualdade, com base

¹⁶⁴ PEGORARO, Andressa. As regras brasileiras para a dedutibilidade de juros e a Ação 4 do Projeto BEPS. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 5. São Paulo: IBDT, 2019, p. 24-43 (29-30).

¹⁶⁵ FERREIRA, Davi Finotti; FERREIRA, Diogo Olm Arantes. Regras de Subcapitalização e suas Distorções na Tributação da Renda. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 4. São Paulo: IBDT, 2018, p. 11-30 (23).

¹⁶⁶ TOGNETTI, Silvania. Presunções e ficções legais no Direito Tributário e no Imposto sobre a renda. *Revista Direito Tributário Atual* v. 21. São Paulo: Dialética, 2007, p. 345-360 (356).

¹⁶⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. O Mito do Lucro Real na Passagem da Disponibilidade Jurídica para a Disponibilidade Econômica. In: LOPES, Alessandro Broedel; MOSQUERA, Roberto Quiroga (org.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2010, p. 241-264 (261).

em fundamentos outros, como o princípio da praticabilidade ou a implementação de políticas fiscais, fundadas em diretrizes constitucionais. É dizer: é possível restringir a capacidade contributiva, desde que de maneira fundamentada, conforme os direitos dos contribuintes em cada situação e as suas proteções jurídicas, inclusive em matéria de delimitação do regime do lucro real¹⁶⁸.

O contribuinte, ao se submeter a um determinado regime de apuração do lucro, por opção ou por obrigação, estaria abarcado por diferentes proteções jurídicas. Se uma empresa está submetida, obrigatoriamente, ao lucro real, ela merece uma atenção especial, exigindo-se uma maior força argumentativa de outros fundamentos para a restrição da capacidade contributiva. Isso porque não há opção para a empresa obrigatoriamente inserida no regime do lucro real: trata-se de um regime obrigatório no qual os seus direitos estão sendo restringidos. Por outro lado, se a empresa optou pelo regime do lucro real, em uma hipótese em que outros regimes estavam à sua disposição, a nosso ver, ela acabou aceitando os requisitos e as condições aplicadas nesse regime, de modo que é razoável identificar uma menor proteção jurídica em função da sua escolha. Sendo por opção ou por obrigação, o regime do lucro real deve ser submetido a um controle, pelo Poder Judiciário mediante provocação da sociedade, de justificação das normas que restringem a dedução de despesas, por força da igualdade. O que muda é a força argumentativa exigida para se afastar a eficácia da capacidade contributiva.

Note-se que, aqui, não se trata mais da regra de competência do imposto de renda, e sim da liberdade do legislador ordinário em delimitar um regime de apuração do lucro, à luz daquela regra e, principalmente, do princípio da igualdade.

A questão central a ser avaliada é a existência de fundamentação válida, em cada restrição, para justificar a limitação do princípio da renda líquida. A força argumentativa de cada fundamentação deve ter como parâmetro a ideia de que, como regra geral, aplica-se a capacidade contributiva, enquanto critério da igualdade, porém, admite-se o afastamento da capacidade contributiva de maneira justificada em fundamentos construídos a partir da Constituição Federal brasileira.

Ou seja, mesmo que não existisse uma regra de competência, que veda a tributação da renda não líquida ou indisponível, conforme o art. 43 do Código Tributário Nacional, ainda assim, seria necessário controlar as normas limitadoras da dedução de despesas, com base na igualdade.

No caso da UTPR, a abrangência da norma é tão relevante a ponto de contemplar, certamente, algumas despesas necessárias à atividade empresarial das

¹⁶⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. O Mito do Lucro Real na Passagem da Disponibilidade Jurídica para a Disponibilidade Econômica. In: LOPES, Alessandro Broedel; MOSQUERA, Roberto Quiroga (org.). *Controvérsias jurídico-contábeis: aproximações e distanciamentos*. São Paulo: Dialética, 2010, p. 241-264 (263).

entidades brasileiras, o que permite cogitações sobre a sua contrariedade aos limites da regra de competência para cobrar imposto de renda no Brasil, dados pelo art. 43 do Código Tributário Nacional. A nosso ver, não é viável adotar a UTPR no Brasil, sem antes modificar o art. 43 do Código Tributário Nacional, justamente por esse confronto com tal regra de competência.

Nesse particular, vale registrar que, a nosso ver, o § 2º do art. 43 do Código, ao permitir que a lei discipline as condições e o momento da disponibilidade¹⁶⁹ não contém autorização suficiente para que o Brasil tribute, por meio da negativa de dedução de despesas, a renda de uma entidade estrangeira não submetida ao controle de empresa brasileira. Isso porque não se trataria apenas do momento e das condições, e sim de uma ficção jurídica. Não há no § 2º do art. 43 do Código uma autorização para criar uma ficção jurídica para transformar a renda indisponível em renda disponível. Além disso, a mudança de abordagem das companhias multinacionais (do *separate entity approach* para o *unitary approach*) não é suficiente para gerar disponibilidade, na entidade doméstica a ser tributada pela UTPR, sobre a renda auferida por sua coligada estrangeira. O mesmo raciocínio se aplica para a IIR, na medida em que o *unitary approach* não caracteriza, em todos os casos, disponibilidade pela companhia investidora sobre os lucros da respectiva companhia investida, sobretudo quando não se trata de subsidiária integral ou exista algum obstáculo jurídico no país da investida para distribuição de lucros.

Admitindo-se, por hipótese, que o legislador brasileiro venha a instituir uma nova figura jurídica para a empresa brasileira integrante de um grupo multinacional submetido ao *group approach*, estabelecendo para ela um dever de reconhecimento e tributação no Brasil dos resultados subtributados das empresas estrangeiras a ela ligadas, caberia avaliar a viabilidade dessa ficção jurídica relativa à disponibilidade da renda no Brasil, que na realidade não está aqui disponível. Sabe-se que pessoas jurídicas são ficções jurídicas admitidas no ordenamento jurídico brasileiro¹⁷⁰ e que, na ficção jurídica, “empresta-se” o conseqüente de uma norma jurídica para um antecedente diferente daquele nela previsto originalmente¹⁷¹. No entanto, as ficções jurídicas devem ser submetidas a um controle de validade. Para o controle de validade dessa nova figura jurídica, baseada em ficção jurídica, a capacidade contributiva e os limites da competência tributária para

¹⁶⁹ Código Tributário Nacional. “Art. 43 [...] § 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. (Incluído pela Lcp n. 104, de 2001)”

¹⁷⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. A persona e o direito: entre a realidade e a ficção das pessoas jurídicas. *Revista Direito Tributário Atual* v. 30. São Paulo: IBDT, 2014, p. 251-273.

¹⁷¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Presunções jurídicas, *arm's length* e o conceito de custo para fins de preços de transferência. *Revista Direito Tributário Atual* v. 31. São Paulo: IBDT, 2014, p. 96-116 (99).

cobrança de imposto de renda nos parecem limites importantes a serem respeitados, sob pena de inconstitucionalidade¹⁷². Isto é, a ficção jurídica relativa à titularidade dos lucros da empresa local abarcada pelo *group approach* não pode capturar uma renda indisponível, porque o art. 43 do Código Tributário Nacional estabelece dois obstáculos jurídicos relevantes para tanto: a disponibilidade como índice de capacidade contributiva e como regra de competência tributária. Tais limites não podem ser ultrapassados pela referida figura jurídica da empresa brasileira integrante de um grupo multinacional submetido ao *group approach*, sem contrariedade ao art. 43 do Código Tributário Nacional.

Diante disso, é plausível cogitar se seria possível uma modificação do Código Tributário Nacional, a fim de dar fundamento para a IIR e para UTPR, conforme as regras e os princípios constitucionais brasileiros. Aqui vem à tona o segundo plano de análise para testar a possibilidade de adoção das referidas regras no Brasil. Nesse segundo plano, cogitamos haver duas searas de exame: os limites ao poder de tributar renda indisponível (mesmo sem a previsão do art. 43 do Código Tributário Nacional) e a igualdade, para tributação de lucros no exterior e para a dedução de despesas na apuração do imposto de renda no regime do lucro real.

É valiosa a contribuição de Bruno Fulginiti sobre o assunto, para quem os parâmetros de controle das regras de dedução de despesas estariam baseados nos critérios da necessidade, da generalidade, da compatibilidade, da neutralidade, da não excessividade, da ajustabilidade e da razoabilidade¹⁷³. No contexto do GloBE, dado o intuito de combater a perda de arrecadação pelos países, cogita-se haver um papel mais destacado para os critérios de sua função de alocativa de carga tributária, buscando comparar contribuintes à luz da capacidade contributiva ou à luz dos critérios alternativos fundamentados em parâmetros constitucionais¹⁷⁴.

Especificamente em relação à UTPR, nota-se que o Brasil não tem uma jurisprudência farta sobre o tema dos limites da dedutibilidade de despesas à luz dos critérios constitucionais fundados na igualdade. Diante disso, é pertinente considerar a jurisprudência alemã sobre o assunto, ressalvadas as particularidades daquele ordenamento.

¹⁷² CARVALHO, Cristiano. *Ficções jurídicas no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2008, p. 247; PACHECO, Angela Maria da Motta. *Ficções tributárias: identificação e controle*. São Paulo: Noeses, 2008, p. 344; FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2001, p. 88.

¹⁷³ FULGINITI, Bruno, Capelli. *Deduções no Imposto de Renda: fundamento normativo e controle jurisdicional*. São Paulo: Quartier Latin, 2017, p. 176.

¹⁷⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. Arm's Length: Beyond the Guidelines of the OECD. *Bulletin For International Taxation*, dezembro de 2015, p. 690-716.

De início, cabe destacar o julgamento do caso BVerGe 66, 214, de fevereiro de 1984, pelo Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), em que se discutia se a dedução fiscal de despesas necessárias de manutenção de dependentes (*Zwangsläufige Unterhaltsaufwendungen*) era compatível com a constituição. Buscou-se questionar no Tribunal se a regra de dedução de despesas na apuração do imposto de renda da pessoa – ao diferenciar os dependentes beneficiados com assistência social e os dependentes desprovidos desse benefício – violaria os princípios da igualdade tributária e da capacidade contributiva e do estado social. O parecer do *Bundesminister* opinava no sentido de que não haveria violação, porque o legislador teria discricionariedade para concretizar o princípio da igualdade. Ainda, o *Bundesminister* considerou que o princípio do estado social não determinava a maneira pela qual a equalização social devia ser concretizada. A conclusão do Tribunal foi no sentido de que houve um tratamento fiscal injustificado entre contribuintes, cuja renda disponível é reduzida por tais despesas e contribuintes. Ou seja, o critério de diferenciação não foi considerado válido para afastar os princípios da igualdade e da capacidade contributiva¹⁷⁵.

Em 2017, o Tribunal Constitucional alemão analisou a compatibilidade, com o princípio da igualdade previsto na constituição alemã, da regra de indedutibilidade de perdas operacionais do imposto de renda corporativo em caso de aquisição prejudicial (*schädlicher Beteiligungserwerb*) de participação societária, que dá tratamento fiscal diferente para empresas com mudança de controle em comparação com empresas sem mudança de controle societário. A conclusão do Tribunal foi de que o legislador não é obrigado, constitucionalmente, a permitir a compensação de prejuízos de maneira irrestrita. No caso, entendeu-se que a mudança de controle seria um critério legítimo para diferenciação entre contribuintes, sendo admitida uma desvantagem fiscal para as empresas que tiveram mudança de controle¹⁷⁶.

Questão semelhante foi submetida por um contribuinte ao Tribunal Federal das Finanças da Alemanha (*Bundesfinanzhof*), em que o contribuinte questionava a compatibilidade da barreira de dedução de juros no cálculo do imposto de renda com o princípio da igualdade. A conclusão do Tribunal, no entanto, foi de que a proibição da dedução com juros possivelmente violaria o princípio da igualdade e da capacidade contributiva, devendo o caso ser submetido ao Tribunal Constitucional. Para que fosse justificada a constitucionalidade, seria necessário identificar uma “razão objetiva especial”, como o combate ao abuso e a proteção da arrecadação nacional. Embora não tenha julgado a questão constitucional, o tri-

¹⁷⁵ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerGe 66, 166. Decisão de 22 de fevereiro de 1984. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv066214.html>. Acesso em: 23 mar. 2023.

¹⁷⁶ ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerGe 2 BvL 6/11. Decisão de 29 de março de 2017. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/ls20170329_2bvl000611.html. Acesso em: 23 mar. 2023.

bunal financeiro admitiu que a limitação à dedutibilidade de despesas com juros deve ser justificada, uma vez que contraria a estrutura da apuração do imposto de renda. O tribunal afirmou, ainda, que a capacidade contributiva, como critério de igualdade no imposto de renda, é medida pelo legislador ordinário em função do princípio da renda líquida¹⁷⁷.

Essas referências da jurisprudência alemã podem ser úteis para sinalizar um caminho para construir normas, no plano constitucional, limitadores da atuação do legislador infraconstitucional em matéria de dedução de despesas a partir da igualdade. É dizer: deve-se testar a validade do critério de comparação, à luz dos parâmetros constitucionais, e a sua força argumentativa capaz, ou não, de limitar a eficácia do princípio da capacidade contributiva, dentro da competência para tributar a renda.

Essa linha de raciocínio parece estar alinhada com as lições de Humberto Ávila sobre a “delimitação negativa” do conceito de renda na Constituição Federal brasileira, o que é oportuno mesmo não se admitindo a existência de um conceito constitucional de renda. Isso porque essa delimitação negativa pode ser pertinente para a construção de normas constitucionais, fundadas na capacidade contributiva, na proteção da propriedade e no direito ao exercício de atividades econômicas, que justifiquem o afastamento das regras infraconstitucionais voltadas à tributação de materialidades desprovidas da natureza de renda. Nesse sentido, Humberto Ávila ensina que a hipótese de incidência do imposto de renda deve ser confrontada com outras materialidades que não se confundem com renda, tais como patrimônio, capital, faturamento e lucros. Ou seja, “renda não pode ser nem patrimônio, nem capital, nem lucro, nem faturamento”¹⁷⁸.

A inexistência de um conceito de “renda” no plano constitucional não parece ser, a princípio, obstáculo para a identificação de limites na Constituição Federal brasileira para a atuação do legislador complementar, na hipótese em que se pretenda alterar o art. 43 do Código Tributário Nacional. Isso porque os signos presuntivos de riquezas estabelecidos na Carta (na condição de tipos) já guardam uma eficácia normativa – ainda que fluída, não conceitual – para a construção de uma regra, que veda, por exemplo, a exigência de imposto de renda sobre patrimônio. Sendo admitida essa construção teórica, torna-se viável sustentar que seria inconstitucional uma eventual regra que estabelecesse a indedutibilidade de gastos indispensáveis para o livre exercício da atividade econômica ou para ma-

¹⁷⁷ ALEMANHA. Bundesfinanzhof. I R 20/15. Decisão de 14 de outubro de 2015, publicada em 10 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://www.bundesfinanzhof.de/de/entscheidung/entscheidungen-online/detail/STRE201610031/>. Acesso em: 23 mar. 2023.

¹⁷⁸ ÁVILA, Humberto. *Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 33.

nutenção da fonte produtora da riqueza¹⁷⁹. As regras brasileiras a respeito da indedutibilidade de despesas anteriores à Constituição Federal de 1988 devem ser testadas, após essa data, à luz dos novos parâmetros constitucionais, os quais nos parecem incompatíveis com a limitação de despesas necessárias à atividade econômica e à manutenção da fonte produtora da renda. O fato de não ter havido questionamento judicial acerca do tema não significa que tais regras são válidas.

Por outro lado, cogitando, com espírito especulativo-científico, que não se admita construir, a partir de fundamentos constitucionais, os limites ao poder de tributar renda indisponível, cabe reconhecer a aplicabilidade da igualdade – enquanto princípio constitucional – como fator limitador da atuação do legislador para fins da adoção da IIR e da UTPR.

A aplicação da igualdade deve estar pautada em um critério de comparação válido. Como dito acima, é necessário identificar um critério legítimo, de acordo com o ordenamento jurídico, para diferenciar contribuintes¹⁸⁰. De maneira geral, a aplicação da igualdade se refere ao procedimento de validação e justificação de um critério de discriminação legítimo de acordo com cada constituição doméstica¹⁸¹. Em matéria de imposto de renda, o critério de *discrimen* é, por excelência, a capacidade contributiva. Todavia, é admitida a adoção de outros critérios de comparação, desde que adequadamente justificados com base em fundamentos constantes do texto constitucional¹⁸².

O primeiro exercício no procedimento de comparação é identificar o que está sendo comparado. Para fins das regras do GloBE, há duas hipóteses: a comparação entre multinacionais e a comparação entre uma multinacional e uma companhia doméstica.

A comparação entre multinacionais dá efetividade ao chamado *group approach* ou *unitary approach*, isto é, a abordagem do grupo multinacional como uma unidade, desconsiderando a individualidade das suas entidades integrantes. Nesse ponto, é acertada a visão do Professor Luís Eduardo Schoueri, ao dizer que a comparação para fins da aplicação da capacidade contributiva deve, primeiro, verificar se estamos comparando algo comparável, o que não se caracteriza quando se comparam grupos multinacionais, cujas entidades estão localizadas em diferentes jurisdições¹⁸³. Conforme observa Vogel, não é possível trazer a renda es-

¹⁷⁹ ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 442.

¹⁸⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 365.

¹⁸¹ FERRAZ, Roberto Catalano Botelho. Igualdade na Tributação – qual o critério que legitima discriminações em matéria fiscal? In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (coord.). *Princípios e Limites da Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 449-523 (447)

¹⁸² ZILVETI, Fernando. *Princípios de Direito Tributário e Capacidade Contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 141.

¹⁸³ SCHOUERI, Luís Eduardo. Arm's Length: Beyond the Guidelines of the OECD. *Bulletin For International Taxation*, dezembro de 2015, p. 690-716 (691).

trangeira para o campo da capacidade contributiva doméstica, na medida em que a tributação doméstica da renda estrangeira não leva em conta as diferenças de condições em que a renda foi obtida no outro país, incluindo os esforços e os riscos necessários à obtenção daquela renda¹⁸⁴.

A partir disso, cogita-se haver uma dimensão local para delimitação conceitual da capacidade contributiva, isto é, cabe considerar as rendas geradas em cada jurisdição apartadamente, porque elas são decorrentes de atividades submetidas a riscos diferentes.

Especula-se que a capacidade contributiva, para fins da aplicação da igualdade, no contexto do *unitary approach*, seja um critério insuficiente para retratar o que deve ser comparado, a fim de evitar o equívoco de comparar algo que é incomparável, em razão do contexto fático distinto (*i.e.* resultados econômicos iguais, obtidos a partir de assunção de riscos diferentes). Para ilustrar, consideram-se, por hipótese, dois grupos multinacionais com igual capacidade contributiva global, sendo que um grupo tem entidades no Brasil, nos Estados Unidos e na África do Sul, e o outro grupo tem entidades no Congo, nos Emirados Árabes e na Turquia. A comparação da capacidade contributiva é adequada para fins da aplicação da igualdade, considerando os riscos distintos envolvidos? Parece-nos que a resposta deve ser negativa.

A comparação entre as multinacionais é problemática, na medida em que não se estão comparando riscos iguais pelo fato de as empresas estarem em países diferentes. Por essa razão, não parece ser adequada, no sentido de aplicação da igualdade, a comparação entre multinacionais, cujas entidades estão em países diferentes. Também não é equânime aplicar o mesmo patamar mínimo de tributação independentemente das particularidades locais de cada uma das jurisdições envolvidas, as quais implicam os riscos diferentes para o investidor¹⁸⁵. A melhor compreensão do papel dos riscos e dos elementos estruturais de cada jurisdição, na configuração dos contextos comparáveis, deve ser parte essencial na aplicação da igualdade em matéria de tributação internacional¹⁸⁶. Isso não quer dizer que as multinacionais nunca sejam comparáveis, mas que se deve exigir dos legisladores que editarem regras com critérios de diferenciação aplicáveis a multinacionais um esforço argumentativo para justificar a validade dos critérios de discriminação adotados.

¹⁸⁴ VOGEL, Klaus. Die Besteuerung von Auslandseinkünfte – Prinzipien und Praxis. In: VOGEL, Klaus. *Grundfragen des Internationalen Steuerrechts*. Munique: Otto Schmidt, 1985, p. 26.

¹⁸⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Single Taxation as a Policy Goal: Controversial Meaning, Lack of Justification and Unfeasibility. In: WHEELER, Joanna (org.). *Single Taxation?* Amsterdam: IBFD, 2018. v. 1, p. 83-103.

¹⁸⁶ SCHÖN, Wolfgang. International Taxation of Risk. *Bulletin for International Taxation* v. 68, n. 6/7, maio de 2014.

A capacidade contributiva não parece ser o critério adotado pela OCDE/G20 para justificar a tributação decorrente das regras do *Pillar Two*. A busca pela introdução de regras de distribuição de poder de tributar em normas domésticas parece ter um viés exclusivamente arrecadatório, desprovido de uma preocupação com direitos e garantias dos contribuintes. Mais especificamente, não parece haver uma preocupação com o tratamento mais gravoso para multinacionais pelo simples fato de elas serem multinacionais.

Isso fica evidente na comparação entre uma multinacional e uma companhia doméstica. Para além das questões afeitas aos tratados para evitar a dupla tributação (tais como a potencial violação do art. 24 dos acordos, como visto acima), a UTPR, especialmente, traz à tona claro embate com igualdade, à luz das regras domésticas que vedam tratamentos anti-isonômicos injustificados.

A Constituição Federal brasileira, em seu art. 150, II, proíbe a instituição de “tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente”, normatizando o princípio da igualdade. Enquanto princípio, admite-se um tratamento anti-isonômico fundamentado, isto é, desde que o critério de discrimen seja constitucionalmente aceito¹⁸⁷. Cabe retomar a ideia de validação da regra em exame em um procedimento de justificação do critério de discriminação por ela adotado de acordo com cada constituição doméstica¹⁸⁸.

No caso da UTPR, os principais critérios de diferenciação são, cumulativamente, (i) a participação societária da entidade brasileira de um grupo multinacional e (ii) a carga tributária sobre a renda auferida por alguma entidade do mesmo grupo empresarial ser inferior a 15%. Se o fato de existir um contrato intragrupo não deve ser aceito como critério de discrimen válido¹⁸⁹, como visto acima, cabe avaliar a força argumentativa da baixa carga tributária das jurisdições onde o grupo multinacional tem entidades, como critério de diferenciação à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Ao buscar capturar hipóteses de subtributação da renda em transações internacionais, a UTPR se aproxima, em alguma medida, das medidas de combate aos paraísos fiscais.

Essa aproximação se mostra pertinente, para questionar: qual é a justificação jurídica para um tratamento fiscal desfavorecido para as operações com entidades situadas em paraísos fiscais? Em estudo específico sobre o tema, Michell Przepiorka e Juliana Midori Kuteken sinalizam que não existem claros funda-

¹⁸⁷ ZILVETI, Fernando. *Princípios de Direito Tributário e Capacidade Contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 141.

¹⁸⁸ FERRAZ, Roberto Catalano Botelho. Igualdade na Tributação – qual o critério que legitima discriminações em matéria fiscal? In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (coord.). *Princípios e Limites da Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 449-523 (447).

¹⁸⁹ MOSQUERA, Roberto Quiroga; DINIZ, Rodrigo de Madureira Pará. As regras de subcapitalização no direito brasileiro – questões controversas. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2011. v. 15, p. 392-408 (402).

mentos para motivar um tratamento fiscal prejudicial aos paraísos fiscais, porém seria possível identificar três teses que dão suporte para as políticas fiscais sobre o tema. A primeira tese se refere à ideia de que o aumento de carga tributária para as transações realizadas com pessoas domiciliadas em paraísos fiscais teria um efeito econômico de desencorajar a realização dessas transações. A segunda tese está baseada no entendimento de que a renda nas transações internacionais não deveria ser inteiramente desonerada, em linha com os fundamentos do “single tax principle”, acima descrito. A terceira tese teria suporte na moralidade fiscal, de modo que seria moralmente incorreto permitir a evasão tributária, e a forma de coibir tal prática se aproximaria de uma punição. Examinando especificamente a política fiscal brasileira, os autores concluem que o Brasil teria adotado medidas contra os paraísos fiscais principalmente justificadas em finalidades arrecadatórias, associadas com o risco de perda de base tributária, porém se cogita que tais justificativas também poderiam ser influenciadas por ideias de moralidade fiscal e “single tax principle”¹⁹⁰.

A nosso ver, as medidas de combate aos paraísos fiscais e aos regimes de tributação favorecida estão fundamentadas na ideia de que o abuso e a evasão fiscal implicam perdas de arrecadação e tratamentos desiguais entre contribuintes com a mesma carga tributária. Essa consideração se aproxima do precedente alemão acima mencionado no sentido de que a justificativa fundada no combate ao abuso e na proteção da arrecadação nacional poderia ser testada como fundamento limitador da capacidade contributiva¹⁹¹.

Esses critérios não parecem, a princípio, encontrar respaldo na atual Constituição Federal brasileira, especialmente para fins da cobrança de imposto de renda.

Para fins de justificação da UTPR, a perda de arrecadação nacional não é um critério válido, porque não é o Brasil o país que está perdendo a arrecadação, e sim o outro país onde está situada uma entidade do grupo da empresa brasileira, país este que está exercendo a sua soberania ao subtributar a renda dos seus residentes. Portanto, o argumento da perda da arrecadação nacional não é aplicável. De outro lado, não há qualquer abuso por parte da entidade brasileira em ser parte de um grupo multinacional, com entidades em jurisdições com carga tributária abaixo de 15%. Além disso, não necessariamente há ingerência pela entidade brasileira sobre a decisão de instalar outras entidades do seu grupo em

¹⁹⁰ PRZEPIORKA, Michell; KUTEKEN, Juliana Midori. Brazilian Approach to Tax Havens: increased withholding tax regime and tax policy justifications. In: AMATUCCI, Fabrizio; PISTONE, Pasquale; ROZAS, Andrés. *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*. Wolters Kluwer, 2022. v. 3, p. 1.039-1.053.

¹⁹¹ ALEMANHA. Bundesfinanzhof. I R 20/15. Decisão de 14 de outubro de 2015, publicada em 10 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://www.bundesfinanzhof.de/de/entscheidung/entscheidungen-online/detail/STRE201610031/>. Acesso em: 23 mar. 2023.

jurisdições com baixa carga tributária. Por fim, a ideia de tributo como punição não é compatível com o art. 3º do Código Tributário Nacional.

A visão de que o aumento de carga tributária sobre determinados países gera um desincentivo à fixação de entidades em país com baixa ou nenhuma tributação, a partir de um alinhamento global entre países, mesmo que não haja impacto direto na arrecadação brasileira, não nos parece um critério de diferenciação válido à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Até porque, como visto acima, a finalidade da norma não pode ampliar competências tributárias, o que, no caso, autorizaria tributar algo que não é renda.

Assim, os possíveis fundamentos da política fiscal brasileira de combate aos paraísos fiscais não se aplicam automaticamente para a UTPR, porque os critérios de combate ao abuso e de proteção da arrecadação nacional não se mostram presentes.

Ainda que se reconheça mérito nas iniciativas de combate a paraísos fiscais e a regimes de baixa tributação, os seus fundamentos não parecem ter força argumentativa suficiente para limitar a eficácia da capacidade contributiva enquanto critério de aplicação da igualdade. Trata-se de uma insuficiência argumentativa. Se a igualdade deve ser tida como direito fundamental¹⁹², é necessário exigir uma força argumentativa relevante para as justificativas para o seu afastamento. Não é o que se verifica nas regras domésticas do *Pillar Two*.

Cabe notar que o art. 195, § 9º, da Constituição Federal de 1988, apresenta uma série de critérios para justificar uma carga tributária diferenciada para fins das contribuições sociais sobre folha de salário, receita ou faturamento e lucros, vale dizer, (i) a “atividade econômica”, (ii) a “utilização intensiva de mão de obra”, (iii) o “porte da empresa” ou (iv) a “condição estrutural do mercado de trabalho” podem justificar uma carga tributária em relação a tais contribuições.

De um lado, não parece viável transpor tais critérios específicos para contribuições sociais do art. 195 da Constituição Federal para diferenciar contribuintes do imposto sobre a renda. De outro lado, esses critérios parecem não possuir uma relação direta com os parâmetros adotados na IIR e na UTPR, embora se reconheça alguma aproximação com o critério “integrar um grupo multinacional” e “porte da empresa”. Mas mesmo essa aproximação não é precisa.

Não havendo, a princípio, na Constituição Federal fundamentos de validação dos critérios de diferenciação nesse sentido específicos para imposto de renda, deve-se concluir que eles não servem de fundamento para as regras domésticas do *Pillar Two*.

¹⁹² TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação da capacidade contributiva e dos direitos fundamentais do contribuinte. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. I, p. 429-456 (434); TORRES, Ricardo Lobo. *Curso Direito Financeiro e Tributário*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 77.

De igual maneira, os testes de atividades substantivas baseados nos chamados *carve-outs*, para fins do cálculo dos chamados “lucros excedentes” a serem tributados no *Pillar Two*, também não são compatíveis com a igualdade, na ordem jurídica brasileira. De acordo com o art. 5.3 das *Model Rules* do *Pillar Two*, o valor do imposto complementar devido de acordo com as regras do GloBE (até atingir a tributação mínima global de 15%) pode ser reduzido em montante correspondente a 5% da folha de pagamento e 5% dos ativos tangíveis¹⁹³.

De um lado, a introdução dos *carve-outs* traz à tona uma preocupação com questões relativas à soberania, especialmente com a capacidade de os países em desenvolvimento atraírem investimentos com alta lucratividade, tendo em vista que os *carve-outs* tendem a favorecer, do ponto de vista fiscal, a atração apenas de negócios com alta folha de pagamento e alto volume de ativos tangíveis, e, conseqüentemente, baixa margem de lucro¹⁹⁴.

De outro lado, os critérios adotados nos *carve-outs* (folha de pagamento e ativos tangíveis) não são critérios de diferenciação legítimos na ordem jurídica brasileira, uma vez que, aparentemente, não existem, na Constituição Federal, fundamentos para justificação do afastamento da capacidade contributiva – enquanto critério de diferenciação por excelência – para dar lugar aos referidos critérios. Há um evidente tratamento desfavorecido para empresas com alta lucratividade, em função da atividade praticada ou do modelo de negócio envolver baixo volume de despesas com folha de pagamento e de ativos intangíveis. De um lado, adota-se, assim, um mecanismo contrário à eficiência, o que nos parece uma restrição à proteção da livre iniciativa, enquanto diretriz da ordem econômica brasileira. De outro lado, pauta-se, de maneira discricionária e injustificada, pelo favorecimento, ainda que indireto, de empresas com alta folha de pagamento e alto padrão de ativos tangíveis¹⁹⁵. De novo, aqui não são aplicáveis, para imposto de renda, os parâmetros previstos no art. 195, § 9º, da Constituição Federal de 1988, para contribuições sociais.

Diante disso, é possível concluir que somente uma modificação no texto constitucional permitiria a adoção da IIR e da UTPR no Brasil, a fim de superar os obstáculos acima identificados.

Como dito no início do trabalho, o fato de o parlamento suíço ter aprovado uma proposta de emenda no texto da sua constituição, a fim de afastar a capaci-

¹⁹³ OECD. *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS*. Paris: OECD Publishing, 2021, p. 30.

¹⁹⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. Some Considerations on the Limitation of Substance-Based Carve-Out in the Income Inclusion Rule of Pillar Two. *Bulletin for International Taxation*, novembro/dezembro de 2021, p. 543-548.

¹⁹⁵ PEREZ-NAVARRO, Grace. What Does Pillar Two's Global Minimum Tax Mean for Tax Incentives? *Intertax* v. 51, Issue 2, 2023, p. 100-104.

dade contributiva como critério de aplicação da igualdade, para viabilizar a adoção das regras do *Pillar Two*, é um indicativo de que, possivelmente, a adoção dessas regras demanda modificações estruturais nos ordenamentos jurídicos domésticos¹⁹⁶. Um caminho para superação desse obstáculo, talvez, seja incluir no texto constitucional critérios compatíveis com as regras do GloBE, de maneira análoga a que foi realizada com as contribuições sociais no art. 195, § 9º, da Constituição Federal.

Diante disso, uma nova questão se torna relevante, qual seja, se seria possível alterar as regras constitucionais domésticas no sentido de acolher, como válidos, os critérios de diferenciação aqui examinados: a baixa carga tributária de outras jurisdições, relações societárias, a folha de pagamento e os ativos tangíveis.

No Brasil, esse questionamento deve ser respondido de acordo com o art. 60, § 4º, da Constituição Federal, que estabelece alguns limites para modificações constitucionais. Dentre esses limites, define-se que “os direitos e garantias individuais” não podem ser “abolidos”.

A nosso ver, a adoção dos referidos critérios não representa uma “abolição” de direitos individuais. No entanto, trata-se de uma restrição relevante da capacidade contributiva, como critério de aplicação da igualdade. Caberá aos Tribunais Superiores realizar um teste de validade da justificação dessa restrição à luz da igualdade e da proporcionalidade. O fato de o Supremo Tribunal Federal ter admitido¹⁹⁷, para contribuições sociais, os referidos parâmetros de comparação distintos da capacidade contributiva, pode ser tido como um indicativo de que essa restrição à eficácia da capacidade contributiva também pode vir a ser considerada válida para outros tributos. Entretanto, como existem diferenças relevantes entre o imposto de renda e as contribuições sociais, adota-se aqui a cautela de se evitar uma aplicação automática dessa restrição. De outro lado, pode-se afirmar, com segurança, que a Suprema Corte brasileira não proíbe a alteração da Constituição Federal para restringir direitos, desde que essa restrição seja fundamentada e seja resguardado o “núcleo essencial dos princípios e institutos” dela

¹⁹⁶ SUÍÇA. *Botschaft* – zum Bundesbeschluss über eine besondere Besteuerung grosser Unternehmensgruppen (Umsetzung des OECD/G20-Projekts zur Besteuerung der digitalen Wirtschaft): “Art. 129a Tributação especial de grandes grupos de sociedades. [...] 3 A fim de proteger os interesses da economia suíça como um todo, ela pode se desviar de: a. os princípios da generalidade e equidade da tributação e o princípio da tributação segundo a capacidade económica nos termos do n. 2 do artigo 127º; b. as taxas máximas de imposto nos termos do n. 1 do artigo 128º; c. as disposições relativas à aplicação nos termos do artigo 128º, n. 4, primeira frase; d. as isenções de harmonização fiscal nos termos do n. 2 do artigo 129º.” (Tradução livre).

¹⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 3.144, Tribunal Pleno, Relator Edson Fachin, julgado em 01.08.2018; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 5.485, Tribunal Pleno, Relator Luiz Fux, julgado em 16.06.2020; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 4.101, Tribunal Pleno, Relator Luiz Fux, julgado em 16.06.2020; SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n. 656.089, Tribunal Pleno, Relator Dias Toffoli, julgado em 06.06.2018.

constantes¹⁹⁸. Essa premissa pode ser importante para um teste de validade de uma eventual emenda constitucional que venha modificar a Constituição Federal brasileira para dar suporte para a adoção da IIR e da UTPR no Brasil.

V. Conclusão

O presente artigo buscou responder às seguintes perguntas: (i) *as normas domésticas sugeridas pela OCDE/G20 no Pillar Two são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro?* (ii) *se o Congresso brasileiro quisesse introduzir as regras do Pillar Two no Brasil, qual seria o plano normativo a ser modificado (as leis ordinárias, o art. 43 do Código Tributário Nacional ou a Constituição Federal)?*

Quanto à primeira pergunta, avaliaram-se, separadamente, a IIR e a UTPR.

O enfoque principal do trabalho se concentrou na igualdade. A igualdade foi testada desde a porta de entrada (escopo) das regras domésticas do *Pillar Two*, até as particularidades específicas dos critérios que demarcam a cobrança do imposto de renda complementar.

Quanto ao escopo, observa-se uma impropriedade no *unitary approach* ou *group approach*, que seria supostamente a abordagem que dá base para a IIR e para a UTPR. Essa impropriedade se justifica pelo fato de que não há exatamente uma consideração global dos grupos multinacionais da perspectiva econômica. Pelo contrário, ocorre uma seleção arbitrária de entidades subtributadas. A maior prova disso é que um grupo multinacional deficitário terá as suas empresas tributadas isoladamente, se os seus resultados estiverem sendo subtributados. Mantém-se o *separate entity approach*, quando for conveniente para se atingir a tributação da renda subtributada. Diante disso, é mais acertada a ideia de que o *Pillar Two* busca a definição de um “pisso” para a tributação mundial, e não propriamente a superação integral do *separate entity approach*. Essa abordagem arbitrária não parece encontrar fundamentos justificáveis, à luz dos critérios de diferenciação válidos no Brasil. Ademais, essa abordagem global contraria a igualdade, porque desconsidera a incomparabilidade, do ponto de vista meramente quantitativo, das capacidades contributivas manifestadas em jurisdições diferentes, tendo em vista que os investidores assumiram riscos distintos.

Seja para a IIR, seja para a UTPR, a tributação de renda deve ser avaliada da perspectiva doméstica, na medida em que somente há renda se houver disponibilidade local, sem entraves jurídicos para o exercício de poder de dispor sobre ela. Portanto, a abordagem adotada para as multinacionais, como proposto no GloBE (*group approach* ou *unitary approach*), não tem o condão de alterar a natureza jurídica da materialidade a ser tributada localmente. Uma ficção jurídica quanto à figura da empresa integrante de grupo multinacional, embora admissí-

¹⁹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 2.024, Tribunal Pleno, Relator Sepúlveda Pertence, julgado em 03.05.2007.

vel em tese, não pode dar ensejo à cobrança de tributo sobre uma situação em que não há capacidade contributiva ou sobre uma materialidade que está fora dos limites da competência tributária. Em outras palavras, a mudança de abordagem não gera disponibilidade, que é índice de capacidade contributiva e, no Brasil, limite para competência tributária (art. 43 do Código Tributário Nacional). Logo, há uma incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro da perspectiva doméstica.

À primeira vista, seria possível dizer que a IIR parece estar em conformidade com os critérios adotados pela Suprema Corte brasileira no sentido de admitir a tributação, no Brasil, dos lucros não distribuídos e auferidos no exterior por companhias investidas situadas em países com tributação favorecida (na ADI n. 2.588/DF e nos REs n. 541.090 e n. 611.586). Entretanto, esse precedente não assegura que haverá o mesmo resultado no futuro, até porque os fatos, os fundamentos e as circunstâncias da IIR são bastantes diferentes do art. 74 da Medida Provisória n. 2.158. A questão do MEP, por exemplo, como principal fundamento daqueles precedentes, não estará presente na avaliação da IIR. Diante disso, por cautela, conclui-se que esses precedentes são insuficientes como parâmetro de avaliação da IIR.

De outro lado, é possível identificar uma contrariedade entre a IIR e o art. 7(1) dos acordos celebrados pelo Brasil, a partir de uma perspectiva objetiva dos resultados a serem tributados exclusivamente no país de residência das empresas investidas e dos estabelecimentos permanentes. Ou seja, de acordo com o art. 7 dos acordos, o Brasil não tem poder de tributar a renda das entidades estrangeiras investidas pelas respectivas investidoras brasileiras. A visão da OCDE de que os estados contratantes não estariam impedidos de tributar os seus residentes demanda uma modificação dos acordos para incluir a nova redação do art. 1(3) da Convenção Modelo da OCDE. Examinado os acordos celebrados pelo Brasil e publicados até a elaboração do presente artigo, nota-se que, por ora, apenas o acordo com o Reino Unido estaria alinhado com a visão da OCDE; para os demais acordos, se eles não forem modificados, deve prevalecer o art. 7, impedindo a aplicação da IIR.

Parece-nos que há uma relação de complementariedade entre a IIR e as regras de TBU constantes da Lei n. 12.973/2014. Como a IIR se baseia em uma tributação efetiva, excluídos os *carve-outs*, e as regras de TBU são aplicadas sobre as bases de cálculo definidas por cada jurisdição à luz de um patamar mínimo estabelecido de acordo com uma alíquota nominal, haveria uma espécie de complementação de base de cálculo para capturar materialidades potencialmente distintas, porém ainda dentro no escopo da apuração de imposto de renda. Com a IIR, aumenta-se a abrangência da base de cálculo do imposto de renda sobre transações internacionais, sendo possível a convivência entre as duas regras, se elas forem consideradas válidas.

Já a UTPR é claramente incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro, porque, em primeiro lugar, estabelece uma vedação à dedutibilidade de despesas de maneira geral, desconsiderando se se trata de despesas necessárias, ou não, à manutenção da atividade produtiva, o que contraria o art. 43 do Código Tributário Nacional e o princípio da renda líquida. A ausência de disponibilidade no Brasil quanto aos recursos não tributados no exterior, acompanhada da negativa de dedução de quaisquer despesas, inclusive para terceiros (fora do grupo), até que seja atingida a tributação mínima de 15% sobre a renda auferida no exterior, implica a tributação de patrimônio, e não de renda, pela UTPR, o que contraria a regra de competência do imposto de renda no Brasil.

A amplitude da UTPR abarca situações em que não há disponibilidade sobre a renda que se pretende tributar, na medida em que se aplica mesmo quando se trata de entidades sem poder, ingerência ou mesmo influência no processo de decisão a respeito do destino dos lucros no exterior ou da instalação de entidades em países com subtributação. Por isso, há clara contrariedade entre a UTPR e o art. 43 do Código Tributário Nacional.

Além disso, mesmo que o legislador quisesse alterar o art. 43 do Código Tributário Nacional para melhor acomodar a UTPR, ainda assim essa iniciativa não deveria ser admitida como válida, por contrariar os fundamentos constitucionais que delimitam a competência para tributação da renda. Essa conclusão independe do reconhecimento de um conceito de renda no plano da Constituição Federal, na medida em que é possível construir, a partir das normas constitucionais relativas à capacidade contributiva e à proteção da propriedade privada e da atividade econômica, uma justificação para afastar normas tributárias que busquem afastar, por completo, a dedução de despesas necessárias.

É necessário evoluir o debate, no Brasil, a respeito dos limites constitucionais e dos critérios de controle das normas voltadas a proibir a dedução de despesas necessárias. O estudo da jurisprudência alemã, ressalvadas as diferenças entre os ordenamentos jurídicos, sinaliza possíveis linhas de raciocínio fundadas na capacidade contributiva e na renda líquida, enquanto expressões e especificações da igualdade, para lidar com o tema.

À luz dessa reflexão sobre igualdade, nota-se que, para além dos fundamentos constitucionais que delimitam a competência para tributação da renda, há justificativas para rejeitar a adoção da UTPR no Brasil, tendo em vista a ausência de fundamentação constitucional para os critérios de diferenciação entre contribuintes adotados nessa regra. Do ponto de vista da justificação da norma, é possível construir obstáculos à adoção da UTPR com base (i) no conceito de “pertinência econômica” de Schanz, (ii) na impossibilidade de equiparar a renda doméstica e a renda auferida no exterior, em razão dos riscos diferentes e, portanto, das capacidades contributivas distintas, em linha com as lições de Vogel. Aprofundando a reflexão sobre justificação, há fundamentos teóricos para construir um

vínculo conceitual entre soberania (enquanto poder de tributar), causa da tributação (como justificativa da tributação) e capacidade contributiva (enquanto resultado da atividade dos indivíduos no contexto de maior ou menor risco para geração da renda, a depender da atuação do Estado), para se concluir que, se a igualdade é fundamento de justificação da atuação do Estado, e a capacidade contributiva é critério de sua aplicação, apenas as riquezas disponíveis aos seus respectivos jurisdicionados estão ao alcance da tributação naquela jurisdição.

Somente seria possível a capacidade contributiva como fundamento da tributação se houvesse critério válidos e com força argumentativa suficiente para justificar o seu afastamento. No caso da UTPR, os critérios de (i) a participação societária da entidade brasileira de um grupo multinacional e (ii) a carga tributária sobre a renda auferida por alguma entidade do mesmo grupo empresarial ser inferior a 15% parecem não encontrar base na Constituição Federal brasileira para justificar o afastamento da capacidade contributiva enquanto critério de comparação por excelência para aplicação da igualmente. Trata-se de critérios que aparentam estar desprovidos de fundamento no Brasil para se dar um tratamento fiscal piorado para os contribuintes submetidos a tais critérios.

Do mesmo modo, os parâmetros de (i) folha de pagamento e (ii) ativos tangíveis, para fins da caracterização das atividades substantivas (*carve-outs*) não encontram respaldo na ordem constitucional brasileira para afastar a capacidade contributiva como critério de comparação. Com efeito, igualmente são passíveis de questionamento e afastamento com base na igualdade.

Em conclusão, a rejeição da UTPR no Brasil pode ser construída com base em três fundamentos: (i) a ausência de aquisição de disponibilidade nos termos do art. 43 do Código Tributário Nacional por parte da entidade brasileira em relação aos lucros da entidade estrangeira a ela coligada (regra de competência); (ii) se não for acolhida a tese de que o art. 43 do Código Tributário Nacional é regra de competência ou se se admitir uma ponderação de princípios da formação do lucro real, será oportuno considerar que a vedação à indedutibilidade de despesas que eventualmente sejam necessárias para a companhia brasileira manter a sua atividades contraria o princípio da renda líquida e tem o efeito de tributar patrimônio, e não renda; e (iii) falta fundamentos no ordenamento jurídico brasileiro para justificar a validade dos critérios de diferenciação (participação societária de grupo multinacional, baixa carga tributária de entidade coligada, ativos tangíveis e folha de pagamento) diferentes da capacidade contributiva.

Por fim, do ponto de vista dos acordos para evitar a dupla tributação, a UTPR tem potencial para violar o art. 7 dos acordos apenas nos casos em que os pagamentos indedutíveis têm como beneficiário a entidade, cuja renda subtributada foi capturada pela UTPR. Para os demais casos, em que os pagamentos são realizados a terceiros (fora do grupo) ou a entidades ligadas situadas em jurisdições com tributação acima do patamar mínimo global, parece-nos que a UTPR

atua como mera regra de vedação doméstica à dedução de despesas, sendo a renda subtributada mero fator limitante no cálculo do imposto complementar. Nesse segundo caso, o fundamento (baixa carga tributária de alguma entidade do grupo) não se confunde com o mecanismo de indedutibilidade. Ou seja, não se está tributando a renda da entidade subtributada, e sim *porque* tal renda é subtributada. Essa hipótese não nos parece capturada pelo art. 7 dos acordos.

Ademais, entendemos que a UTPR não viola o art. 9(1) dos acordos, porque não concordamos com a visão segundo a qual esse dispositivo teria um escopo de aplicação amplo. Pelo contrário, entendemos a sua aplicação é limitada ao incremento de tributação nas situações em que as transações intragrupo não foram feitas em condições *arm's length*. Mesmo que fosse possível concordar com a premissa de que o art. 9(1) seria abrangente (constituindo também um obstáculo à vedação à dedução de despesas incorridas em condições de mercado), a contrariedade com a UTPR seria parcial, tendo em vista que a UTPR nega a dedução de despesas relativas a pagamentos também para pessoas não relacionadas, tornando a contrariedade, mesmo nessa hipótese, parcial.

De outro lado, não identificamos contrariedade entre a UTPR e o art. 24 dos acordos, uma vez que aquela regra de indedutibilidade se aplica indistintamente para pagamentos realizados a nacionais ou estrangeiros. Essa parece ter sido uma evolução das propostas da OCDE, as quais, inicialmente, atingiam apenas pagamentos a estrangeiros. No entanto, para além do art. 24 dos acordos, seria possível justificar uma incompatibilidade da UTPR, no plano internacional, com a igualdade, na medida em que a UTPR se aplica apenas para multinacionais, e não para grupos domésticos. Embora essa situação não seja capturada pelo art. 24, entendemos que a aplicação da igualdade no plano internacional não se limita ao art. 24 dos acordos.

Em resposta à segunda pergunta de pesquisa do presente trabalho, conclui-se que somente uma modificação da Constituição permitiria a adoção da IIR e da UTPR no Brasil, em linha com a evolução do tema na Suíça.

A alteração do art. 43 do Código Tributário Nacional seria insuficiente para acomodar tais regras no Brasil, uma vez que, para além da questão da ausência de disponibilidade (obstáculo importante à adoção dessa regra no plano da lei complementar), a Constituição Federal não contém fundamentos suficiente para justificar o acolhimento dos critérios de diferenciação por elas empregados.

A introdução desses critérios no texto constitucional brasileiro não encontraria, a nosso ver, obstáculo no art. 60, § 4º, da Carta. Ou seja, seria possível modificar a Constituição Federal brasileira para acolher a IIR e a UTPR no Brasil.

Bibliografia e webgrafia

ANDRADE, Leonardo Aguirra de. A recomendação do Pilar 2 para limitar a dedutibilidade de pagamentos intragrupo contraria injustificadamente os

- princípios da igualdade e da renda líquida. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; NETO, Luís Flávio; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional IBDT DEF/USP. A Tributação Internacional e a Recuperação Econômica: o papel dos países emergentes*. São Paulo: IBDT, 2022.
- ARNOLD, Brian. Restrictions on interest deductions and tax treaties. *Bulletin for International Taxation* v. 73, n. 4, 2019.
- ARNOLD, Brian. An Investigation into the Interaction of CFC Rules and the OECD Pillar Two Global Minimum Tax. *Bulletin for International Taxation* v. 76, no. 6, 2022.
- ARNOLD, Brian. The Ordering of Residence and Source Country Taxes and the OECD Pillar Two Global Minimum Tax. *Bulletin for International Taxation* v. 76, n. 5, maio de 2022.
- AULT, Hugh J. Tax Competition: What (If Anything) To Do About It. In: KIRCHHOFF, Paul et. al. (org.). *International and Comparative Taxation: Essays in Honour of Klaus Vogel*. Londres: Kluwer, 2002. v. 26.
- ÁVILA, Humberto. *Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.
- AVI-YONAH, Reuven S. Tax Competition, Tax Arbitrage and the International Tax Regime. *Bulletin of International Taxation* v. 61, n. 4, abril de 2007.
- AVI-YONAH, Reuven S. Full Circle? The Single Tax Principle, BEPS. *Global Tax*, n. 1, pt. 1, 2016.
- AVI-YONAH, Reuven S. The New International Tax Regime. *University of Michigan Public Law Research Paper* n. 21-031, outubro de 2021, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3939442>. Acesso em: 31 mar. 2023.
- AVI-YONAH, Reuven S. The UTPR and the Treaties. *Tax Notes International*, janeiro de 2023.
- BAMMENS, Niels; BETTENS, Dieter. The Potential Impact of Pillar Two on Tax Incentives. *Intertax* v. 51, Issue 2, 2023.
- BARRETO, Paulo Ayres. Conceitos Constitucionais e Competência Tributária. In: SANTOS, Nélide Cristina dos (et. al). *Temas de Direito Tributário: estudos em homenagem a Eduardo Bottallo*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BARRETO, Paulo Ayres; TAKANO, Caio Augusto. Tributação do Resultado de Coligadas e Controladas no Exterior em face da Lei n. 12.973/2014. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2014. v. 18.

- BIANCO, João Francisco. Imposto de Renda da Pessoa Jurídica: uma visão geral. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; ZILVETI, Fernando Aurelio (coord.). *Tributação das Empresas*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- BLUMENSTEIN, Ernst. La causa nel Diritto Tributario Svizzero. *Rivista di Diritto Finanziario e Scienza delle Finanze* v. I. Padova: CEDAM, 1939.
- BOWITZ, Maxilian. *Das objektive Nettoprinzip als Rechtfertigungsmaßstab im Einkommensteuerrecht: eine Untersuchung zum Verfassungsrang eines Besteuerungsprinzips und zur Rechtfertigung gesetzgeberischer Einzelentscheidungen vor der Grundentscheidung*. Baden-Baden: Nomos, 2016.
- BRAUNER, Yariv. BEPS: an interim evaluation. *World Tax Journal* v. 6, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2014.
- CANÈ, Daniele. Controlled foreign corporations as fiscally transparent entities. *World tax journal* v. 9, issue 4, 2017.
- CARVALHO, Cristiano. *Ficções jurídicas no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2008.
- CARVALHO, Lucas de Lima. The Constitutional Case Against the UTPR in Brazil. *Tax Notes International* v. 109, janeiro de 2023.
- CARRAZZA, Roque Antonio. *Imposto sobre a renda: perfil constitucional e temas específicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CHAND, Vikram; TURINA, Alessandro; ROMANOVSKA, Kinga. Tax Treaty Obstacles in Implementing the Pillar Two Global Minimum Tax Rules and a Possible Solution for Eliminating the various challenges. *World Tax Journal*, fevereiro de 2022.
- CHRISTIANS, Allison; APELDOORN, Lauren Van. *Tax Cooperation in an Unjust World*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2021.
- CHRISTIANS, Allison; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. Undertaxed Profits and the Use-It-or-Lose-It Principle. *Tax Notes International* v. 108, novembro de 2022.
- CHRISTIANS, Allison; SHAY, Stephen. The Consistency of Pillar 2 UTPR With U.S. Bilateral Tax Treaties. *Tax Notes International*, janeiro de 2023.
- COSTA, Alcides Jorge. Conceito de tributo, impôsto e taxa. *Revista de Direito Administrativo* v. 78, 1964.
- DATT, Kalmen Hyman. Paying a fair share of tax and aggressive tax planning – a tale of two myths. *eJournal of Tax Research* v. 12, n. 2, novembro de 2014.
- DE LILLO, Francesco. In Search of Single Taxation. In: WHEELER, Joanna (org.). *Single Taxation?* Amsterdam: IBFD, 2018.
- DE LILLO, Francesco. Introducing Pillar Two: Towards a Global Minimum Effective Tax Rate. In: PERDELWITZ, Andreas; TURINA, Alessandro (ed.). *Global Minimum Taxation? An analysis of the Global Anti-Base Erosion Initiative*. IBFD Tax Reserarch Series v. 4. Amsterdam: IBFD, 2021.
- DE WILDE, Maarten Floris. *Sharing the pie: taxing multinationals in a global market*. Amsterdam: IBFD, 2017.

- ENGLISCH, Joachim; BECKER, Johannes. International Effective Minimum Taxation – The GloBE Proposal. *World Tax Journal* v. 11, n. 4, 2019.
- FAULHABER, Lilian. The Trouble With Tax Competition: From Practice to Theory. In: *Tax Law Review* n. 71, fevereiro de 2017, Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2912477. Acesso em: 31 mar. 2023.
- FERRAGUT, Maria Rita. *Presunções no direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2001.
- FERREIRA, Davi Finotti; FERREIRA, Diogo Olm Arantes. Regras de Subcapitalização e suas Distorções na Tributação da Renda. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 4. São Paulo: IBDT, 2018.
- FERRAZ, Roberto Catalano Botelho. Igualdade na Tributação – qual o critério que legitima discriminações em matéria fiscal? In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (coord.). *Princípios e Limites da Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- FONSECA, Fernando Daniel de Moura. *Imposto sobre a Renda: uma proposta de diálogo com a contabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.
- FULGINITI, Bruno, Capelli. *Deduções no Imposto de Renda: fundamento normativo e controle jurisdicional*. São Paulo: Quartier Latin, 2017.
- GRIZIOTI, Benvenuto. *Princípios de Política, Derecho Y Ciencia de La Hacienda*. Madri: Instituto Editoria Reus, 1958.
- GRIBNAU, Hans; JALLAI, Ave-Geidi; BAKER, A. J. Good Tax Governance and Transparency: A Matter of Reputation or Ethical Motivation? *Derivatives & Financial Instruments* v. 18, n. 1. Journals IBFD, 2016.
- HEY, Johanna; SCHNITGER, Arne. General Report. 2022 Berlin Congress of International Fiscal Association (IFA Congress). *Group approach and separate entity approach in domestic and international tax law* v. 106A. Rotterdam: IFA, 2020.
- HEY, Johanna. The 2020 Pillar Two Blueprint: What Can the GloBE Income Inclusion Rule Do That CFC Legislation Can't Do? *Intertax* v. 49, Issue 1, 2021.
- IGLESIAS, Tadeu Poretz. *Dedutibilidade de despesas com subornos e propinas da base de cálculo do IRPJ*. São Paulo: IBDT, 2022.
- KOURY, Paulo Arthur Cavalcante. *A Tributação Brasileira de Sociedades no Exterior: das origens ao imposto mínimo global*. Belo Horizonte: Fórum, 2023.
- KRIEGER, Aline. O Impacto do *Tax Shaming* nos planejamentos tributários internacionais. In: GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sergio André. *Planejamento tributário: limites e desafios concretos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.
- LANG, Joachim; TIPKE, Klaus. *Direito Tributário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. v. 1.
- LANG, Michael. CFC regulations and double taxation treaties. *Bulletin for International Fiscal Documentation* v. 57, issue 2, 2023.

- LI, Jinyan. The Pillar 2 Undertaxed Payments Rule Departs From International Consensus and Tax Treaties. *Tax Notes Federal* v. 174, março de 2022.
- MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. *Competência Tributária: entre a Rigidez do Sistema e a Atualização Interpretativa*. Tese de Doutorado sob a orientação do Professor Luís Eduardo Schoueri. Universidade de São Paulo, 2013.
- MAFFEZZONI, Federico. *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1970.
- MCLURE, Charles E. Globalization, tax rules and national sovereignty. *Bulletin for International Taxation* v. 55, n. 8. Amsterdam: IBFD, agosto de 2001.
- MOREIRA, Clara Gomes. *Teoria da Causa dos Tributos – A justificação funcional-normativa das estruturas tributárias*. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito Tributário, 2014.
- MOREIRA, Clara Gomes. Um Estudo Constitucional sobre as Normas Tributárias de Subcapitalização de Sociedades Empresárias. *Revista Direito Tributário Atual* v. 33. São Paulo: IBDT, 2015.
- MOREIRA, Clara Gomes. *Regra Constitucional de Competência e Tributação de Transações Transfronteiriças entre Partes Vinculadas*. Tese de Doutorado sob a orientação do Professor Luís Eduardo Schoueri e do Professor Pasquale Pistone. Universidade de São Paulo, 2020.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga. *Renda e proventos de qualquer natureza – o imposto e o conceito constitucional*. São Paulo: Dialética, 1996.
- MOSQUERA, Roberto Quiroga; DINIZ, Rodrigo de Madureira Pará. As regras de subcapitalização no direito brasileiro – questões controversas. In: ROCHA, Valdir de Oliveira (coord.). *Grandes questões atuais do direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2011. v. 15.
- NAVARRO, Aitor. Jurisdiction not to tax, tax sparing clauses and the income inclusion rule of the OECD Pillar 2 (GloBE) proposal: the demise of a policy instrument of developing countries? *Copenhagen Business School Law Research Paper Series* n. 20-22, 2020.
- NETO, Carlos Augusto Daniel; SOARES, Romero Lobão. *Regras CFC Brasileiras e Pillar 2: coordenação, superposição ou redundância? A ser publicado*.
- NOGUEIRA, João Félix Pinto; PISTONE, Pasquale; ANDRADE, Betty; TURINA, Alessandro. The OECD Public Consultation Document “Global Anti-Base Erosion (GloBE) Proposal – Pillar Two”: An Assessment. *Bulletin for International Taxation*, IBFD, fevereiro de 2020.
- NOGUEIRA, João Félix Pinto; TURINA, Alessandro. Pillar Two and EU Law. In: PERDELWITZ, Andreas; TURINA, Alessandro (ed.). *Global Minimum Taxation? An analysis of the Global Anti-Base Erosion Initiative*. IBFD Tax Research Series v. 4. Amsterdam: IBFD, 2021.
- OLIVEIRA, Ricardo Mariz. *Fundamentos do Imposto de Renda*. São Paulo: IBDT, 2020. v. 1.

- PACHECO, Angela Maria da Motta. *Ficções tributárias: identificação e controle*. São Paulo: Noeses, 2008.
- PALAN, Ronen. Tax Havens and the Commercialization of State Sovereignty. *International Organization* v. 56, n. 1, 2002.
- PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Imposto sobre a Renda: pessoas jurídicas*. Rio de Janeiro: Justec, 1979.
- PEGORARO, Andressa. As regras brasileiras para a dedutibilidade de juros e a Ação 4 do Projeto BEPS. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 5. São Paulo: IBDT, 2019.
- PERDELWITZ, Andreas; TURINA, Alessandro. Introduction. In: PERDELWITZ, Andreas; TURINA, Alessandro (ed.). *Global Minimum Taxation? An analysis of the Global Anti-Base Erosion Initiative*. IBFD Tax Research Series v. 4. Amsterdam: IBFD, 2021.
- PEREZ-NAVARRO, Grace. What Does Pillar Two's Global Minimum Tax Mean for Tax Incentives? *Intertax* v. 51, Issue 2, 2023.
- PIANTAVIGNA, Paolo. Tax Competition and Tax Coordination in Aggressive Tax Planning: A False Dichotomy. *World Tax Journal* v. 9, n. 4. Amsterdam: Journals IBFD, novembro de 2017.
- PICCIOTTO, Sol; FACCIO, Tommaso; KADET, Jeffery M.; JANSKY, Petr; COBHAM, Alex; GARCIA-BERNARDO, Javier. *For a Better GloBE: A Minimum Effective Tax Rate for Multinationals*, março de 2021. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3796030>. Acesso em: 31 mar. 2023.
- PIKETTY, Thomas *et al.* *World Inequality Report 2022*. Paris: World Inequality Lab, 2022.
- POLIZELLI, Victor Borges. O Princípio da Realização da Renda, Reconhecimento de Receitas e Despesas para Fins do IRPJ. *Série Doutrina Tributária* v. II. São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- PRZEPIORKA, Michell; KUTEKEN, Juliana Midori. Brazilian Approach to Tax Havens: increased withholding tax regime and tax policy justifications. In: AMATUCCI, Fabrizio; PISTONE, Pasquale; ROZAS, Andrés. *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale* v. 3. Wolters Kluwer, 2022.
- ROCHA, Sergio André. *Tributação de lucros auferidos por controladas e coligadas no exterior*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2016.
- SALGADO, Thiago Seixas. A Tributação dos Lucros Oriundos do Exterior Contida na Lei n. 12.973/2014 e a Ação n. 3 do Projeto BEPS G20/OCDE. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* n. 9. São Paulo: IBDT, 1º semestre 2021.
- SANTOS, Ramon Tomazela. A Cláusula De Não Discriminação Nos Acordos De Bitributação. *Revista Direito Tributário Internacional Atual* v. 2. São Paulo: IBDT, 2017.
- SCHÖN, Wolfgang. International Taxation of Risk. *Bulletin for International Taxation* v. 68, n. 6/7, maio de 2014.

- SCHOUERI, Luís Eduardo. Princípios e limites da tributação. In: FERRAZ, Roberto Catalano Botelho (coord.). *Princípios e Limites da Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. O Mito do Lucro Real na Passagem da Disponibilidade Jurídica para a Disponibilidade Econômica. In: LOPES, Alexsandro Broedel; MOSQUERA, Roberto Quiroga (org.). *Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)*. São Paulo: Dialética, 2010.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; BARBOSA, Mateus Calicchio. A persona e o direito: entre a realidade e a ficção das pessoas jurídicas. *Revista Direito Tributário Atual* v. 30. São Paulo: IBDT, 2014.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Presunções jurídicas, *arm's length* e o conceito de custo para fins de preços de transferência. *Revista Direito Tributário Atual* v. 31. São Paulo: IBDT, 2014.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Arm's Length: Beyond the Guidelines of the OECD. *Bulletin For International Taxation*, dezembro de 2015.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. The objective scope of Article 7 and the treaty protection to deemed distributed dividends. *Kluwer International Tax Blog*, abril de 2015.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Dedutibilidade de despesas com atividades ilícitas. In: ADAMY, Pedro Augustin; FERREIRA NETO, Arthur M. (coord.). *Tributação do ilícito: estudos em comemoração aos 25 anos do Instituto de Estudos Tributário – IET*. São Paulo: Malheiros, 2018.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Single Taxation as a Policy Goal: Controversial Meaning, Lack of Justification and Unfeasibility. In: WHEELER, Joanna. (org.). *Single Taxation?* Amsterdam: IBFD, 2018. v. 1.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; GALDINO, Guilherme. Brazil: CFC Rules and Tax Treaties in Brazil: A Case for Article 7. In: LANG, Michael *et al* (org.). *Tax Treaty Case Law Around the Globe 2015*. Viena: Linde, 2016. v. 97.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. Some Considerations on the Limitation of Substance-Based Carve-Out in the Income Inclusion Rule of Pillar Two. *Bulletin for International Taxation*, novembro/dezembro de 2021.
- SCHOUERI, Luís Eduardo; SCHOUERI, Pedro Guilherme Lindenberg. Novas Fundações do Direito Tributário Internacional? A OCDE, Seus Pilares I e II e a Covid-19. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; NETO, Luís Flávio; SILVEIRA, Rodrigo Maito da. *Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional IBDT DEF/USP. A Tributação Internacional e a Recuperação Econômica: o papel dos países emergentes*. São Paulo: IBDT, 2022.
- TING, Antony. *The Taxation of Corporate Groups Under Consolidation: An International Comparison*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

- TOGNETTI, Sylvania. Presunções e ficções legais no Direito Tributário e no Imposto sobre a renda. *Revista Direito Tributário Atual* v. 21. São Paulo: Dialética e IBDT, 2007.
- TÔRRES, Heleno Taveira. Conceito Constitucional de Renda e o Papel do CTN na sua Definição. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do; ROSAS, Roberto; VELLOSO, Carlos Mário da Silva (coord.). *Princípios Constitucionais Fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ives Gandra da Silva Martins*. São Paulo: Lex, 2005.
- TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação da capacidade contributiva e dos direitos fundamentais do contribuinte. In: SCHOUERI, Luís Eduardo (coord.). *Direito tributário: homenagem a Alcides Jorge Costa*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. v. I.
- VANONI, Ezio. *Natureza e interpretação das leis tributárias*. Tradução de Rubens Gomes de Sousa. Rio de Janeiro: Edições Financeiras S.A., 1932.
- VOGEL, Klaus. Die Besteuerung von Auslandseinkünfte – Prinzipien und Praxis. In: VOGEL, Klaus. *Grundfragen des Internationalen Steuerrechts*. Munique: Otto Schmidt, 1985.
- WHEELER, Joanna. *The missing keystone of income tax treaties*. Amsterdam: IBFD, 2012.
- XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional no Brasil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015
- ZILVETI, Fernando. *Princípios de Direito Tributário e Capacidade Contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

Documentos

- ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerGe 66, 166. Decisão de 22 de fevereiro de 1984. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv066214.html>. Acesso em: 23 mar. 2023.
- ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. BVerGe 2 BvL 6/11. Decisão de 29 de março de 2017. Disponível em: http://www.bverfg.de/e/ls20170329_2bvl000611.html. Acesso em: 23 mar. 2023.
- ALEMANHA. Bundesfinanzhof. I R 20/15. Decisão de 14 de outubro de 2015, publicada em 10 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://www.bundesfinanzhof.de/de/entscheidung/entscheidungen-online/detail/STRE201610031/>. Acesso em: 23 mar. 2023.
- BBC, *Google, Amazon, Starbucks*: The rise of “tax shaming”. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/magazine-20560359>. Acesso em: 23 mar. 2023.
- ESTADOS UNIDOS. Department of the Treasury, *General Explanations of the Administration’s Fiscal Year 2022 Revenue Proposals*, maio de 2021. Disponível em: <https://home.treasury.gov/system/files/131/General-Explanations-FY2022.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2023.

- FRANÇA, Conselho de Estado, decisão n. 232276, *Schneider Electric versus Ministro da Economia, Finanças e Indústria*, Assembleia de 28 de junho de 2002. *G7 Finance Ministers and Central Bank Governors Communiqué*, junho de 2021. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/g7-finance-ministers-meeting-june-2021-communicue/g7-finance-ministers-and-central-bank-governors-communicue>. Acesso em: 23 mar. 2023.
- LIGA DAS NAÇÕES. *Double Taxation and Tax Evasion Report*. G.216.M. 8. 1927. II. Geneva, abril de 1927. Disponível em: http://biblio-archive.unog.ch/Dateien/CouncilMSD/C-216-M-85-1927-II_EN.pdf. Acesso em: 23 mar. 2023.
- OECD. *Commentaries on the articles of the Model Tax Convention*. Paris: OECD Publishing, 2010.
- OECD. *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. Paris: OECD, 2013. OECD. *Explanatory Statement – Final Report*. Paris: OECD, 2015.
- OECD. *Inclusive Framework on BEPS Progress – report July 2016-June 2017*. Paris: OECD, 2017.
- OECD. *Inclusive Framework on BEPS Progress – report September 2021 – September 2022*. Paris: OECD, 2022.
- OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital – condensed version*. Paris: OECD, 2017.
- OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy Public Consultation Document – 13 February – 6 March 2019*. Paris: OECD, 2019.
- OECD. *Public consultation document: Global Anti-Base Erosion Proposal (“GloBE”) – Pillar Two – 8 November 2019 – 2 December 2019*. Paris: OECD, 2019.
- OECD. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*. Paris: OECD, 2020.
- OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note As approved by the Inclusive Framework on BEPS on 23 January 2019*. Paris: OECD, 2020.
- OECD. *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two): Inclusive Framework on BEPS*. Paris: OECD Publishing, 2021.
- OECD. *Tax Incentives and the Global Minimum Corporate Tax: Reconsidering Tax Incentives after the GloBE Rules*. Paris: OECD Publishing, 2022.
- OECD. *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – 01 July 2021*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-july-2021.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2023.
- OECD. *Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – 8 October 2021*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address->

- the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf. Acesso em: 23 mar. 2023.
- OECD. *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Administrative Guidance on the Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*, OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2023.
- OECD. *iLibrary*: 2. Scope of the GloBE rules. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar Two Blueprint: Inclusive Framework on BEPS*, 2023. Disponível: <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/d059f996-en/index.html?itemId=/content/component/d059f996-en>. Acesso em: 23 mar. 2023.
- OECD. *Overview of the Key Operating Provisions of the GloBE Rules*, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/pillar-two-GloBE-rules-fact-sheets.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2023.
- OECD Pillars. *Qualifying Domestic Minimum Top-Up Tax*, 2023. Disponível em: <https://oecdpillars.com/pillar-tab/qualifying-domestic-minimum-top-up-tax/#:~:text=A%20QDMTT%20is%20a%20Qualified,Pillar%20Two%20top%20Dup%20tax..> Acesso em: 23 mar. 2023.
- SUIÇA. *Botschaft – zum Bundesbeschluss über eine besondere Besteuerung grosser Unternehmensgruppen (Umsetzung des OECD/G20-Projekts zur Besteuerung der digitalen Wirtschaft)*, 2022.
- SUIÇA. *Arrêté fédéral sur une imposition particulière des grands groupes d'entreprises (Mise en oeuvre du projet conjoint de l'OCDE et du G20 sur l'imposition de l'économie numérique)*, 2022. Disponível em: <https://www.parlament.ch/en/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20220036>. Acesso em: 23 mar. 2023.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 2.024, Tribunal Pleno, Relator Sepúlveda Pertence, julgado em 03.05.2007.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.588/DF, Ministra Relatora Ellen Grace, Ministro Redator Joaquim Barbosa, julgado em 10.04.2013.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 541.090, Ministro Relator Joaquim Barbosa, Ministro Relator Teori Zavascki, julgado em 10.04.2013.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário n. 611.586, Ministro Relator Joaquim Barbosa, julgado em 10.04.2013.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE n. 656.089, Tribunal Pleno, Relator Dias Toffoli, julgado em 06.06.2018.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 3.144, Tribunal Pleno, Relator Edson Fachin, julgado em 01.08.2018.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 5.485, Tribunal Pleno, Relator Luiz Fux, julgado em 16.06.2020.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 4.101, Tribunal Pleno, Relator Luiz Fux, julgado em 16.06.2020.