

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

Guilherme Tumelero Macedo

O combate à elisão fiscal internacional, o Projeto BEPS e a Solução de Dois Pilares

Porto Alegre

2023

Guilherme Tumelero Macedo

O combate à elisão fiscal internacional, o Projeto BEPS e a Solução de Dois Pilares

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial
para obtenção do grau de Bacharel
em Ciências Jurídicas e Sociais pela
Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande
do Sul.

Orientador. Prof. Dr. Fábio Costa
Morosini

Porto Alegre

2023

CIP - Catalogação na Publicação

Macedo, Guilherme Tumelero

O combate à elisão fiscal internacional, o Projeto BEPS e a Solução de Dois Pilares / Guilherme Tumelero Macedo. -- 2023.

89 f.

Orientador: Fábio Costa Morosini.

Trabalho de conclusão de curso (Graduação) --
Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade
de Direito, Curso de Ciências Jurídicas e Sociais,
Porto Alegre, BR-RS, 2023.

1. Direito Internacional Tributário. 2. Tributação
Internacional da Renda e do Capital. I. Morosini,
Fábio Costa, orient. II. Título.

Guilherme Tumelero Macedo

O combate à elisão fiscal internacional, o Projeto BEPS e a Solução de Dois Pilares

Aprovado em ___ de _____ de 2023.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fábio Costa Morosini
Orientador

Prof^a. Dr^a. Vera Helena Thorstensen

Prof. Dr. Lucas da Silva Taschetto

RESUMO

Em meio à crescente globalização e digitalização da economia internacional, os fundamentos da tributação internacional da renda e do capital passa por dificuldades relacionadas à maneira como empresas multinacionais arranjam suas atividades, seus bens e ativos e seus riscos para a alocação de lucros em Estados de baixa tributação. Este trabalho apresenta o descompasso entre o sistema tributário internacional consolidado no século XX, a consequente erosão de bases tributárias e o novo cenário econômico mundial segundo o Quadro Inclusivo da OCDE e do G20 sobre o BEPS (*OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS*). Ainda, o trabalho avalia a adequação da Solução de Dois Pilares (o mais recente pacote de medidas aprovadas) aos objetivos históricos da reforma da tributação internacional da renda e do capital proposta pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Palavras-chave: Tributação internacional da renda e do capital. Elisão fiscal internacional. Projeto BEPS. Solução de Dois Pilares.

ABSTRACT

Amidst the growing globalization and digitization of the international economy, the fundamentals of international taxation on income and capital face challenges related to the way multinational enterprises arrange their activities, assets, and risks for the allocation of profits in low-tax jurisdictions. This paper presents the mismatch between the international tax system as consolidated in the 20th century, the consequent erosion of tax bases, and the new global economic scenario according to the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS (Base Erosion and Profit Shifting). Additionally, the paper evaluates the adequacy of the Two-Pillar Solution (the latest package of approved measures) to the historic objectives of international income and capital taxation reform as proposed by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD).

Keywords: International taxation on income and capital. International tax avoidance. BEPS project. Two-Pillar Solution.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

APA – *advance pricing arrangement*

ATAF – Fórum de Administrações Tributárias Africanas (*African Tax Administration Forum*)

BEPS – erosão de base tributária e deslocamento artificial de lucros (*base erosion and profit shifting*)

BID – Banco Interamericano de Desenvolvimento

BM – Banco Mundial

CARICOM – Comunidade do Caribe

CDA – Comunidade de Desenvolvimento da África Austral

CFA – Comitê de Assuntos Fiscais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (*Committee on Fiscal Affairs*)

CFC – sociedade estrangeira controlada (*controlled foreign corporation*)

CIAT – Centro Interamericano de Administrações Tributárias

DST – tributo sobre serviços digitais (*digital service tax*)

EUA – Estados Unidos da América

FMI – Fundo Monetário Internacional

G7 – Grupo dos Sete [países mais industrializados do mundo na década de 1970]

G20 – Grupo dos Vinte [das vinte maiores economias do mundo]

GILTI – Regime Global de Renda de Intangíveis Subtaxada (*Global Intangible Low Taxed Income Regime*)

GloBE [rules] – [Regras] contra a Erosão de Base Global (*Global Anti-Base Erosion [rules]*)

IF – Quadro Inclusivo da OCDE e do G20 sobre o BEPS (*OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS*)

IIR – Regra de Inclusão de Renda (*Income Inclusion Rule*)

MAP – procedimento amigável (*mutual agreement procedure*)

MNE – empreendimento multinacional; empresa multinacional (*multinational enterprise*)

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

OCEE – Organização para a Cooperação Econômica Europeia

ONU – Organização das Nações Unidas

PE – estabelecimento permanente (*permanent establishment*)

PIB – Produto Interno Bruto

STTR – Regra de Sujeição à Tributação (*Subject to Tax Rule*)

TFDE – Força-Tarefa sobre a Economia Digital (*Task Force on the Digital Economy*)

UPE – máxima entidade-mãe (*Ultimate Parent Entity*)

UTPR – Regra para Pagamentos Subtaxados (*Undertaxed Payment Rule*)

VAT/GST – tributos sobre valor agregado/tributos sobre bens e serviços
(*value-added taxes/goods and services taxes*)

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL DA RENDA E DO CAPITAL NA ECONOMIA GLOBALIZADA E DIGITALIZADA	11
2.1 Acordos bilaterais de bitributação	12
2.2 Globalização, digitalização da economia e desvinculação entre a alocação de lucros e a criação de valor	22
3 HISTÓRICO DE AÇÕES NO ÂMBITO DA OCDE PARA A REFORMA DA TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL DA RENDA E DO CAPITAL	31
3.1 Delimitação dos contornos da elisão fiscal (1977-1996)	32
3.2 Combate às práticas tributárias nocivas (1996-2013)	32
3.3 Primeira fase do Projeto BEPS (2013-2015)	37
3.4 Segunda fase do Projeto BEPS (2016-hoje)	41
4 SOLUÇÃO DE DOIS PILARES	44
4.1 Medidas aprovadas	44
4.1.1 Pilar Um	45
4.1.1.1 Montante A (Amount A)	46
4.1.1.2 Montante B (Amount B)	50
4.1.2 Pilar Dois	51
4.1.2.1 Regras contra a Erosão de Base Global (Global Anti-Base Erosion (GloBE) Rules)	52
4.1.2.2 Regra de Sujeição à Tributação (Subject to Tax Rule – STTR)	55
4.1.3 Mecanismos de prevenção e solução de disputas	57
4.1.4 Eliminação dos tributos sobre serviços digitais (digital services taxes – DSTs)	59
4.2 Críticas às medidas aprovadas	60
4.2.1 Posições atualmente favoráveis à adoção da Solução de Dois Pilares	61
4.2.2 Posições atualmente resistentes à adoção da Solução de Dois Pilares	63
5 CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	70
ANEXO – EXEMPLOS DE ESTRUTURAS DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO DE EMPRESAS MULTINACIONAIS (MNEs)	79

1 INTRODUÇÃO

Em face das alterações da economia global ao longo da segunda metade do século XX e, em especial, das primeiras décadas do século XXI, as empresas multinacionais passaram a recorrer à criação de entidades sem atividade econômica substantiva em jurisdições com regimes tributários mais favoráveis com o fim exclusivo de economia de tributos sobre a renda e sobre o capital. Tal contexto, somado à crescente digitalização da economia e à consequente oferta de bens e serviços independentemente de qualquer proximidade geográfica, tem exigido dos Estados uma ação coordenada para a preservação das suas políticas fiscais, prejudicadas pela competição fiscal internacional entre jurisdições interessadas na importação de capitais.

Embora haja dissonância no debate internacional acerca das formas de fazê-lo, justificada pelos diferentes interesses entre economias exportadoras e importadoras de capital, o Projeto BEPS (*base erosion and profit shifting*) tem desempenhado um relevante papel para a transformação da tributação internacional. Criado em 2013 no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em parceria com os países do Grupo dos 20 (G20), o trabalho desenvolvido se volta ao combate à erosão de bases tributárias e à alocação artificial de lucros, ganhando a adesão de mais de cento e cinquenta jurisdições interessadas. A reunião de representantes das autoridades tributárias nacionais, denominada de Quadro Inclusivo da OCDE e do G20 sobre o BEPS (*OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS – IF*), vem avaliando algumas medidas propostas pelos *experts* da organização para a redução de oportunidades para a elisão de tais tributos, concluindo, a partir de 2019, pela reforma da tributação internacional das MNEs por meio de um conjunto de medidas intitulado Solução de Dois Pilares.

A Solução de Dois Pilares é um pacote de medidas em processo de elaboração e parcialmente em vias de implementação contendo duas frentes principais: o primeiro conjunto de medidas (Pilar Um) busca a ampliação da base tributária submetida à tributação pelas jurisdições de mercado, ou seja, o destino dos produtos ou dos serviços oferecidos pelas MNEs; já o segundo conjunto (Pilar Dois) pretende o estabelecimento de uma carga tributária mínima sobre as MNEs, independentemente da(s) jurisdição(ões) onde se situem ou onde auferam lucros.

O resultado do processo marca uma coordenação internacional em matéria tributária que rompe com o modelo anterior de delimitação das soberanias tributárias dos Estados pela via dos acordos bilaterais de bitributação, respeitado o objetivo de atribuição dos lucros, para fins tributários, às principais etapas das cadeias globais de valor.

Observadas as movimentações atuais e percebidos os esforços pretéritos da OCDE pelo combate à elisão fiscal internacional, questiona-se se a Solução de Dois Pilares atende às pretensões históricas propostas pela organização, quais sejam, (i) o combate à competição fiscal nociva entre jurisdições, manifestada por reduções constantes de carga tributária sobre rendas e capitais e por regimes protetivos ao patrimônio, e (ii) a adequação do sistema tributário internacional à economia digitalizada, a qual subverte princípios caros ao Direito Tributário Internacional.

O objetivo do presente trabalho é a observação, a partir dos relatórios publicados pela OCDE acerca da elisão fiscal internacional, da adequação da Solução de Dois Pilares para abordar os problemas percebidos pela instituição tanto no período anterior ao Projeto BEPS quanto à vigência deste. Por isso, o segundo capítulo pretende introduzir o sistema internacional tributário sobre a renda e o capital, suas origens e seu descompasso com as transformações da economia globalizada e digitalizada. Já o terceiro capítulo repassa o histórico de ações da OCDE relacionados ao combate à elisão fiscal internacional. Por sua vez, o quarto capítulo apresenta a Solução de Dois Pilares e os posicionamentos das jurisdições interessadas no projeto. Ao fim, aprecia-se a Solução de Dois Pilares segundo os objetivos traçados pela OCDE no combate à elisão fiscal internacional.

A pesquisa da qual se origina o presente trabalho procedeu pela identificação dos objetivos institucionais da OCDE relacionados à tributação internacional da renda e do capital por meio da catalogação de todos os relatórios publicados pela instituição disponíveis no repositório institucional *OECD iLibrary*, desde que relacionados a temas de tributação, selecionando os escritos cujo objeto fosse a elisão fiscal internacional e observando a caracterização deste fenômeno conforme os agentes retratados e as operações por eles levadas a cabo; e, em um segundo momento, pela construção da Solução de Dois Pilares por meio da catalogação e análise dos documentos publicados pelo IF a partir de 2019 (relatórios, documentos de consulta pública, notas públicas) concernentes ao pacote de medidas, distinguindo as propostas feitas em cada ponto do projeto.

2 TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL DA RENDA E DO CAPITAL NA ECONOMIA GLOBALIZADA E DIGITALIZADA

O atual sistema de tributação internacional da renda e do capital se deve à elaboração pretérita de conceitos jurídicos fundamentais que ponderassem os poderes estatais de imposição de tributos sobre os agentes econômicos, o interesse público no crescimento econômico e na elevação da qualidade de vida e as estratégias utilizadas pelos agentes econômicos para a obtenção de maiores lucros. Tal formato foi construído em um cenário econômico diverso do que vemos hoje, já marcado pela consolidação da globalização - isto é, da descentralização dos processos produtivos, da inserção dos agentes econômicos domésticos nos mercados internacionais e dos intensos fluxos transfronteiriços de capitais - e pela relevância crescente do meio virtual para a realização de tais atividades. Tal descompasso entre o modelo jurídico internacionalmente prevalente e o seu objeto será exposto no presente capítulo, indicando-se os seus impactos distorcivos sobre a tributação internacional conforme observado pela OCDE.

O objetivo inicial deste capítulo é a apresentação de um panorama dos conceitos jurídicos abordados em matéria de tributação internacional conforme consolidado no âmbito das principais organizações internacionais a tratar do tema, quais sejam, a Liga das Nações, a OCDE e a ONU. Em seguida, pretende-se observar os impactos da defasagem do sistema tributário internacional diante das mudanças da economia mundial rumo à globalização e à digitalização, resumidos pelo conceito amplo de desvinculação entre alocação de lucros e criação de valor, conforme as perspectivas da OCDE. Por fim, serão citados os esforços dos Estados em âmbito doméstico e bilateral para o combate à redução de bases tributárias causadas pelas novas práticas das MNEs.

Os cenários apresentados se baseiam, no primeiro subcapítulo, em literatura jurídica especializada acerca das convenções internacionais tributárias e em documentos oficiais publicados pelas organizações citadas; e, no segundo subcapítulo, em relatórios pioneiros publicados pela OCDE relativos à necessidade de mudanças do sistema tributário internacional vigente.

Feitas tais exposições, o próximo capítulo tratará das medidas praticadas no âmbito da OCDE nas últimas três décadas, calcadas nas premissas básicas ora mencionadas e voltadas para a progressiva reforma do sistema.

2.1 Acordos bilaterais de bitributação

O poder de tributar, decorrente da soberania tributária de cada Estado, pode se manifestar nas mais variadas formas, consideradas as diferentes escolhas legislativas dos fatos a serem tributados, dos contribuintes a serem submetidos e dos valores a serem calculados. Diante dessa gama de possibilidades, os acordos bilaterais de bitributação servem, em síntese, ao refreamento das soberanias tributárias estatais e à sistematização das obrigações tributárias impostas às pessoas que pratiquem atividades transacionais.

Os limites da jurisdição tributária não coincidem necessariamente com território nacional do Estado tributante. Na verdade, qualquer manifestação de soberania estatal se desdobra (i) na prescrição de normas aplicáveis a determinadas situações, mesmo que ocorridas em território estrangeiro ou internacional (*jurisdiction to prescribe*), projetando o âmbito de incidência da norma para pessoas, coisas e fatos externos ao território; e (ii) na coercitividade das normas prescritas (*jurisdiction to enforce*), confinando o âmbito de eficácia das normas ao território nacional. Dessa forma, os Estados nacionais atribuem a si mesmos o poder de tributar fatos econômicos situados ou não situados dentro de seus limites geográficos. Naquele caso, o território serve como a conexão entre o Estado e o fato, e a soberania permite a cobrança do tributo internamente; neste, o surgimento da obrigação tributária depende de um vínculo alternativo, e a cobrança do tributo é limitada (MEINERO, 2014, pp. 312–317; SCHOUERI, 2022, pp. 887–890; TÔRRES, 2001, pp. 65–70).

Dessa maneira, a literatura tributarista aponta para a existência de dois princípios de conexão para a construção da norma impositiva do tributo sobre a renda e sobre o capital¹ quanto à especificação do fato a ser tributado – o princípio da territorialidade e o princípio da universalidade. Aquele orienta a norma para a imposição do tributo ao fato econômico situado em território nacional (fonte da renda), obrigando ao pagamento todos os sujeitos que cumprirem as condições

¹ Os tributos sobre a renda e sobre o capital podem ser caracterizados como “[...] todos os tributos impostos sobre a renda total, sobre o capital total ou sobre elementos da renda e do capital, inclusive os tributos sobre ganhos obtidos da alienação de propriedade móvel ou imóvel, tributos sobre o montante total de remunerações e salários pagos por empresas, bem como tributos sobre a apreciação de capital.” (OCDE, 2019b, p. M8).

fáticas da norma dentro de tal circunscrição geográfica.² Por sua vez, o princípio da universalidade aponta para a tributação de fatos territoriais e extraterritoriais – estes, desde que se conectem ao Estado tributante de outro modo, como pela condição pessoal do contribuinte enquanto nacional, residente ou domiciliado (TÔRRES, 2001, pp. 70–76 e 86–90).

A relação entre os princípios da territorialidade e da universalidade e a satisfação das condições de fato para a imposição do tributo sobre a renda ou sobre o capital pode ser assim sintetizado:

Quadro 1 - Relação entre a residência fiscal e os princípios da territorialidade e da universalidade

Posição do sujeito	Alcance abstrato das normas segundo o princípio da territorialidade	Alcance abstrato das normas segundo o princípio da universalidade
Não residentes que produzem rendimentos no território	territorialidade (fonte)	territorialidade (fonte)
Residentes que produzem rendimentos no território	territorialidade (fonte)	territorialidade (fonte)
Não residentes que produzem rendimentos no exterior	indiferente	indiferente
Residentes que produzem rendimentos no exterior	indiferente	universalidade (conexão pessoal)

Fonte: elaborado pelo autor a partir de: TÔRRES, 2001, pp. 88–89.

Já quanto ao valor dos tributos sobre a renda ou sobre o capital, o cenário se torna ainda mais diversificado. Considerada a tributação como instrumento de política fiscal, ela desempenha não apenas a função de arrecadar valores para o custeio das atividades estatais, mas também as funções de distribuir a carga tributária segundo critérios de justiça, de induzir determinados comportamentos ou de estabilizar certos parâmetros da economia nacional (SCHOUERI, 2022, pp. 43–44) – aspirações tão plurais quanto os próprios Estados nacionais e, portanto,

² Da aplicação da norma impositiva a todos os fatos dentro do território extrai-se, além do princípio da territorialidade, um *critério de conexão material* (TÔRRES, 2001, pp. 119–121).

potencialmente custosas às atividades econômicas distribuídas em mais de uma jurisdição.

Nesse contexto, as pessoas naturais ou jurídicas com atividades transnacionais, tais como os sócios de empresas estrangeiras ou as empresas multinacionais (MNEs), podem ter seus ganhos submetidos a regimes tributários conflitantes. Dessa ausência de padrões comuns, resulta a bitributação (isto é, a imposição de um tributo pelo Estado de fonte da renda obtida e de outro pelo Estado pessoalmente conectado ao contribuinte), problema que pode desestimular transações comerciais e financeiras e que vem sendo há décadas objeto de discussão em organismos orientados a expandir os mercados internacionais.

As primeiras tentativas de estabelecimento de parâmetros internacionais para a tributação da renda e do capital de MNEs podem ser constatadas ainda no âmbito da Liga das Nações. Em meio a diversos modelos tributários domésticos, e com os objetivos de evitar a bitributação e o tratamento discriminatório entre contribuintes, a sua Comissão de Assuntos Fiscais ganhou a incumbência de buscar a sistematização dos regimes tributários internacionais, tendo verificado, em 1928, a dificuldade de estabelecimento de um padrão tributário único por convenção multilateral. A empreitada se mostrou infrutífera, haja vista que tal projeto implicaria ou a criação de um texto demasiado vago, ou a reforma massiva das tributações domésticas. Assim, a Comissão foi responsável pela elaboração de três projetos de Convenções-Modelo para que os países interessados pudessem, pela via bilateral, celebrá-los conforme seus próprios sistemas e interesses – sendo tais modelos atualizados duas vezes no período entre guerras (TÔRRES, 2001, pp. 494–496).

A mesma estratégia de implantação de padrões internacionais de tributação da renda e do capital – mediante a celebração de tratados baseados em Convenções-Modelo – persistiu ao longo da segunda metade do século XX. No esforço de reconstrução da Europa Ocidental no período pós-Segunda Guerra, as lideranças europeias optaram pela via da interconexão de seus mercados como estratégia de desenvolvimento econômico, revelando-se as dificuldades decorrentes de sistemas jurídico distintos. Avaliado tal contexto, a harmonização tributária³ desses países caminhou em duas frentes: de um lado, a celebração de convenções

³ A expressão “harmonização tributária” é ora utilizada em sentido estrito, ou seja, significa a adoção de normas supranacionais que reduzem ou eliminem obstáculos provocados pelos ordenamentos tributários internos (BARCELLOS, 2014, p. 126).

voltadas para a integração econômica, como o Tratado de Roma (1957), instituidor da Comunidade Econômica Europeia, positivou a necessidade de harmonização tributária orientada pelos princípios da não discriminação e da livre circulação de mercadorias nas importações e exportações; de outro, a transformação da já existente Organização para a Cooperação Econômica Europeia (OCEE) na OCDE, com a abertura para novos membros de fora do continente interessados no estreitamento multilateral dos laços econômicos, orientou para a tributação neutra de renda e de capital, ou seja, refreando-se a bitributação do investimento estrangeiro. (BARCELLOS, 2014; OCDE, 1963).

No âmbito da nascente OCDE, as crescentes discussões acerca da diversidade de regimes tributários demonstrou que as tentativas oferecidas pela Liga das Nações não foram suficientes para reduzir a insegurança jurídica, proteger investimentos externos e garantir a integração econômica (OCDE, 1963). Considerado o propósito da instituição de formular e uniformizar boas práticas regulatórias de acordo com as necessidades econômicas de seus membros, e por meio de sua diversidade de instrumentos jurídicos de *hard law* (decisões e acordos internacionais) e *soft law* (recomendações, declarações e entendimentos), justificou-se a formulação de novas Convenções-Modelo sob a responsabilidade daquela a serem utilizadas como base para os acordos bilaterais entre seus membros (THORSTENSEN *et al.*, 2020a, pp. 21–22; TÔRRES, 2001, p. 497).

O Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE (*Committee on Fiscal Affairs – CFA*) foi o responsável pela pesquisa e elaboração da nova Convenção-Modelo. Tratava-se de um corpo de *experts* em tributação indicado pelo Secretariado da própria OCDE cuja missão seria o estudo de modelos anteriormente discutidos (como os da Liga das Nações) e a proposição de medidas que eliminassem a bitributação nas transações econômicas intra-bloco (OCDE, 1963). Por conseguinte, foi publicada em 1963 a primeira versão da *Convenção-Modelo sobre a Bitributação de Renda e Capital*, a ser submetida à apreciação das representações dos países-membros, cuja versão final foi divulgada em 1977 (OCDE, 1977).

O CFA assumiu, então, o papel de oferecer respostas capazes de salvaguardar o desenvolvimento dos países componentes da organização – entendido como o crescimento de economias competitivas e do grau de integração regional. A formulação da Convenção-Modelo e de seus comentários anexos teve como propósito o estabelecimento de alguns critérios comuns entre os

Estados-membros da OCDE de modo a limitar os custos tributários sobre operações internacionais. Os países-membros poderiam, assim, aproveitar o trabalho do CFA na elaboração de seus próprios acordos bilaterais, adaptando-o às peculiaridades das suas próprias tributações domésticas quando necessário (OCDE, 1977).

A manutenção da Convenção-Modelo sobre a Tributação de Renda e Capital persistiu ao longo das décadas, dada a sua constante atualização em trabalhos posteriores do órgão fiscal da OCDE datados de 1992, 1998, 2000, 2003, 2005, 2008, 2014 e 2017. Além disso, o modelo superou as relações bilaterais entre países-membros, passando a servir de referência, em maior ou menor grau, para os acordos de bitributação celebrados por Estados alheios da organização, tais como a Índia, o Brasil e a Rússia, o que indicou uma construção gradual de “*standards* internacionalmente aceitos” (LANG *et al.*, 2012, p. 6).

Ademais, a Convenção-Modelo da OCDE não serviu de referência apenas para a celebração de acordos bilaterais entre países-membros e não membros da organização. Em 1980, em atendimento às movimentações de países não-membros da OCDE, a ONU publicou a primeira *Convenção-Modelo sobre Bitributação entre Países Desenvolvidos e Países em Desenvolvimento*, elaborada por um grupo *ad hoc* de especialistas em tributação internacional formado ainda em 1968 (ONU, 2021, pp. iv–v). O uso da Convenção-Modelo da OCDE de 1977, naquele momento, deu-se a partir de sua estrutura interna (abaixo analisada), mas com conteúdo mais favorável ao interesse dos países em desenvolvimento na ampliação das receitas tributárias sobre as atividades econômicas transnacionais neles realizadas (WHITTAKER, 1982, pp. 44–46).

De todo modo, as Convenções-Modelo da OCDE e da ONU, bem como os acordos de bitributação em geral, possuem uma “espinha dorsal” composta por: (i) a identificação do escopo pessoal e material dos acordos; (ii) a apresentação das categorias jurídicas fundamentais para a qualificação dos objetos da convenção; (iii) as regras de tratamento das rendas e do capital (*allocation rules*), conformando os poderes tributários respectivos a cada signatário; e (iv) os métodos de eliminação da bitributação (LANG, 2021, pp. 39–40).⁴

Quanto aos escopos material e pessoal das Convenções-Modelo, em termos gerais, suas disposições seriam aplicáveis às pessoas residentes em um ou ambos

⁴ Tais elementos são explicados adiante segundo as disposições das Convenções-Modelo inalteradas desde, para a OCDE, a versão de 1977 e, para a ONU, a versão de 1980.

os países signatários (art. 1(1)), bem como quaisquer tributos nacionais sobre a renda e o capital (art. 2(2)), integral ou parcialmente. Ainda, as definições de pessoas, entidades incorporadas (*companies*), negócios e empresas/empreendimentos são citadas – enfatizando-se a residência como ligação imediata entre os sujeitos e os Estados signatários (OCDE, 2019b, pp. M7–M11; ONU, 2021, pp. 6–9).

As Convenções-Modelo dedicam um artigo à residência (art. 4), conceito de absoluta relevância para os acordos de bitributação por refletir, de um lado, no escopo pessoal dos tratados e, de outro, nas regras que delimitam a competência tributária de cada país signatário. Ela é definida pela sujeição de qualquer pessoa à tributação do Estado celebrante, podendo ser por domicílio, residência, local da incorporação, local de administração (*place of management*), etc. (art. 4(1)). Portanto, dispensa-se o princípio da territorialidade, não se considerando residente a pessoa sujeita à tributação de um dos Estados signatários apenas por ter ali auferido renda ou possuir capital sem que tivesse residência no outro Estado signatário (OCDE, 2019b; ONU, 2021). Nesse ponto, os modelos propõem a definição de uma única residência fiscal, para os fins do tratado, para cada pessoa natural ou jurídica: o art. 4(2) arrola uma série de qualificadoras (como a existência de um lar permanente, o centro das relações pessoais e econômicas, etc.), dispostas em caráter subsidiário, para a identificação da residência da pessoa natural; ao seu turno, o art. 4(3), dedicado à residência da pessoa jurídica, previa que o local da residência fiscal deveria ser o local da administração efetiva (*place of effective management*)⁵ (TÔRRES, 2001, pp. 510–511).

Por sua vez, o estabelecimento permanente (*permanent establishment* – PE) seria um local de negócios fixo no qual a empresa não-residente em uma jurisdição desempenha integral ou parcialmente as suas atividades (art. 5(1)). Trata-se do conceito empregado para a caracterização de empresas não-residentes como contribuintes: com base no princípio da territorialidade, as rendas decorrentes dos negócios desenvolvidos pela MNE nessa jurisdição estrangeira poderão ser ali tributadas, afastando-se o poder do Estado da residência. A amplitude do conceito

⁵ As Convenções-Modelo da OCDE (a partir de 2017) e da ONU (a partir de 2021) alteraram a redação do art. 4(3), de modo a deferir aos países signatários a escolha da qualificação da residência fiscal, como o local da incorporação, local da sede, local da administração efetiva, etc. – conceitos geralmente associados à nacionalidade da pessoa jurídica no Direito Internacional Privado – por meio de procedimento amigável (*mutual agreement procedure* – MAP) (OCDE, 2019b, pp. M15–M18; ONU, 2021, pp. 175–177)..

abarcam sedes, escritórios, fábricas, minas, poços de óleo e gás, representantes da empresa responsáveis pela conclusão de contratos, entre outros (arts. 5(1), 5(2) e 5(5)), ou seja, são PEs os locais de presença física substancial da MNE na jurisdição de mercado ou os agentes dela dependentes que ali atuem. Todavia, a disposição exclui do conceito de PE os locais em que se desenvolvam algumas atividades em caráter preparatório ou auxiliar, tais como o uso de instalações para o depósito, a exposição e a entrega de mercadorias; a manutenção de locais fixos cujo único propósito seja a compra de mercadorias ou a coleta de informações; ou, no caso dos representantes, aqueles que atuem de forma independente em seus próprios âmbitos (arts. 5(4) e 5(6)) – nesses casos, a renda deles extraída será tributável pelo Estado da residência da MNE (OCDE, 2019b, pp. M19–M24; TÔRRES, 2001, pp. 511–513).

Em sequência, os artigos 6 a 22 das Convenções-Modelo apresentam as regras de tratamento das rendas e do capital (*allocation rules*), as quais delimitam os poderes de cada Estado signatário conforme a espécie de valor obtido, conferindo ao Estado da fonte da renda, ao Estado de residência do contribuinte ou ao Estado do PE a competência tributária correspondente. De modo esquemático, com ênfase nas normas relativas a rendas e capitais empresariais:⁶

⁶ Dado o escopo do trabalho, voltado para a análise da Solução de Dois Pilares da atual fase do Projeto BEPS, não serão tratados os seguintes artigos: art. 14 (serviços de profissionais independentes); art. 15 (serviços de profissionais dependentes); art. 16 (remunerações de diretores); art. 17 (artistas e profissionais desportivos); art. 18 (pensões e seguridade social); art. 19 (serviços governamentais); art. 20 (estudantes).

Quadro 2 – Regras de tratamento das rendas e do capital das Convenções-Modelo da OCDE e da ONU segundo o tipo de renda/capital e segundo o Estado tributante

Artigo	Tipo de renda/capital	Estado tributante
Art. 6	Renda oriunda de bens imóveis	Estado da fonte
Art. 7	Lucros empresariais	<p>OCDE:</p> <p>(i) Estado da residência; ou</p> <p>(ii) Estado da residência c/c Estado da fonte (se existir PE no Estado da fonte; a tributação do Estado da fonte se limita aos lucros nele auferidos; o Estado da residência deve permitir a dedução equivalente ao valor do tributo pago na fonte).</p> <p>ONU: Aplicam-se as normas da OCDE somadas a outras duas hipóteses de tributação pelo Estado da fonte (ambas condicionadas à existência de PE):</p> <p>(i) vendas de bens e de mercadorias similares aos bens e mercadorias vendidos por meio do PE; e</p> <p>(ii) outros negócios similares aos praticados por meio do PE.</p>
Art. 8	Transporte marítimo ou aéreo internacional	<p>OCDE: Estado da residência.</p> <p>ONU:</p> <p>(i) Estado da residência; ou</p> <p>(ii) Estado da residência para tráfego internacional aéreo e Estado da fonte para tráfego internacional marítimo</p>
Art. 10	Dividendos	<p>OCDE:</p> <p>(i) Estado da residência da pessoa natural ou jurídica beneficiada integralmente; ou</p> <p>(ii) Estado da residência da pessoa beneficiada c/c Estado de residência da empresa pagadora (se a beneficiária for empresa que detenha 25% do capital da empresa pagadora) com alíquota de até 5%; ou</p> <p>(iii) Estado da residência da pessoa beneficiada c/c Estado de residência da empresa pagadora com alíquota de até 15%.⁷</p> <p>ONU: mesmas hipóteses, mas não há fixação de alíquota máxima do tributo sobre dividendos.</p>
Art. 11	Juros	<p>OCDE:</p> <p>(i) Estado da residência do recipiente; ou</p> <p>(ii) Estado da residência do recipiente c/c Estado da residência do pagador com alíquota de até 10%.</p> <p>ONU: mesmas hipóteses, mas não há fixação de alíquota máxima do tributo sobre dividendos.</p>

⁷ Na versão de 2017 da Convenção-Modelo da OCDE, a alíquota foi elevada de 15% para 25% (OCDE, 2019b, p. M33).

Art. 12	Royalties	<p>OCDE: (i) Estado da residência do beneficiário; ou (ii) Estado da fonte, se ali existir PE conectado ao direito ou à propriedade da qual se obtêm os royalties.</p> <p>ONU: mesmas hipóteses, além da uma terceira alternativa (Estado da residência do beneficiário c/c Estado da fonte até uma alíquota máxima definida pelos signatários).</p>
Art. 13	Ganhos de capital	<p>Estado da fonte para ganhos de capitais decorrentes da alienação de bens imóveis e móveis (estes, desde que conectados a um PE). Estado da residência para os ganhos de capitais decorrentes da alienação de embarcações e aeronaves. Estado da residência do alienante para outros ganhos de capital.</p> <p>ONU: mesmas hipóteses, salvo para os ganhos decorrentes da alienação de direito de exploração de recursos naturais, tributáveis pelo Estado da fonte.⁸</p>
Art. 21	Outras rendas	<p>OCDE: (i) Estado da residência; ou (ii) Estado da fonte, se a renda obtida for conectada a um PE.</p> <p>ONU: concorrência entre o Estado da residência e o Estado da fonte, observado o dever de eliminação da bitributação pelos métodos dos arts. 23A e 23B.</p>
Art. 22	Capital	<p>Estado da fonte (local do bem) para propriedade sobre bens imóveis e bens móveis (estes, conectados a um PE). Estado da residência para propriedade sobre embarcações, aeronaves e demais ativos.</p>

Fonte: elaborado pelo autor a partir de: OCDE, 2019b, pp. M25–M59; ONU, 2021, pp. 14–59; TÔRRES, 2001, pp. 513–531.

Ainda quanto às formas de tratamento das rendas, o art. 9 das Convenções-Modelo da OCDE e da ONU (nas versões de 1977 e 1980, respectivamente) trata das interações entre empresas associadas, isto é, das relações em que uma empresa participa direta ou indiretamente da administração, do controle ou do capital de outra empresa, assim como das relações em que as mesmas pessoas participam direta ou indiretamente da administração, do controle

⁸ As versões de 2017 da Convenção-Modelo da OCDE e de 2021 da Convenção-Modelo da ONU incluem uma disposição relacionada aos ganhos de capital decorrentes de venda de ações e outros ativos similares: o Estado da fonte pode tributá-los se, nos 365 dias anteriores à alienação, essas ações ou ativos obtiveram mais de 50% de seu valor direta ou indiretamente de propriedade sobre bens imóveis (OCDE, 2019b, pp. M43–M44; ONU, 2021, pp. 27–29).

ou do capital de duas empresas diferentes, sendo cada uma situada em um país signatário (art. 9(1)). No caso de as operações comerciais e financeiras celebradas entre ambas apresentarem diferenças de valor em relação às mesmas operações realizadas por partes independentes (ou seja, empresas não associadas), os lucros indevidamente atribuídos a uma das empresas associadas deve ser imputado à outra. Disso decorre tanto o poder de um dos Estados de tributar a empresa subtaxada, quanto o poder do outro Estado ajustar o tributo calculado a maior (arts. 9(1) e 9(2)) (OCDE, 2019b, p. M32; ONU, 2021, pp. 17–18 e 299–305). A racionalidade subjacente à comparação com as partes independentes é determinada pelo chamado princípio *arm's length*, que indica que as diversas entidades de uma MNE, ainda que submetidas ao mesmo controle, devem realizar as suas transações tal qual empresas independentes – o que implica o uso das negociações feitas sob ampla concorrência como parâmetro para as operações internas ao grupo econômico transnacional de modo a distribuir adequadamente a alocação dos lucros em cada jurisdição (TÔRRES, 2001, pp. 415–419).

Acrescente-se que, de modo a orientar a aplicação do art. 9 das Convenções-Modelo nas atividades empresarias e fiscalizatórias e, portanto, limitar a apresentação de valores distorcidos e a imputação dos lucros a entidades submetidas a baixa tributação, a OCDE publicou em 1979 o primeiro relatório sobre os preços de transferência (os valores atribuíveis às operações intragrupo), dando ensejo à publicação contínua de suas Diretrizes sobre Precificação de Transferência (*Transfer Pricing Guidelines*). Também o comitê *ad hoc* da ONU para assuntos tributários passou a elaborar manuais práticos para estimular a observância do princípio *arm's length* (SCHOUERI, 2013, pp. 25–26).

Por sua vez, os métodos de eliminação de bitributação, adotados com o fim de se preservar a neutralidade tributária (ou seja, a ausência de discriminação da renda segundo a origem ou o local do investimento), são os descritos nos arts. 23A e 23B das Convenções-Modelo: a isenção ou o crédito. Pelo método da isenção, o Estado signatário ao qual não foi atribuída competência tributária deve admitir a exclusão da renda ou do capital pertinente de sua própria base tributável (art. 23A(1)), mesmo que a renda ou o capital isentos sejam computados posteriormente, por exemplo, para fins de definição da alíquota aplicável (art. 23A(3)). Já o método do crédito prevê a possibilidade de o contribuinte deduzir do valor do tributo no Estado de residência o valor já pago no Estado da fonte (limitado ao valor integral do

tributo) (art. 23B, par. 1); assim, a base tributável no Estado da residência se preservaria, reduzindo-se o valor do tributo devido ao final do cálculo (LANG, 2021, pp. 43–44; OCDE, 2019b, pp. M60–M63; ONU, 2021, pp. 35–36; TÔRRES, 2001, pp. 540–542).

Por fim, as Convenções-Modelo apresentam algumas disposições especiais relacionadas: à não discriminação dos nacionais e dos residentes dos Estados signatários em matéria tributária (art. 24); ao procedimento amigável (*mutual agreement procedure* – MAP) como mecanismo de solução de disputas entre o contribuinte e os Estados signatários em caso de violação do tratado (ou ameaça) e como procedimento para resolver divergências entre autoridades tributárias acerca da interpretação e aplicação das normas convencionais (art. 25); à troca de informações necessárias à execução das previsões convencionais (art. 26); à cooperação mútua para a cobrança de tributos (art. 27); entre outros (OCDE, 2019b, pp. M64–M77; ONU, 2021, pp. 37–44).

2.2 Globalização, digitalização da economia e desvinculação entre a alocação de lucros e a criação de valor

No período de vigência do sistema tributário internacional conforme os fundamentos apresentados na seção anterior, ocorreram substanciais transformações da economia mundial – principalmente, a nova etapa da globalização e a progressiva digitalização econômica – e das estratégias de planejamento tributário aplicadas por MNEs. Tais circunstâncias criaram alguns impasses para a preservação da tributação em cada Estado, tais como a competição fiscal nociva e a erosão de bases tributárias, os quais serão abordados nesta seção.

A transformação da economia global no decorrer das últimas décadas do século XX se deu em diversas frentes. Por um lado, a descentralização das atividades empresariais cresceu de tal modo que os processos produtivos passaram a depender da realização das atividades essenciais (pesquisa e desenvolvimento de produtos, extração de matérias-primas e seu refinamento, elaboração de peças e componentes, montagem e acondicionamento, comercialização e transporte, publicidade e vendas ao consumidor) em diversas regiões do globo conforme as condições locais de mercado. A mesma descentralização é perceptível no setor de serviços, no qual a padronização e a comercialização das informações em seu

sentido mais amplo (técnicas, capacitações, *softwares*, imagens e outras formas de propriedade intelectual) complexificaram as atividades oferecidas aos consumidores. Ambos os setores de produção e de serviços passaram a formar cadeias globais de valor, cujos elos incrementam o valor atribuído ao produto ou ao serviço – relegando a exportação de produtos ou serviços ao segundo plano nas políticas voltadas ao crescimento econômico e, concomitantemente, acentuando a importância da participação nacional em etapas de produção de maior valor agregado. Ainda, tanto a progressiva liberalização comercial, financeira e cambial quanto a revolução tecnológica computacional permitiram a circulação de capital e de investimentos em níveis sem precedentes, estimulando a competitividade das empresas na busca das melhores condições para a lucratividade de seus investimentos (OCDE, 2013a, pp. 25–28).

Tendo a rentabilidade como objetivo, o destino dos investimentos dos agentes econômicos pode ser determinado, entre outros fatores, pela tributação favorável. Em razão disso, a busca de alguns governos pela captação de investimento estrangeiro direto com vistas ao crescimento econômico tem passado pela criação de sistemas tributários que protejam os ativos dos investidores ou que ampliem as margens de lucro – inclusive, a despeito de eventuais impactos nos interesses e nas políticas públicas de outros países, tais como a redução da base tributável destes e, por consequência, das suas receitas (OCDE, 2013a, pp. 28–29). Por conseguinte, o sistema tributário internacional, tal como consolidado pelos trabalhos iniciais da Liga das Nações e da OCDE até a década de 1970, vem progressivamente colocando à prova a consecução das políticas fiscais dos Estados, que se veem compelidos a reduzir a carga tributária incidente sobre as rendas de empresas – fenômeno denominado *race to the bottom*.⁹

Nesse sentido, as primeiras manifestações acerca da perda de bases tributáveis, no âmbito da OCDE, podem ser verificadas no relatório intitulado “*International Tax Avoidance and Evasion: Four Related Studies*”, publicado pela organização em 1987. Ao observar a forma como algumas jurisdições propunham taxação nula ou baixíssima para determinados investimentos e seu forte sigilo sobre informações contábeis – embora reconhecesse nesses casos o exercício de

⁹ Segundo as estatísticas da OCDE (2022m, p. 9) concernentes à tributação da renda e do capital para o período entre 2000 e 2022, das 117 jurisdições analisadas, 97 haviam reduzido as alíquotas nominais dos tributos sobre a renda de corporações, e a média geral das alíquotas caiu de 28,1% para 20.0%.

soberania tributária voltado a aumentar a atratividade dos mercados locais –, o relatório considerou que tal contexto tornava tênue a fronteira entre o planejamento tributário legítimo e a elisão fiscal¹⁰. Nesse sentido, manifestavam-se a aplicação de disposições legais e convencionais para além dos propósitos do legislador doméstico ou dos signatários, o emprego de transações econômicas artificiais (isto é, a realização das transações que não seguiria a “maneira comercial comum”) e a obtenção de vantagens tributárias como única finalidade da transação (OCDE, 1987, pp. 16–17).

A primeira questão abordada pelo relatório de 1987 foi a tributação pelos “paraísos fiscais”, jurisdições que ofereceriam uma proteção tributária a lucros auferidos principalmente sobre renda passiva e serviços. A definição apresentada incluía seis elementos principais: (i) tributação sobre a renda e sobre o capital nula ou baixa, quando comparada com a carga tributária de outros países; (ii) oferta de sigilo ou confidencialidade para transações comerciais e financeiras, ocasionalmente sem a necessidade de apresentação de informações contábeis à autoridade tributária local; (iii) sistema monetário duplo, com distinção entre pessoas residentes (para as quais se praticaria o controle cambiário) e pessoas não-residentes; (iv) importância relativa de atividade bancária estrangeira, que gozaria de baixa regulação e não estaria sujeita ao câmbio; (v) transportes físicos e comunicações informacionais intensas, que reduziriam a relevância das distâncias em relação a entidades estrangeiras; (vi) uso de tratados de bitributação para a obtenção de um tributo nulo ou baixo (neste caso, com possibilidade limitada de troca de informações entre as autoridades tributárias). Somavam-se ainda outras características, tais

¹⁰ Sobre o conceito de elisão fiscal e sua interpretação segundo as principais correntes justributaristas, define Ricardo Lobo Torres (2012, pp. 8–9): “Elisão (*tax avoidance* em inglês; *Steuerumgehung* em alemão; *elusione* em italiano) pode ser lícita (= planejamento fiscal consistente) ou ilícita (= planejamento fiscal abusivo = abusive tax avoidance). No primeiro caso, é a economia de imposto alcançada por interpretação razoável da lei tributária; no segundo, é a economia do imposto obtida pela prática de um ato revestido de forma jurídica que não se subsume na descrição abstrata da lei ou no seu espírito. Os adeptos da interpretação lógico-sistemática e do primado dos conceitos do direito civil defendem a licitude da elisão: será lícita qualquer conceptualização jurídica do fato sujeito ao imposto, eis que à aptidão lógica do conceito para revestir juridicamente certos fatos repugna a ideia de abuso de forma jurídica; figura de prestígio nessa corrente teórica foi Sampaio Dória. A tese da ilicitude da elisão, hoje em refluxo, defenderam-na” os adeptos da consideração econômica do fato gerador e da autonomia do direito tributário, já que constituiria abuso da forma jurídica qualquer descoincidência entre a roupagem exterior do negócio e o conteúdo econômico que lhe corresponde; entre os seus defensores destacou-se Amílcar de Araújo Falcão. Posições teóricas atuais como a jurisprudência dos valores e o pós-positivismo aceitam o planejamento fiscal como forma de economizar imposto, desde que não haja abuso de direito; só a elisão abusiva ou o planejamento inconsistente se tornam ilícitos; autores estrangeiros como Tipke/Lang defendem esse ponto de vista, que aos poucos vai chegando ao Brasil e se positivou no art. 116, parágrafo único, do CTN, na redação da LC no 104/2001.”

como estabilidade econômica e política, legislação comercial liberal e ampla oferta de profissionais capacitados em Direito e em Contabilidade (OCDE, 1987, pp. 21–23).

Com tais características, os paraísos fiscais provocariam, no sistema tributário internacional: (i) a transferência de residência de empresas ou emigração de indivíduos puramente formais, com objetivo exclusivo de reduzir a tributação sobre a própria renda, embora fossem mantidos laços mais próximos com o país de origem; (ii) a criação de empresas de base (*base companies*) em paraísos fiscais para prevenir a tributação nos países de residência do contribuinte (ponto melhor esclarecido a seguir); (iii) a criação de empresas intermediárias (*conduit companies*) em paraísos fiscais para evitar a tributação nas jurisdições de fonte das rendas, geralmente explorando acordos de bitributação celebrados entre o paraíso fiscal e o país da fonte (ponto melhor explanado a seguir); (iv) o uso de seguro cativo (*captive insurance*)¹¹ para assegurar os riscos da empresa no país de residência, redirecionando os prêmios ao paraíso fiscal; (v) a adoção de bandeiras de conveniência (*flags of convenience*) por empresas de transporte para o gozo, pelas suas embarcações, de regime jurídico mais lucrativo conquanto os locais da sede ou da realização dos negócios fossem situados em outro país; (vi) a transferência de atividades de empresas do ramo de serviços de gerenciamento associada ao redirecionamento de pagamentos ao paraíso fiscal (OCDE, 1987, pp. 24–26).

Particularmente quanto às empresas de base – entidades criadas em paraísos fiscais para evitar a tributação pelo Estado de residência do contribuinte –, suas finalidades incluiriam dois níveis de proteção das rendas. A primeira forma citada pelo relatório (*sheltering*) seria o recebimento e armazenamento de rendas obtidas no país de residência de modo a evitar a tributação imediata dos valores; os ativos só seriam tributados no momento de distribuição dos valores de volta ao país

¹¹ A seguradora cativa, “[t]ipicamente, [...] é criada quando um contribuinte cria uma nova entidade para desempenhar o papel de sua seguradora (cativa). A seguradora cativa, em outras palavras, funciona como autosseguro para o contribuinte. Contribuintes podem usar seguradoras cativas para economias financeiras. Quanto ao custo, o contribuinte pode customizar o seguro à sua atividade econômica ou às necessidades específicas do seu negócio. Quanto aos tributos, o contribuinte pode deduzir os prêmios do seguro que pagar à seguradora cativa”. (*Typically, a captive insurance arrangement is created when a taxpayer forms a new entity to function as an insurance company (a captive insurer) for the taxpayer. The captive insurer, in other words, functions as self-insurance for the taxpayer. Taxpayers can use captive insurance arrangements to generate financial savings. From a cost perspective, the taxpayer can tailor the insurance to its industry or its specific business needs. From a tax perspective, the taxpayer can deduct the insurance premiums it pays the captive insurer.*) (COOK, 2022).

de residência na forma de dividendos, o que permitiria um “adiamento da tributação” ao gosto do contribuinte. De outro modo, essa eventual tributação sobre dividendos poderia ser evitada (*secondary sheltering*) pela transferência dos valores das empresas de base sob outras formas de renda isentas ou pouco tributadas no país de residência na forma da lei doméstica ou de acordo de bitributação. Alguns exemplos citados foram: (i) a celebração de contratos de empréstimo entre a empresa de base e a empresa matriz, cujos juros seriam dedutíveis da renda tributável no país de residência; (ii) o reinvestimento de lucros em terceiros países; ou, por fim, (iii) a liquidação parcial ou total da empresa de base, cujo preço seria transferido ao país de residência na forma de ganho de capital (OCDE, 1987, pp. 67 e 78–81).

O relatório prossegue quanto às empresas intermediárias – aquelas criadas fora das jurisdições de residência e de fonte com o único objetivo de aproveitar vantagens tributárias oferecidas por aquela jurisdição, seja pela legislação doméstica, seja pelos tratados de bitributação celebrados. Ao buscar o acesso a um regime mais favorável em um terceiro país, triangula-se a relação entre o país da residência e o país da fonte sem qualquer relação econômica com o mercado do país intermediário. O impacto negativo da criação de empresas intermediárias seria o rompimento do equilíbrio entre os Estados signatários, que comutativamente negariam o próprio poder de tributar, em razão do gozo de um status não intencionalmente previsto por eles; além disso, elas propiciariam a atribuição (*non-taxation*) e reduziriam a importância de um acordo de bitributação celebrado diretamente entre as jurisdições da fonte e da residência. Também, mediante as mesmas estratégias aplicadas pelas empresas de base (*sheltering* e *secondary sheltering*), seria viável o uso da empresa intermediária para evitar a tributação no Estado de residência da matriz (OCDE, 1987, pp. 88–91).

O cenário apresentado no relatório teria levado a consequências graves em diversos âmbitos. De início, verificou-se um aumento desproporcional do fluxo de capitais a jurisdições identificadas como paraísos fiscais (nomeadamente Bahamas, Bermuda, Panamá, Libéria, Hong Kong, etc.) quando comparada a entrada de investimento estrangeiro com o crescimento das economias locais. Ainda, provocaram-se efeitos orçamentários nocivos às políticas fiscais empregadas pelos Estados de tributação mais elevada graças à redução de receitas. Adicionavam-se, em relação aos agentes econômicos, a inequidade fiscal gerada pela obtenção de

vantagens tributárias acessíveis para poucos e a distorção dos fluxos de capitais entre países e jurisdições justificada unicamente pelo desejo de se reduzir carga tributária (*race to the bottom*) (OCDE, 1987, pp. 11–12 e 27–29).¹²

Os problemas do sistema tributário internacional identificados pelo relatório de 1987 da OCDE, baseados principalmente nos efeitos provocados pelos paraísos fiscais na economia dos membros da organização, foram reiterados em um novo relatório intitulado “*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*”, publicado em 2013. Embora este texto não trate explicitamente dos apontamentos daquela publicação, o novo relatório reapresentou hipóteses de redução da base tributária previamente trabalhadas – dando ênfase à interação entre sistemas tributários domésticos – em conjunto com outras repercussões negativas mais intimamente ligadas à digitalização da economia global.

Uma das dificuldades percebidas foi a ocorrência de incompatibilidades entre os sistemas tributários domésticos, tanto para países signatários de acordos de bitributação quanto não-signatários. Dada a soberania de cada Estado para compor categorias jurídicas conforme o interesse do legislador e, a partir delas, de impor tributos sobre a renda ou sobre o capital, a mesma transação econômica internacional, pelas suas peculiaridades, poderia ser considerada de modo diverso pela autoridade tributária de cada país, possibilitando a dupla atribuição. Seria o caso dos “arranjos híbridos incompatíveis” (*hybrid mismatch arrangements*), como os títulos emitidos por uma empresa que apresentam características tanto de capital próprio (*equity*) quanto de capital de terceiros (*debt*); o hibridismo do instrumento financeiro poderia levar o Estado de residência da empresa emissora a considerá-lo como captador de recursos de terceiros, cujos juros seriam dedutíveis do tributo sobre a renda, enquanto que o Estado de residência da pessoa compradora poderia avaliá-lo como título de capital próprio cujos pagamentos teriam a natureza jurídica de dividendos, submetendo-se a outro regime de tributação (potencialmente isentivo) (OCDE, 2013a, pp. 40–41).

Além disso, o uso das empresas intermediárias (*conduit companies*) ganhou novas proporções no setor de tecnologia, haja vista o fácil manejo de intangíveis

¹² Análises estatísticas da OCDE e da ONU seguem apontando para a progressiva queda de alíquotas e para a proliferação de zonas econômicas especiais em razão da *race to the bottom*, limitando-se cada vez mais o número de jurisdições que aplicam alíquotas nominais próximas de 30% (trinta por cento) e que impõem carga tributária corporativa acima da média dos membros da OCDE, de 21,4% (vinte e um vírgula quatro por cento) (EDEN, 2020, pp. 7–8).

entre entidades de uma mesma MNE para fins contábeis. Por exemplo, se a empresa-mãe, proprietária de um software, realiza o licenciamento do produto para a empresa intermediária em um país com baixa tributação para fornecê-lo, em seguida, à subsidiária em um país de fonte, seriam criadas possibilidades de atribuição, quais sejam, (i) a renda decorrente da exploração da propriedade intelectual no país da fonte não ser tributada em consonância com os direitos decorrentes de acordos de bitributação e gozados pela empresa intermediária, e (ii) os pagamentos dos *royalties* pela empresa intermediária para a empresa-mãe serem dedutíveis do tributo sobre a renda no Estado intermediário (OCDE, 2013a, p. 41).

Ainda observando a relevância dos bens intangíveis, outro grande impacto gerado pela digitalização da economia é a inserção virtual de empresas em mercados distintos daquele onde residem. Nessa situação, é inepto o conceito jurídico do PE, formulado nos termos do art. 5 da Convenção-Modelo da OCDE, capaz de transformar em contribuinte a empresa não-residente apenas mediante a sua presença física substancial ou mediante a existência de agentes dela dependentes. Nenhuma das duas possibilidades é capaz de abarcar as crescentes negociações pela internet e os lucros dela decorrentes, os quais se realizam no território das jurisdições de mercado sem qualquer presença física (OCDE, 2013a, p. 36).

O relatório aponta também as oportunidades de erosão da base tributária relacionada aos preços de transferência e à alocação de lucros e de riscos. A observância de tais preços busca prevenir a alocação de lucros em entidades da MNE submetidas a regime tributário mais favorável, combatendo-se a sobrevalorização ou subvalorização das operações entre empresas associadas a partir de *standards* definidos nas relações entre partes independentes em condições de livre concorrência (conforme o princípio *arm's length*). Contudo, as Diretrizes dos Preços de Transferência admitem a liberdade do grupo econômico em isolar os lucros e os riscos das atividades em unidades específicas da MNE mediante arranjos contratuais sem ponderar a efetiva participação dessas unidades na atividade econômica da empresa. Em outros termos, cada entidade do grupo econômico poderia atender às formalidades relativas aos preços de transferência aplicados às suas transações internas sem, no entanto, existir vinculação material entre a unidade e a atividade empresarial formalmente atribuída (de produção, de pesquisa, etc.). Tal distribuição dos lucros e dos riscos geralmente não é analisada

pelas autoridades tributárias em caráter universal (ou seja, sobre toda a estrutura da MNE), mas sim entidade por entidade, o que favorece a desconexão entre as atividades econômicas e a tributação sobre a renda e sobre o capital (OCDE, 2013a, pp. 42–43).

O relatório apresenta ainda três exemplos práticos de estruturas empresariais organizadas de forma a elidir a tributação devida, as quais foram reproduzidas no Anexo A deste trabalho.

É importante ressaltar que, em âmbito nacional, tais circunstâncias adversas à obtenção das receitas estatais não foram ignoradas. Ao longo das últimas décadas, algumas das medidas às quais recorreram os países-membros da OCDE para remediar as distorções do sistema tributário internacional foram:

- a) a criação de regimes tributários especiais em relação a pagamentos oriundos de paraísos fiscais – estes, definidos por novos conceitos jurídicos (“tratamento tributário especial”, “baixo nível de tributação”, etc.) ou listados nominalmente – que imporiam ônus de prova diferenciados ou tributação complementar sobre as rendas de empresas estrangeiras controladas (*controlled foreign companies* – CFC) (OCDE, 1987, pp. 21–34);
- b) a positivação de cláusulas antielisivas pelos legisladores domésticos, cujo propósito seria limitar o planejamento tributário das MNEs levando em conta a substância das transações comerciais sobre a forma, bem como o uso da retenção na fonte para a cobrança de impostos sobre pagamentos a não residentes (OCDE, 1987, pp. 30–31);
- c) a inclusão de cláusulas, em acordos de bitributação, dedicadas à tributação de empresas residentes nos países signatários, mas sob a propriedade de não-residentes – seja excluindo tais empresas do escopo do acordo, seja reconhecendo competência concorrente dos signatários para a sua tributação até determinados patamares, seja impondo ao contribuinte o dever de demonstrar a tributação em um país como condição para gozar de isenção no outro, seja, ainda, criando limites máximos para os juros em operações financeiras e para as transferências de rendas a outras jurisdições (OCDE, 1987, pp. 104–106); e
- d) mais recentemente, a adoção de tributos sobre serviços digitais (*digital services taxes* – DSTs) cujos contribuintes incluiriam empresas não-residentes do setor de tecnologia e cujas bases tributárias incluiriam as

receitas decorrentes de publicidade, de taxas de filiação ou de subscrição cobradas dos consumidores e/ou da venda de dados referentes a usuários locais (CHRISTIANS, 2020, pp. 441–443);

Não obstante os esforços empreendidos unilateral e bilateralmente, a supressão de tais estratégias dependia da unificação de critérios básicos para o combate à elisão fiscal internacional e de estímulo à colaboração multilateral dos Estados interessados.

3 HISTÓRICO DE AÇÕES NO ÂMBITO DA OCDE PARA A REFORMA DA TRIBUTAÇÃO INTERNACIONAL DA RENDA E DO CAPITAL

No capítulo anterior, foi apresentado o panorama da tributação internacional da renda e do capital segundo os princípios estabelecidos ao longo do século XX, bem como o seu descompasso com o estado atual da economia globalizada e digitalizada. Além disso, foram tratadas as distorções identificadas pela OCDE em trabalhos seminais para uma reforma sistemática. Ao seu turno, no presente capítulo, serão abordadas as etapas do trabalho desenvolvido pela OCDE nas últimas três décadas concernentes à mudança dos parâmetros de taxaço sobre a renda de modo a, em seguida, contextualizar a Solução de Dois Pilares – o mais recente pacote de medidas dentro de tal escopo, discutido multilateralmente e parcialmente em via de implantação.

O desenvolvimento dos trabalhos no âmbito da OCDE pode ser dividido em quatro fases, em ordem cronológica, que guiam as subdivisões deste capítulo:

- a) a aproximação inicial do problema (1977-1996), baseada na identificação das distorções no fluxo de investimentos entre diferentes jurisdições;
- b) o combate às “práticas tributárias nocivas” (1996-2013), que se voltou para a identificação de regimes tributários presentes no mercado global, em meio à competição fiscal internacional, capazes de prejudicar as políticas fiscais dos países pertencentes à instituição;
- c) a primeira fase do Projeto BEPS (2013-2016), que abordou de forma ampla as distorções provocadas pelas normas internacionais de tributação da renda e as ações estatais necessárias para o seu devido tratamento, bem como resultou em uma série de recomendações para uma adaptação inicial do sistema pré-existente;
- d) a segunda fase do Projeto BEPS (2016-hoje), que se propõe a uma primeira grande reforma da tributação internacional da renda e do capital.

O método empregado envolveu prioritariamente a leitura de publicações on-line da OCDE, tratando-se majoritariamente de relatórios e de pronunciamentos públicos, cujo tema fosse a tributação internacional da renda, com a complementação de literatura acadêmica sobre o funcionamento do Projeto BEPS elaborada com base em documentos da própria organização não disponíveis ao público em geral.

3.1 Delimitação dos contornos da elisão fiscal (1977-1996)

Em 1977, o Conselho da OCDE deu seu primeiro passo na direção do combate à elisão fiscal internacional. Observando que a elisão e a evasão fiscais eram contrárias à equidade fiscal, implicavam efeitos orçamentários impactantes e distorciam a competição internacional entre jurisdições, uma recomendação adotada em abril daquele ano propôs novos rumos a serem instruídos aos governos dos países-membros e seguidos pelo seu Comitê de Assuntos Fiscais (*Committee on Fiscal Affairs* – CFA): fortalecer as provisões necessárias à detecção e à prevenção da elisão e da evasão fiscais; facilitar e ampliar as trocas de informações; e trocar experiências e técnicas necessárias à observância das leis tributárias (OCDE, 1987, p. 15).

O CFA respondeu à demanda nos anos que se seguiram. Provisões relacionadas à elisão fiscal foram discutidas na Convenção-Modelo da OCDE publicada ainda em 1977 e em relatórios concernentes a preços de transferência em 1979 e 1984. Contudo, o primeiro grande passo para a caracterização do fenômeno se deu com a publicação do relatório “*International Tax Avoidance and Evasion: Four Related Studies*” em 1987, a qual abriu uma série chamada “*Issues in International Taxation*”. Esse documento tratou, em termos gerais, de paraísos fiscais, empresas de base (*base companies*), empresas intermediárias (*conduit companies*) e abuso de confidencialidade bancária, já mencionados no capítulo anterior. Nessa ocasião, introduzia-se, portanto, a perspectiva da instituição sobre o cenário da tributação internacional da renda e do capital (OCDE, 1987, pp. 1–11), ao qual se acrescentariam novas camadas posteriormente.

3.2 Combate às práticas tributárias nocivas (1996-2013)

Em resposta a solicitações de Chefes de Estado e Ministros dos países-membros do Grupo dos Sete (G7) e da OCDE datadas de 1996 e 1997, a organização internacional deu início, por meio do CFA, órgão que capitaneia os trabalhos sobre tributação na organização, ao trabalho de investigação, análise e recomendação de políticas tributárias concernentes aos obstáculos promovidos pelas transformações econômicas da globalização. Em relatório intitulado “*Harmful*

Tax Competition: An Emerging Global Issue” (OCDE, 1998), o Comitê apontou dificuldades na tributação de capital associadas especialmente ao que foi definido como práticas tributárias nocivas (*harmful tax practices*), as quais criariam distorções na concorrência entre Estados na busca de atração de investimentos e que, portanto, exigiam uma ação coordenada em várias jurisdições. Segundo o relatório de 1998, diante da alta mobilidade do capital financeiro e da descentralização de atividades pelas empresas multinacionais, as diferenças entre sistemas tributários poderiam ser exploradas (i) por paraísos fiscais e (ii) por jurisdições com regimes tributários preferenciais nocivos de modo a atrair investimentos prevenindo a taxação de lucros.

Comparativamente ao relatório da OCDE de 1987, que identificou uma gama imensa de características dos paraísos fiscais (entre as quais constava até mesmo estabilidade política e econômica), o novo relatório (OCDE, 1998, pp. 21–30) buscou sintetizar os elementos essenciais que caracterizassem duas espécies de regimes tributários prejudiciais à competição fiscal internacional: os paraísos fiscais e os regimes tributários preferenciais. Aqueles seriam caracterizados: (i) pela não imposição ou imposição meramente nominal de tributos; (ii) pela atitude preventiva à troca de informações fiscais com outros países e territórios; (iii) pela falta de transparência das atividades tributárias locais; e (iv) pela ausência de atividade substancial realizada em seus territórios. Por sua vez, os regimes tributários preferenciais nocivos seriam identificados como (i) segmentos da tributação doméstica voltados a favorecer setores pré-determinados (como finanças), que apresentassem carga tributária efetiva nula ou baixa, (ii) separados do restante da economia doméstica; (iii) falta de transparência das atividades tributárias concernentes ao tal regime; e (iv) resistência à troca de informações acerca das atividades econômicas abrangidas.

Ainda, outras características foram apresentadas de forma secundária para a caracterização dos paraísos fiscais e dos regimes tributários preferenciais, como a autopromoção, por parte dessas jurisdições adeptas da concorrência tributária nociva, por meio de extensas vantagens fiscais e o estímulo a operações direcionadas exclusivamente pelos benefícios fiscais sem a geração de novas atividades empresariais economicamente significativas. Não obstante, o eixo central para a identificação da concorrência tributária nociva, independentemente da categoria, passaria pela tributação nula ou baixíssima da renda e de capitais e pela

falta de transparência sobre dados fiscais a ele relacionados (OCDE, 1998, pp. 30–35).

As principais consequências arroladas no relatório (OCDE, 1998, p. 16), as quais as medidas recomendadas enfrentariam, foram:

- a) a distorção de fluxos financeiros e reais;
- b) a sabotagem à integridade e à justiça de estruturas tributárias;
- c) o desencorajamento ao *compliance* por parte dos contribuintes;
- d) a remodelagem dos níveis e da composição dos tributos e dos gastos públicos;
- e) a mudança indesejada de parte da carga fiscal para bases tributárias menos móveis, como o trabalho, a propriedade e o consumo; e
- f) o aumento de custos administrativos para autoridades e contribuintes.

A fim de mitigar os efeitos provocados pela concorrência tributária nociva, o relatório (OCDE, 1998, pp. 37–62) recomendou uma série de medidas a serem adotadas pelas jurisdições impactadas. Tais propostas foram divididas pela capacidade de adoção pelos países-membros (unilateral, bilateral e multilateralmente coordenada), dando foco à adesão a regras já criadas anteriormente pela OCDE, como as regras para sociedades estrangeiras controladas (*controlled foreign corporation* – CFC), e à interpretação de dispositivos já previstos na Convenção-Modelo de Tributação sobre a Renda e sobre o Capital (cuja edição mais recente, à época do relatório, era a de 1995). Ainda, o CFA apontou para a reelaboração de outros dispositivos da Convenção-Modelo, para a formação de um fórum composto por países membros e não-membros da OCDE com o fito de avançar os debates acerca do tema – inclusive com a elaboração de uma lista de paraísos fiscais, a qual serviria de fundamento para a denúncia de acordos tributários –, e para a alteração das legislações domésticas para coibir benefícios fiscais aos valores possivelmente submetidos a regimes preferenciais nocivos.

O relatório de 1998 também indicou que faria uma análise das disposições sobre tributação da renda e do capital de países membros e não-membros que se enquadrassem nas características apontadas para os paraísos fiscais e para os regimes tributários preferenciais. Foram identificadas 34 jurisdições que

funcionariam como paraísos fiscais,¹³ bem como diversos regimes tributários preferenciais aplicados pelos próprios membros da OCDE destinados aos setores securitário, bancário, financeiro, de transporte, entre outros¹⁴ (OCDE, 2001, pp. 12–17).

Da leitura das publicações de 1998 e 2001, extrai-se que o CFA percebeu como principais problemas advindos da concorrência tributária o surgimento de regimes fiscais díspares daqueles mantidos majoritariamente pelos países-membros. Aqueles modelos, apelidados de “paraísos fiscais” e “regimes preferenciais nocivos”, receberam a sua significação pelo relatório a partir das ideias de:

- a) distorção da distribuição geográfica das atividades empresariais, noção que se fundaria especialmente na existência de atividade substancial da empresa multinacional no local onde ela realizasse os seus ativos a fim de mitigar a alocação de capitais exclusivamente com propósitos fiscais;
- b) oferta de benefícios fiscais para a compensação das condições adversas ao investimento respectivas a cada jurisdição como instrumento para atratividade de capitais e manutenção da competitividade entre diferentes mercados;
- c) comutatividade entre tributação e despesa pública, de modo que a busca de regimes fiscais muito mais favoráveis em determinadas jurisdições perturbaria o equilíbrio financeiro dos Estados no oferecimento de serviços públicos tanto na fonte quanto na residência.

Há, ainda, um primeiro indício acerca da necessária continuidade na colaboração internacional a respeito do tema. Conquanto tenham sido oferecidas diversas sugestões a serem adotadas unilateral e bilateralmente, o relatório considera que a ação conjunta de países-membros e não-membros da OCDE seria capaz de desencorajar os países e territórios cujas políticas fossem enquadradas como nocivas e obter deles maior transparência acerca das operações por eles mantidas (OCDE, 1998).

¹³ As jurisdições identificadas como paraísos fiscais foram: Andorra; Anguilla; Antígua e Barbuda; Antilhas Neerlandesas; Aruba; Bahamas; Bahrein; Barbados; Belize; Dominica; Gibraltar; Granada; Guernsey; Jersey; Ilha de Man; Ilhas Cook; Ilhas Marshall; Ilhas Virgens Americanas; Ilhas Virgens Britânicas; Libéria; Liechtenstein; Maldivas; Mônaco; Montserrat; Nauru; Niue; Panamá; Samoa; Seychelles; Santa Lúcia; São Cristóvão e Nevis; São Vicente e Granadinas; Tonga; Turks e Caicos; Vanuatu.

¹⁴ As jurisdições identificadas como mantenedoras de regimes tributários preferenciais foram: Alemanha; Austrália; Bélgica; Canadá; Coreia do Sul; Espanha; EUA; Finlândia; França; Grécia; Hungria; Irlanda; Islândia; Itália; Luxemburgo; Noruega; Países Baixos; Portugal; Suécia; Suíça; Turquia.

Tal iniciativa se preservou nos anos seguintes ao relatório de 1998. Com a criação do Fórum sobre Práticas Tributárias Nocivas (*Forum on Harmful Tax Practices*), entidade subsidiária do CFA, foram identificados os regimes fiscais potencialmente nocivos dos países-membros da OCDE e as jurisdições que se encaixariam no conceito de paraíso fiscal, buscando-se o compromisso de todas para o encerramento dessas práticas. Além disso, propôs-se a adaptação dos sistemas tributários locais conforme as diretrizes de 1998 de maneira, a princípio, não-defensiva contra jurisdições classificadas como cooperantes (OCDE, 2001).

Quanto à participação de países não-membros da OCDE nas iniciativas de combate às práticas tributárias nocivas, a ampliação do debate permitiu, por um lado, um aumento de adesões e, por outro, um ajuste das expectativas iniciais. Um novo relatório de 2002 informou sobre a condução de reuniões com diversas outras organizações internacionais afeitas à matéria, quais sejam, o Centro Interamericano de Administrações Tributárias (CIAT), o Banco Asiático de Desenvolvimento, a Comunidade de Desenvolvimento da África Austral (CDAA), o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial (BM), o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), a Comunidade do Caribe (CARICOM) e o Fórum das Ilhas do Pacífico, tanto para o fim de atrair não-membros às discussões quanto para dar espaço às preocupações dos paraísos fiscais. Nesse ensejo, o CFA, conquanto tivesse usado como critério essencial a tributação nula ou baixa sobre renda e capitais para identificar a concorrência tributária nociva, decidiu desprezá-lo temporariamente. De outro modo, comprometeu-se a restringir o foco das suas recomendações futuras a problemas de transparência e troca de informação. Todavia, não foi ignorada a possibilidade de elaboração de um quadro-modelo de medidas defensivas a serem aplicadas unilateralmente pelas jurisdições prejudicadas para o combate dos efeitos deletérios das práticas condenadas (OCDE, 2002).

Posteriormente à publicação dos relatórios de 1998, 2001 e 2002, a atuação do CFA se deu por meio da criação de “Fóruns Globais”, como o Fórum Global sobre Tributação e, ao final da década, o Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações para Propósitos Tributários. O objetivo de tais equipes de trabalho foi, em especial, enfrentar o tema da troca de informações fiscais com o fim de ampliar a cooperação tributária internacional. Desse modo, tais órgãos buscaram congregiar representantes das jurisdições interessadas (pertencentes ou não à OCDE) para

apontar possíveis obstáculos jurídicos ao acesso e à disponibilidade de informações bancárias, contábeis e de propriedade pelas administrações locais, bem como o seu intercâmbio entre administrações tributárias distintas. Ademais, os novos relatórios elaborados trataram da adequação dos sistemas tributários ao novo “padrão internacional de tributação” (OCDE, 2006).

Também no decorrer da década de 2000, viu-se um avanço da agenda tributária da OCDE em direção a outras entidades internacionais. Isso se deu graças à adequação de modelos de acordos tributários bilaterais por outras instituições, como o CIAT (OCDE, 2002), seja por meio da inclusão de dispositivos convencionais ampliadores do acesso e disponibilização de informações fiscais; seja pela crescente celebração de acordos bilaterais e de protocolos concernentes à troca de informações; seja pela reestruturação do Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações, que passou a incluir uma centena de jurisdições, incluindo Brasil, Índia e Indonésia (OCDE, 2010a). Pode-se considerar tal fato como uma repercussão da constante presença da representação da OCDE nos painéis do Grupo dos 20 (G20), em concordância com o objetivo de garantir a efetividade das medidas de combate às práticas tributárias nocivas. Ao fim dos trabalhos executados, produziu-se um Protocolo adicional à Convenção sobre Assistência Administrativa Mútua em Assuntos Fiscais, disponibilizado para assinatura de membros e não-membros da organização em 2010 e, em março de 2023, já assinada por 147 jurisdições (OCDE, 2023b); bem como um manual publicado em duas versões (OCDE, 2010b, 2011) que sintetizou os resultados das discussões levadas a cabo a fim de permitir a aplicação dos novos padrões de transparência.

3.3 Primeira fase do Projeto BEPS (2013-2015)

Em fevereiro de 2013, atendendo a um pronunciamento conjunto dos Ministros das Finanças do G20, o Secretariado-Geral da OCDE publicou um relatório que tratava das estratégias empregadas por MNEs de desvincular a tributação da criação de valor nas suas atividades de modo a obter uma redução artificial de sua carga tributária. O fenômeno foi chamado de erosão de bases tributária e deslocamento artificial de lucros (*base erosion and profit shifting* – BEPS) (OCDE, 2013a). A partir de então, o grupo de ministros solicitou a elaboração de um plano de ação para o tratamento das questões levantadas (OCDE, 2013b).

Em julho de 2013, o plano de ação foi publicado com a proposta de enfrentamento dessas formas de elisão fiscal. Contava com 15 Ações voltadas para a alteração de marcos tributários e a serem levadas a cabo por grupos de trabalho específicos. O plano previa a criação do Projeto BEPS mediante o convite de países não-membros da OCDE na qualidade de associados, que ganhariam espaço em órgãos subsidiários do CFA; bem como permitiria a participação de organizações internacionais como a ONU na condição de observadoras (OCDE, 2013a). O plano foi formalmente apresentado aos líderes do G20 em setembro de 2013 (OCDE, 2013c), tendo sido aprovado na ocasião (G20, 2013), o que deu origem ao Quadro Inclusivo da OCDE e do G20 sobre o BEPS (“OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS” – IF).

O conjunto de ações buscou abordar possíveis estratégias de elisão fiscal baseadas tanto nos acordos bilaterais tributários quanto nas legislações domésticas, dentre as quais destacam-se: o enfrentamento das principais dificuldades originadas da digitalização da economia tanto para tributos diretos (sobre a renda e o capital) quanto para tributos indiretos (sobre bens e serviços) (Ação 1); a criação de novas normas, complementares ao arcabouço jurídico já empregado internacionalmente, para a tributação arranjos híbridos incompatíveis (Ação 2); a reconsideração de regras já existentes sobre preços de transferência, sobre CFCs e sobre o PE (Ações 3, 4 e 7); a prevenção ao uso abusivo de tratados, isto é, à concessão inadequada de benefícios fiscais decorrentes de acordos bilaterais de bitributação (Ação 6); o alinhamento entre a criação de valor e os preços de transferência com respeito a bens intangíveis, a capitais, a riscos em geral e a transações de alto risco (Ações 8, 9 e 10); a discussão metodológica sobre a coleta e a análise de dados financeiros concernentes ao BEPS (Ação 11); a reafirmação da transparência entre autoridades tributárias para a efetivação do combate às práticas tributárias nocivas, a elaboração de regras domésticas voltadas para a apresentação compulsória de planejamentos tributários agressivos por parte dos contribuintes e o reexame das documentações exigíveis pelas autoridades tributárias nacionais (Ações 5, 12 e 13); a superação de obstáculos nacionais ao uso do procedimento amigável (*mutual agreement procedure* – MAP) como mecanismo de solução de disputa (Ação 14); e o desenvolvimento de um instrumento multilateral que consolide todas as alterações propostas pelo projeto BEPS a fim de atualizar imediatamente os acordos bilaterais

já existentes (Ação 15) (OCDE, 2013c; THORSTENSEN; NOGUEIRA, T., 2020, pp. 259–262).

A institucionalização do projeto no âmbito da OCDE se deu, de um lado, pela adesão das jurisdições interessadas à OCDE como países associados, com “os mesmos direitos e obrigações dos países da OCDE em todos os assuntos relacionados ao BEPS” (OCDE, [s.d.]), e, de outro, pela criação de diversos pequenos órgãos, os quais teriam o apoio do corpo de *experts* da organização. Foi criado o Grupo de Coordenação do IF (*Steering Group of the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS*) como órgão subsidiário do CFA responsável pela direção das ações (OCDE, 2016). O Grupo de Coordenação se compunha de 24 representantes de autoridades tributárias nacionais, sendo 12 pertencentes a países da OCDE e 12 pertencentes a países associados, o que teria como propósito a manutenção de um equilíbrio entre os interessados.¹⁵

Ainda, alguns órgãos subsidiários foram abertos ao IF para novas análises e discussões (OCDE, 2013d, 2016; THORSTENSEN *et al.*, 2020b):

- a) Fórum de Administração Tributária (*Forum on Tax Administration*);
- b) Fórum de Práticas Fiscais Abusivas (*Forum on Harmful Tax Practices*);
- c) Grupo de Trabalho nº 1 sobre Convenções Tributárias e Assuntos Relacionados (*Working Party no. 1 on Tax Conventions and Related Questions*);
- d) Grupo de Trabalho nº 2 sobre Análise de Políticas Tributárias e Estatísticas Fiscais (*Working Party no. 2 on Tax Policy Analysis and Tax Statistics*);
- e) Grupo de Trabalho nº 6 sobre a Taxação de Empresas Multinacionais (*Working Party no. 6 on Taxation of Multinational Enterprises*);
- f) Grupo de Trabalho nº 9 sobre Tributos sobre o Consumo (*Working Party no. 9 on Consumption Taxes*);
- g) Grupo de Trabalho nº 10 sobre Troca de Informações e *Compliance* Tributário (*Working Party no. 10 on Exchange of Information and Tax Compliance*)

¹⁵ Em janeiro de 2023, o Grupo de Coordenação era liderado por representantes da França e da Jamaica. Os membros da OCDE representados no grupo eram: Alemanha; Canadá; Colômbia; Coreia do Sul; Espanha; Estados Unidos da América; Finlândia; Irlanda; Japão; Reino Unido; e Polônia. Já os associados representados eram: África do Sul; Argentina; China; Nigéria; Brasil; Índia; Indonésia; Jersey; Senegal; Singapura; Zâmbia. A Rússia foi informada como participante do Grupo, mas os convites para as reuniões não estavam sendo enviados (OCDE, [s.d.]).

- h) Grupo de Trabalho nº 11 sobre Planejamento Tributário Agressivo (*Working Party no. 11 on Aggressive Tax Planning*);
- i) Força-Tarefa sobre a Economia Digital (*Task Force on the Digital Economy – TFDE*) – responsável pela execução da Ação 1;
- j) Força-Tarefa sobre Crimes Tributários e Outros Crimes (*Task Force on Tax Crime and Other Crimes*)

Observando-se os resultados da primeira etapa do Projeto BEPS, percebe-se que, das 15 Ações, apenas quatro impunham aos Estados participantes do IF a realização das alterações propostas: Ação 5 (combate a regimes tributários nocivos, buscando a ampliação da troca de informações e da transparência e a consolidação das estruturas administrativas necessárias para tanto), Ação 6 (prevenção ao uso abusivo de tratados e ao *treaty shopping*), Ação 13 (uso de relatórios padronizados país a país, permitindo uma visão global sobre as atividades econômicas das MNEs e sobre a sua alocação de lucros) e Ação 14 (aperfeiçoamento da solução de litígios por MAPs). As proposições oriundas de tais Ações foram apelidadas posteriormente de “*BEPS minimum standards*”, tendo sido objeto de revisões por pares (*peer reviews*) executadas pelos demais participantes do IF com o propósito de controle mútuo – ou, nos termos da OCDE, de vigilância multilateral (*multilateral surveillance*) – sobre a implementação das práticas. Além disso, como mecanismo de atualização imediata de tratados de bitributação de acordo com os *minimum standards*, a Ação 15 disponibilizou aos componentes do IF a Convenção Multilateral para Implementação de Medidas Relacionadas a Acordos Tributários para Prevenir a Erosão de Bases Tributárias e a Realocação Artificial de Lucros (OCDE, 2022a; THORSTENSEN; NOGUEIRA, T., 2020).

Ao seu turno, as demais Ações levaram à elaboração de relatórios finais cujas propostas não eram em si vinculantes, haja vista pretenderem a alteração de diretrizes da própria OCDE sobre, por exemplo, preços de transferência. Particularmente quanto à Ação 1, responsável pela análise das diversas circunstâncias capazes de estimular a elisão fiscal na nova economia digitalizada, produziram-se um relatório parcial em 2014 e outro final em 2015, sendo apresentado um rol extenso de possibilidades suscitadas para enfrentar a BEPS na economia digitalizada (OCDE, 2015, 2022a). Embora as reflexões suscitadas tenham permitido a alteração das diretrizes da OCDE sobre tributos sobre valor agregado/tributos sobre bens e serviços (*value-added taxes/goods and services*

taxes – VAT/GST), não se firmaram de imediato novas medidas direcionadas ao combate à elisão de tributos sobre a renda e o capital, apenas reforçando as recomendações das demais ações. O caráter inconclusivo e a falta de consenso dentro da própria TFDE acerca dos próximos passos motivou, assim, a renovação do mandato do órgão (ALMEIDA; GUIMARÃES JÚNIOR; SOUZA, 2017).

3.4 Segunda fase do Projeto BEPS (2016-hoje)

Desde a finalização do plano de ação inicial do projeto BEPS em 2015, a TFDE manteve as responsabilidades de observar os impactos das medidas já recomendadas pelo primeiro pacote BEPS sobre a economia digital e dar andamento à criação de novos marcos jurídicos para a tributação na economia digitalizada.

Apenas em 2018, foi publicado um relatório parcial acerca do andamento do Projeto BEPS sobre os desafios da economia digitalizada, o qual indicou possíveis novas medidas a serem adotadas pelo IF. Foram apresentadas três tendências entre os países participantes sobre a eventual reforma do sistema tributário internacional (OCDE, 2018):

- a) necessidade de se conformar o sistema aos modelos de negócios altamente digitalizados tomados independentemente dos demais tipos de negócios – todavia, sem considerar que as jurisdições sob as quais se encontram os mercados de bens e serviços tenham ligação suficiente com as empresas sem presença fixa para tributar a sua renda;
- b) necessidade de se romper com os princípios básicos da tributação internacional da renda (como a permanência física) dadas a crescente digitalização dos negócios em geral, a alta mobilidade de alguns tipos de capitais (como a propriedade intelectual) e a irrelevância da presença física das empresas em jurisdições das quais obtenham lucro;
- c) dispensa de qualquer reforma imediata do atual sistema tributário internacional, com atenção prioritária à melhoria da aferição do impacto dos *BEPS minimum standards*.

Somam-se às três tendências outra perspectiva relacionada ao tratamento de dados. A consideração da jurisdição onde se encontram os usuários como fonte criadora de valor também dividiu os países do IF, inclusive dentro de cada uma das

três tendências citadas acima. De todo modo, a maioria dos participantes, favorável à medida, exigia a alteração dos elementos de conexão e das regras de tratamento de lucros (*nexus and profit allocation rules*) já existentes rumo a um padrão mais uniforme (OCDE, 2018).

Em janeiro de 2019, o IF decidiu dar andamento ao projeto por meio da análise “sem preconceito” de propostas concernentes a dois pilares. O primeiro grupo de sugestões se referiam à redistribuição entre jurisdições do poder de tributar negócios cujas atividades independessem de presença física significativa ou empregassem essencialmente bens intangíveis, de modo a favorecer os mercados consumidores e as jurisdições dos usuários (ou seja, os países de fonte das rendas). Assim, os representantes nacionais no IF se comprometeriam a analisar as diversas sugestões de mudança em conceitos fundamentais à tributação internacional, como o PE. Por sua vez, o segundo conjunto de propostas tratava das dificuldades remanescentes ligadas à elisão fiscal internacional mediante planejamento tributário abusivo. Com vistas ao reforço da taxação de lucros por jurisdições com alta carga tributária no caso de tais lucros serem destinados a jurisdições de baixa carga tributária, o IF admitiu a criação de regras que permitissem àqueles Estados a intervenção em caso de inação destes (OCDE, 2019a). Consecutivamente, em maio daquele ano, foi elaborado um plano de trabalho voltado à análise preliminar de cada uma das propostas pertinentes a cada pilar, conjuntamente com os seus obstáculos de implantação (OCDE, 2019c).¹⁶

Nos anos seguintes, foram aprovados pelo IF três pronunciamentos conjuntos (em outubro de 2020, em julho de 2021 e em outubro de 2021) acompanhados de dois relatórios explicativos sobre a Solução de Dois Pilares, apelidada também de “*BEPS 2.0 initiative*” (BRAUNER, 2021). Enquanto o Pilar Um se voltaria para a ampliação dos poderes tributários das jurisdições de mercado sobre as rendas de grandes MNEs e para o estabelecimento de novos parâmetros para os preços de transferência de atividades de *marketing* e distribuição, o Pilar Dois enfrentaria de forma mais contundente a erosão de bases tributárias por meio da criação de um “imposto mínimo global”, isto é, um percentual mínimo de tributação sobre a renda e

¹⁶ Esse plano foi elaborado pelo corpo de analistas da OCDE, com relevantes contribuições de Richard Collier (*Tax Treaty, Transfer Pricing & Financial Transactions Division*) e Achim Pross (*Head of International Co-operation and Tax Administration Division*) (OCDE, 2019d).

o capital independentemente das jurisdições utilizadas pelas MNEs nas suas atividades empresariais (OCDE, 2020a, 2021a).

Após os pronunciamentos do IF em 2020 e 2021, o desenvolvimento de cada um dos Pilares seguiu linhas do tempo distintas.

Quanto ao Pilar Um, ao longo de 2022 e 2023, sucederam-se diversas consultas públicas relacionadas a cada elemento do pacote:

- a) sobre a regra de conexão para a identificação da fonte de receita para a destinação dos valores arrecadados (OCDE, 2022d);
- b) sobre o escopo das MNEs contribuintes, bem como setores econômicos excluídos (mineração e finanças) (OCDE, 2022g, 2022h, 2022i);
- c) sobre as medidas de segurança jurídica associadas ao Pilar Um, inclusive quanto aos mecanismos de prevenção e de solução de conflitos (OCDE, 2022j, 2022k);
- d) sobre a adequada tributação das atividades de distribuição, como marketing, logística, venda e revenda de bens, identificação de consumidores, processamento de pedidos e oferta de suporte (OCDE, 2022n);
- e) sobre a vedação à instituição de tributos sobre serviços digitais (OCDE, 2022o).

Já em relação ao Pilar Dois, já em dezembro de 2021, obteve-se progresso com a publicação de novo relatório que esmiuçou o modelo normativo do imposto mínimo global para as jurisdições de residência chamado “Regras contra a Erosão de Base Global” (*Global Anti-Base Erosion rules – GloBE*), que impõem às empresas controladoras a taxação complementar de rendas provenientes das entidades controladas situadas em jurisdições de baixa tributação (OCDE, 2021c). Seguiu-se, em março de 2022, a publicação de comentários (OCDE, 2022e) e de exemplos ilustrativos (OCDE, 2022f), os quais esclareceram detalhes como a ordem de aplicação das regras e a composição do valor do tributo. Na ocasião, foi aberta uma consulta pública para o início do trabalho do IF sobre regimes tributários alternativos simplificados (*safe harbours*) a serem empregados pelas jurisdições – do que resultou a publicação de novo relatório, em dezembro de 2022 (OCDE, 2022p).

4 SOLUÇÃO DE DOIS PILARES

No capítulo anterior, foi exposto o desenvolvimento do trabalho realizado no âmbito da OCDE para a reforma do sistema de tributação internacional da renda e do capital. Tal reconstrução permite a abordagem da Solução de Dois Pilares, resultante da segunda fase do Projeto BEPS, conforme as medidas recomendadas e aprovadas pelo Quadro Inclusivo da OCDE e do G20 sobre o BEPS (*OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS*) do Projeto em 2021. Além disso, assim como qualquer outro acordo multilateral, o processo de discussão e aprovação do novo pacote do Projeto BEPS foi marcado por coincidências e discordâncias de posicionamentos a depender das jurisdições interessadas. Nesse sentido, o presente capítulo retrata algumas das posições adotadas pelos agentes participantes desse debate conforme os seus interesses.

A primeira seção deste capítulo apresenta a Solução de Dois Pilares em quatro eixos: a proposta do Pilar Um, a proposta do Pilar Dois, as propostas de mecanismos de prevenção e solução de disputas e a condição de extinção de tributos sobre serviços digitais. As principais referências utilizadas são as publicações aprovadas pelo IF (relatórios e anexos explicativos). Já a segunda seção condensa as respostas nacionais ao arranjo do pacote tal como demonstrado publicamente por autoridades governamentais até março de 2023. As informações desta parte foram obtidas a partir de notícias divulgadas em portais e periódicos especializados em tributação internacional, assim como de documentos oficiais publicados por autoridades nacionais e supranacionais.

4.1 Medidas aprovadas

A partir da declaração favorável a uma Solução de Dois Pilares aprovada pelo IF em outubro de 2021, seguiram-se os trabalhos técnicos da OCDE na elaboração dos modelos jurídicos para a aplicação do projeto, subdividido em (i) Pilar Um, cuja finalidade é a realocação de lucros das MNEs para a tributação de renda pelas jurisdições de mercado; (ii) Pilar Dois, que propõe a instituição de um imposto mínimo global para a limitação da competição fiscal nociva;¹⁷ (iii) alteração dos

¹⁷ Os Pilares Um e Dois espelham, de certo modo, o antagonismo construído por Cassee (2019). Preocupado com a função distributiva da tributação, a qual permitiria a satisfação de bens e direitos

mecanismos de prevenção e solução de disputas, com vistas à maior efetividade das medidas aprovadas; (iv) eliminação dos tributos sobre serviços digitais (digital services taxes – DSTs), para a manutenção de um regime tributário internacional unificado e seguro para as MNEs. Uma visão geral sobre os quatro eixos é apresentada a seguir.¹⁸

4.1.1 Pilar Um

O Pilar Um se refere ao reconhecimento de soberania tributária das jurisdições de mercado sobre os lucros de MNEs que exploram atividades digitais. Embora tais empresas obtenham lucros nos mercados dessas jurisdições mediante, principalmente, o oferecimento de serviços, fazem-no sem qualquer presença física, permanecendo alheias às regras tradicionais de residência ou de estabelecimento permanente (PE). Por ampliar o poder dos Estados de fonte, esse Pilar depende da celebração de novos tratados ou, conforme a proposta da OCDE, de uma convenção multilateral, cujo instrumento deve ser finalizado ainda em 2023 (OCDE, 2022l, pp. 4–5). A expansão das bases tributáveis pelas jurisdições de mercado avança, em um primeiro sentido, pelo Montante A (*Amount A*), concernente à atribuição de lucros às jurisdições de mercado, independentemente de presença física das MNEs nas economias das quais participam, servindo tais lucros de base tributável para a renda. Já a segunda parte do Pilar corresponde ao Montante B (*Amount B*), voltado à elaboração de *standards* padronizados para os preços de transferência em operações de *marketing* e distribuição. Cada montante será melhor detalhado a seguir nos subcapítulos 4.1.1.1 e 4.1.1.2.

por todos os indivíduos, o autor considera a existência da posição internacionalista (segundo a qual a distribuição das riquezas advindas da tributação se faz domesticamente, naturalizando-se eventuais disputas por investimento estrangeiro direto entre Estados) e da posição cosmopolita (segundo a qual a distribuição das riquezas se realiza tanto doméstica quanto internacionalmente, a fim de ampliar a satisfação das necessidades individuais independentemente da situação dos sujeitos). O Pilar Dois, limitador da competição fiscal internacional, aproxima-se da solução internacionalista ao tornar mais justa a competição; por outro lado, o Pilar Um se relaciona ao cosmopolitismo, já que redireciona lucros para as jurisdições de fonte. Entretanto, o autor, na defesa da visão cosmopolita, consideraria ideal a criação de uma entidade internacional responsável pela tributação das rendas de multinacionais e pela sua distribuição equitativa.

¹⁸ Optou-se pela apresentação de uma visão geral sem o detalhamento de exceções e regimes alternativos, tais como MNEs cujas entidades subsidiárias sejam apenas parcialmente possuídas pela UPE, MNEs cujas entidades foram alienadas ou adquiridas no decorrer do ano-base, etc. Tais informações estão disponíveis com maior profundidade nos documentos citados nesta seção.

4.1.1.1 Montante A (Amount A)

A criação do Montante A se enquadra no projeto do Pilar Um como um regime de tributação especificamente voltado para os lucros gerados na participação das MNEs nos mercados dos países signatários independentemente de presença física por entidade própria ou por PE. Tendo sido objeto de trabalho da TFDE desde outubro de 2021, cada aspecto do projeto foi abordado por meio de documentos de consulta pública divulgados desde então, bem como por meio de um relatório parcial, datado de julho de 2022, que traçou um esboço do projeto a ser apreciado pelo IF (OCDE, 2020b, p. 11, 2022o, p. 2).

O escopo pessoal do Montante A, conforme o art. 1(2) do relatório parcial, abrange os grupos econômicos multinacionais (i) com receitas globais superiores a EUR 20 bilhões por ano e (ii) margem de lucro pré-tributação de 10% (dez por cento) sobre a receita. São feitas ressalvas quanto a empresas atuantes nos ramos de mineração e de serviços financeiros, as quais só serão abarcadas de modo segmentado, ou seja, se apresentarem receitas não oriundas de tais atividades capazes de satisfazer ambas as condições já citadas, conforme preveem o Apêndice B, Seção 2, pars. 2 e 3, e o Apêndice C, Seção 2, pars. 2 e 3 (OCDE, 2022i, pp. 10–11, 32 e 46).

O pacote do Montante A também apresenta um rol de atividades econômicas transfronteiriças e as respectivas atribuições de origem de receitas, que devem ser observadas pelas empresas contidas no escopo pessoal do pacote, conforme os parágrafos do art. 4:

Quadro 3 – Regras de alocação de receitas do Montante A

Parágrafo	Atividade	Origem da receita
Art. 4(5)	Venda de produtos acabados para o consumidor final	Local de entrega do produto
Art. 4(6)	Conteúdos digitais não componentes de produtos ou serviços	Local de uso do serviço
Art. 4(7)	Venda de componentes	Local de entrega do produto ao qual o componente foi incorporado
Art. 4(8)(a)	Serviços com localização específica	Local da execução do serviço
Art. 4(8)(b)(i)	Serviços de publicidade online	Local do consumidor da publicidade
Art. 4(8)(b)(ii)	Serviços de publicidade não previstos no art. 4(8)(b)(i)	Local de exposição ou recepção da publicidade
Art. 4(8)(c)(i)	Serviços de intermediação online facilitadores da venda ou compra de bens tangíveis, conteúdos digitais ou serviços sem localização específica	Metade oriunda do local do comprador, metade oriunda do local do vendedor
Art. 4(8)(c)(ii)	Serviços de intermediação online facilitadores da venda ou compra de serviços sem localização específica	Metade oriunda do local do comprador, metade oriunda do local da execução do serviço
Art. 4(8)(d)(i)	Serviços de transporte de passageiros	Local de destino do passageiro
Art. 4(8)(d)(ii)	Serviços de transporte de carga	Metade oriunda do local de origem da carga, metade oriunda do local de destino da carga
Art. 4(8)(e)(i)	Programas de recompensas ao cliente	Oriunda, proporcionalmente ao percentual de membros ativos do programa, da localização do cliente
Art. 4(8)(f)(i)	Outros serviços não previstos nos arts. 4(8)(a) a 4(8)(e)	Local de uso do serviço
Art. 4(9)(a)(i)	Licenciamento, venda ou outra forma de alienação de bens intangíveis relacionados a produtos acabados ou componentes	Local de entrega do bem
Art. 4(9)(a)(ii)	Licenciamento, venda ou outra forma de alienação de bens intangíveis fornecedores de	Local de uso do serviço ou do conteúdo digital

	suporte para serviço ou conteúdo digital	
Art. 4(9)(a)(iii)	Licenciamento, venda ou outra forma de alienação de bens intangíveis não prevista nos art. 4(9)(a)(i) e art. 4(9)(a)(ii)	Local de uso da propriedade intangível
Art. 4(9)(b)	Dados de usuário	Localização do usuário
Art. 4(10)	Venda, locação ou outra forma de alienação de bens imóveis	Localização da propriedade real
Art. 4(11)	Subvenções públicas	Local do governo subventor
Art. 4(12)	Receitas não associadas a clientes	Oriunda, proporcionalmente às outras receitas previstas nos pars. 5 a 11, dos respectivos locais.

Fonte: elaborado pelo autor a partir de: OCDE, 2022k, pp. 13–14.

De todo modo, a alocação das receitas conforme tais regras não ocasiona, de imediato, a sujeição tributária. O art. 3 do relatório parcial prevê um teste de conexão (nexus test) entre a MNE e o Estado em cujo mercado a MNE realizou as receitas baseado no valor total destas. Nas jurisdições cujo Produto Interno Bruto (PIB) seja menor que EUR 40 bilhões, as receitas ali auferidas pela MNE só serão tributadas se totalizarem, no mínimo, EUR 250 mil (art. 3(2)); já se o PIB for igual ou maior que EUR 40 bilhões, o patamar será de EUR 1 milhão (OCDE, 2022l, p. 13).

Realizada a alocação de receitas, pode-se prosseguir à alocação dos lucros para cada jurisdição que satisfizer o teste de conexão. Os lucros realocados são os chamados “lucros residuais”, ou seja, aqueles excedentes a uma rentabilidade de 10% (dez por cento). De tal dado extraído das informações contábeis da MNE, verifica-se o lucro a ser alocado por jurisdição e, portanto, a compor a base por ela tributável (art. 6(2)) (OCDE, 2022l, pp. 16–17):

$$Q = (P - R \times 10\%) \times 25\% \times \frac{L}{R}$$

Sendo que:

- Q é o montante de lucro da MNE alocado na respectiva jurisdição;
- P é o lucro pré-tributação no período avaliado;
- R é a receita total da MNE no período;

- d) 10% (dez por cento) equivale ao patamar de lucratividade esperada;
- e) 25% (vinte e cinco por cento) equivale ao percentual de realocação previsto em declaração conjunta do IF (OCDE, 2021a, p. 2);
- f) *L* é a receita da MNE oriunda daquela jurisdição, conforme as normas de alocação do art. 4, condicionada ao teste de conexão do art. 3.

Verificado o lucro atribuível a determinada jurisdição, o relatório admite, de modo condicionado,¹⁹ a possibilidade de dedução baseada em marketing e distribuição (*Marketing and Distribution Profits Safe Harbour*) (art. 6(3) a 6(6)) (OCDE, 2022I, p. 17). Apenas após a consideração dos lucros atribuíveis e das deduções admitidas, obtém-se a base tributável pela respectiva jurisdição.

O relatório parcial apresenta, ainda, um sistema de eliminação da bitributação mais complexo do que os tradicionalmente usados nos acordos bilaterais de bitributação. Enquanto que, nestes, geralmente se escolhe ou o Estado da fonte da renda, ou o Estado da residência do contribuinte como o responsável pela isenção ou pelo crédito, o novo projeto emprega o conceito de taxa de retorno jurisdicional sobre depreciação e folha de pagamento (*jurisdictional return on depreciation and payroll*) para atribuir a responsabilidade de eliminar a bitributação a certa(s) jurisdição(ões) (arts. 9(3) a 9(5)) (OCDE, 2022I, pp. 18–19).

Em suma, a taxa de retorno jurisdicional sobre depreciação e folha de pagamento permite identificar a lucratividade da(s) entidade(s) da MNE situadas em uma única jurisdição a partir da comparação entre o lucro da entidade²⁰, os gastos com a depreciação de bens imóveis, equipamentos, recursos naturais e licenças governamentais para a exploração de tais bens,²¹ bem como pagamentos feitos a terceiros para o uso de bens imóveis e equipamentos e os gastos com as despesas salariais, previdenciárias, planos de saúde, etc., relativas a empregados, contratados e terceirizados (Apêndice J, pars. 1, 2, 3, 6, 7 e 9). Após o cálculo de tal taxa para cada jurisdição, classificam-se as jurisdições de modo decrescente e distribui-se a

¹⁹ A condição a ser satisfeita para o aproveitamento da dedução não está totalmente definida, podendo ser, por exemplo, a existência de um lucro total mínimo resultante de (art. 6(4)) (OCDE, 2022I, p. 17, nota 2).

²⁰ O lucro da entidade ora referido é o chamado “lucro de eliminação” (*elimination profit*), cuja forma de cálculo difere do método de apuração do lucro alocado às jurisdições de mercado (Apêndice I, Seção 1, par. 1) (OCDE, 2022I, p. 85).

²¹ Excluem-se das despesas de depreciação ora consideradas aquelas referentes à propriedade mantida para venda, cessão onerosa ou investimento (Apêndice J, par. 5) (OCDE, 2022I, p. 93).

responsabilidade de aplicação de métodos para a eliminação de bitributação²² (arts. 9(6) a 9(15)) (OCDE, 2022l, pp. 19–21 e 93–94).

A implementação do Montante A se daria pela celebração de uma convenção multilateral segundo a qual as partes se obrigariam a implementar o projeto. Todavia, as disposições concernentes ao modo e ao prazo de implementação a constarem naquele instrumento multilateral, em março de 2023, ainda não foram divulgadas. Por sua vez, a implementação do projeto se daria pela adoção das provisões apresentadas neste subcapítulo na legislação doméstica do signatário (OCDE, 2022l, pp. 4–5 e 8).

4.1.1.2 Montante B (Amount B)

O Montante B se concentra na análise das funções desempenhadas, dos ativos possuídos e dos riscos assumidos pelas entidades de uma mesma MNE ou por pessoas a ela associadas, desde que responsáveis por atividades de distribuição atacadista e de marketing nas jurisdições de mercado, de modo que tais operações não sejam meros mecanismos de erosão de bases tributárias que redirecionem lucros a jurisdições com tributação mais baixa. Nesse sentido, busca-se tanto um aprimoramento do cálculo dos preços de transferência de tais transações controladas, uma vez compreendida a divisão de tarefas entre as partes quanto uma simplificação do planejamento tributário das MNEs e da fiscalização tributária das autoridades nessas circunstâncias. Assim como o Montante A, o Montante B, em março de 2023, não está conclusivo; todavia, a OCDE divulgou um documento de consulta pública em dezembro de 2022 indicando os possíveis rumos do trabalho de atualização das Diretrizes de Preços de Transferência da entidade (OCDE, 2022n, pp. 6–8), as quais não possuem caráter vinculante.

No momento, incluem-se no escopo do Montante B os contratos de compra e venda entre entidades, desempenhando a compradora o papel de distribuidora atacadista dos produtos, e os contratos de agenciamento e comissão nos quais os agentes e comissionários contribuam para a venda de produtos em atacado. Os critérios atualmente discutidos no âmbito do IF a serem observados nos negócios dos distribuidores, para que se identifiquem transações com valores

²² Embora a Convenção-Modelo da OCDE sempre tenha recomendado os métodos de isenção e de crédito, pretende-se discutir outras alternativas (art. 10(2) e nota 5) (OCDE, 2022l, p. 21).

inadequados àqueles praticados por partes independentes (princípio *arm's length*), abrangem, do ponto de vista do distribuidor: uma relevante porcentagem de receitas obtidas por eles na revenda de produtos provenientes do exterior; a não realização de outras atividades (de produção, de desenvolvimento ou de finanças); a não assunção de riscos sobre a distribuição; a não realização de atividades relacionadas à obtenção dos direitos de distribuição; o não oferecimento de serviços técnicos ou especializados para clientes; a não realização de vendas ou de marketing relevante para as vendas por meio da criação de intangíveis, entre outras formas de participação limitada do distribuidor na cadeia de valor. Na verdade, a razão de ser do distribuidor de produtos em atacado não comporta, por exemplo, a propriedade sobre bens intangíveis valiosos da MNE, a assunção de riscos decorrentes de estratégias de mercado estabelecidas em outras entidades da MNE, etc. (OCDE, 2022n, pp. 8–17).

No que tange o progresso realizado acerca da forma de cálculo dos preços de transferência concernentes à distribuição, o trabalho deve se basear em informações financeiras de entidades comparáveis aos distribuidores em teste obtidas em bases de dados comerciais a fim de prover resultados capazes de levar em consideração as suas características econômicas. Nesse sentido, a avaliação preliminar de variáveis como região geográfica, ramo industrial, concentração de ativos por receita e concentração de despesas operacionais indicou que tais critérios deverão ser observados na verificação da rentabilidade dos negócios dos distribuidores e, portanto, podem ser incorporados à metodologia de cálculo dos preços de transferência proposta pela organização (OCDE, 2022n, pp. 29–32).

4.1.2 Pilar Dois

O Pilar Dois da Solução é o estabelecimento de um “imposto mínimo global” sobre a tributação da renda e do capital para as MNEs, ou seja, a submissão de determinadas MNEs a uma tributação mínima da renda e do capital independentemente do(s) país(es) em que elas mantenham entidades e, por consequência, do regime tributário aplicado a cada entidade. Por meio de dois novos modelos tributários, abaixo explanados, o Pilar Dois pretende estabelecer como tal parâmetro mínimo a carga tributária efetiva de 15% (quinze por cento) às MNEs abarcadas pelo escopo pessoal do Pilar. Desse modo, a progressiva redução de

carga tributária imposta pelas jurisdições interessadas em investimento estrangeiro direto.

Os dois novos modelos normativos que compõem o Pilar Dois são (OCDE, 2021a, p. 3): (i) as Regras contra a Erosão de Base Global (*Global Anti-Base Erosion (GloBE) Rules*), de implementação prioritariamente doméstica, subdivididas em: (i.i) Regra de Inclusão de Renda (*Income Inclusion Rule – IIR*), voltada para os Estados de residência das empresas-mãe, que determina a taxaço complementar da renda de uma entidade da MNE tributada a menor em uma outra jurisdição; e (i.ii) Regra para Pagamentos Subtaxados (*Undertaxed Payment Rule – UTPR*), para a rejeição de deduções e a taxaço complementar da renda de entidades não submetidas à IIR; e (ii) a Regra de Sujeição à Tributação (*Subject to Tax Rule – STTR*), voltada para os Estados de residência das subsidiárias, a ser implementada mediante tratado, que lhes permite taxar a renda decorrente de pagamentos entre entidades do grupo econômico e sujeita a baixa tributação em outra jurisdição.

Ainda em outubro de 2021, os membros do IF se comprometeram (i) a apoiar a aprovação dos dois modelos normativos (regras GloBE e STTR) como uma solução conjunta e unificada, simbolizando a cooperação entre países desenvolvidos e em desenvolvimento; (ii) a aceitar a adoção das regras GloBE pelos demais membros, sem a obrigação de adotá-las em suas próprias jurisdições; e (iii) a seguir as diretrizes aprovadas pelo IF em caso de adoção das regras GloBE (OCDE, 2021a, p. 3). Posteriormente, entre dezembro de 2021 e março de 2022, o IF aprovou tanto o texto-base das regras GloBE quanto documentos complementares que orientam a sua interpretação e aplicação; já a previsão de elaboração do instrumento multilateral para a adoção da STTR está previsto para meados de 2023 (OCDE, 2023a).

4.1.2.1 Regras contra a Erosão de Base Global (Global Anti-Base Erosion (GloBE) Rules)

O escopo pessoal do Pilar Dois abarca as MNEs – compostas (i) por duas ou mais entidades situadas em jurisdições diversas ou (ii) uma entidade com estabelecimento(s) permanente(s) em jurisdições diferentes da de sua residência

(art. 1.2, par. 1.2.3) – que atenderem a um requisito de faturamento anual total²³ de, no mínimo, EUR 750 milhões em dois dois quatro anos anteriores ao ano fiscal corrente (art. 1.1, par. 1.1.1). A verificação do cumprimento desse requisito nos quatro anos fiscais anteriores ao ano corrente garante à MNE a previsibilidade de recair ou não no escopo das regras GloBE (OCDE, 2021c, p. 8, 2022e, pp. 14–15).

Feito tal recorte, para fins de cálculo do valor do tributo e de sua cobrança, deve-se identificar a máxima entidade-mãe (*Ultimate Parent Entity* – UPE), isto é, a entidade à qual os lucros são posteriormente reportados, possuidora ou controladora de todas as demais entidades²⁴ do grupo, direta ou indiretamente, sem estar sob o controle de nenhuma outra (art. 1.4, par. 1.4.1, alínea “a”), a qual será responsável pela elaboração das demonstrações financeiras consolidadas do grupo e sua apresentação à autoridade tributária de sua residência (OCDE, 2021c, pp. 8–9, 2022e, pp. 15–17). Ademais, as regras GloBE se aplicarão a todas as entidades do grupo, salvo as organizações internacionais, governamentais ou não lucrativas (ONGs), fundos de pensão, entre outras (art. 1.5). Tampouco serão aplicadas as regras GloBE aos fundos de investimentos e aos fundos imobiliários considerados UPEs, o que também os exime da apresentação das demonstrações contábeis consolidadas nos termos previstos pelo modelo GloBE – encargo repassado à próxima entidade da cadeia de comando – como uma maneira de preservar-lhes a neutralidade tributária (OCDE, 2021c, pp. 9–10, 2022e, p. 20).

Em seguida, os artigos 2.1 a 2.6 discriminam, em suma, as formas de aplicação da IIR e da UTPR às entidades componentes das MNEs. A IIR é orientada por uma abordagem de “cima para baixo” na cadeia de comando da empresa: após a aferição da carga tributária efetiva sobre cada entidade, se a jurisdição da UPE constatar a existência de entidades-filhas submetidas a uma tributação demasiado pequena, aquela poderá impor a esta o tributo complementar (top-up tax); por sua vez, se essa jurisdição não tiver adotado as regras GloBE ou se a UPE for uma das entidades excluídas (conforme rol do art. 1.5), a próxima entidade na cadeia de comando poderá ser tributada (OCDE, 2022e, pp. 24–25). Já a UTPR, subsidiária e condicionada à inexistência de submissão da MNE à IIR, favorece as jurisdições que

²³ O cálculo do faturamento anual total da MNE é determinado pela consolidação das receitas de cada entidade do grupo econômico, isto é, o somatório das receitas de cada entidade subtraídas as receitas decorrentes de operações intragrupo (OCDE, 2022e, p. 15).

²⁴ Para fins de aplicação das regras GloBE, são consideradas entidades tanto as unidades do grupo dotadas de personalidade jurídica própria quanto os estabelecimentos permanentes (PEs) (art. 1.3, pars. 1.3.1 e 1.3.2) (OCDE, 2021c, p. 9).

contenham alguma entidade do grupo: uma vez verificada carga tributária efetiva ínfima naquela unidade, as autoridades tributárias locais poderão excluir deduções do valor do tributo – tais como depreciações, amortizações, despesas fictícias ou perdas não econômicas – até que o débito atinja tal patamar mínimo (OCDE, 2022e, pp. 31–32 e 37).

Já o cálculo do tributo complementar a ser alocado pela MNE em cada jurisdição, definido nos artigos 5.1 a 5.5 das regras GloBE, é determinado da seguinte maneira (OCDE, 2021c, pp. 29–33):

$$Tc = (Pc \times Le) + Tca - Tcd$$

Sendo que:

- a) *Pc* é o percentual complementar, equivalente à diferença entre o percentual mínimo de tributação estabelecido no acordo (15%) e a carga tributária efetiva²⁵ da MNE naquela jurisdição (por exemplo, 15% - 14,6739% = 0,3261%);
- b) *Le* é o lucro em excesso, ou seja, (i) a diferença entre os lucros e os prejuízos da(s) entidade(s) da MNE residentes naquela jurisdição, (ii) subtraindo-se (ii.i) 5% (cinco por cento) da soma dos gastos com folha de pagamento e (ii.ii) 5% (cinco por cento) do valor dos bens tangíveis;²⁶
- c) *Tca* é o tributo complementar adicional corrente, originado de eventuais ajustes nos tributos complementares devidos em anos anteriores ;
- d) *Tcd* é o tributo complementar doméstico, isto é, um tributo complementar já instituído por aquela jurisdição o qual opere de modo similar às regras GloBE.

Por outro lado, o art 5.5, pars. 5.5.1 a 5.5.3, das regras GloBE prevê a inexistência de tributo a ser alocado em determinada jurisdição se (i) a média das receitas da(s) entidade(s) da MNE naquela jurisdição, tomados os dois últimos anos fiscais, for inferior a EUR 10 milhões; ou (ii) se a média do resultado do exercício

²⁵ O cálculo da carga tributária efetiva deve ser feito com base em cada jurisdição, observada uma definição comum de tributos abrangidos, quais sejam, tributos relacionados à renda ou aos lucros da entidade ou às frações de renda ou de lucros a ela devidas por outra entidade; tributos relacionados à distribuição de lucros; tributos alternativos ao tributo sobre a renda corporativa; e tributos sobre lucros acumulados e capital corporativo (art. 4.2, par. 4.2.1) (OCDE, 2021c, p. 23).

²⁶ Os valores computados a partir dos gastos com folha de pagamento e do valor dos bens tangíveis é conceituada como Exclusão de Renda Baseada em Atividade Substancial (Substance-based Income Exclusion). Cada componente da Exclusão passa por um teste de elegibilidade para o seu cômputo, como a atividade desempenhada pelo empregado contratado e o local do bem tangível (OCDE, 2021c, p. 30, 2022e, pp. 121–122).

da(s) entidade(s) da MNE, tomados os dois últimos anos fiscais, naquela jurisdição for inferior a EUR 1 mi (OCDE, 2021c, p. 32).

Como já referido, o tributo complementar deve ser pago de acordo com a IIR (pela UPE ou pela próxima entidade na cadeia de comando) ou, subsidiariamente, com a UTPR (pela entidade hierarquicamente inferior na cadeia de comando).

Ademais, a MNE dentro do escopo e atuante em jurisdição que implementar as regras GloBE deverá fornecer a declaração correspondente à autoridade tributária local; todavia, se a UPE da MNE já tiver apresentado sua declaração à autoridade tributária competente, as demais entidades da MNE situadas em países que mantenham acordo internacional de troca de informações estão isentas do dever declaratório (art. 8.1, pars. 8.1.1 e 8.1.2) (OCDE, 2021c, p. 46, 2022e, p. 179).

Quanto à implementação das regras GloBE, é possível a sua implementação exclusivamente por mudanças nas legislações domésticas, visto que sujeitam à tributação complementar as empresas residentes. Todavia, em vista dos riscos ocasionados pelas iniciativas unilaterais à aplicação uniforme das regras GloBE e aos eventuais conflitos com os acordos bilaterais de bitributação já existentes – além da segurança provida pela assunção de obrigações internacionais vinculantes –, uma coordenação internacional veiculada por meio de uma convenção multilateral seria desejável (OCDE, 2020c, pp. 172–178).

4.1.2.2 Regra de Sujeição à Tributação (Subject to Tax Rule – STTR)

Embora as disposições concernentes à Regra de Sujeição à Tributação (STTR), em março de 2023, ainda não tenham sido elaboradas, o seu direcionamento já foi deliberado pelo IF conforme relatório de outubro de 2020. Enquanto as regras GloBE se destinam ao combate à erosão de base provocada pela MNE a partir das entidades hierarquicamente superiores no grupo econômico, a STTR pretende munir os Estados de fonte das rendas contra a elisão praticada nas entidades hierarquicamente inferiores: tais Estados poderiam impor um tributo complementar sobre pagamentos que apresentem maior risco de elisão fiscal e que estejam submetidos a alíquotas nominais demasiado baixas na(s) jurisdição(ões) da(s) entidade(s) recipiente(s) (OCDE, 2020a, pp. 150–152).²⁷

²⁷ O relatório menciona expressamente que a STTR não pretende alterar as regras da Convenção-Modelo sobre a delimitação da soberania tributária de cada Estado de acordo com o tipo

Considerado o propósito da STTR de coibir a elisão fiscal, o escopo pessoal aprovado pelo IF concentra algumas condições que limitam a sua aplicação. A regra incidiria sobre pagamentos realizados apenas entre “pessoas conectadas”, ou seja, as duas pessoas jurídicas participantes da operação devem ter entre si relação proprietária-possuída (uma é sócia majoritária da outra) ou devem ser ambas propriedade de uma terceira empresa (esta, sócia majoritária de ambas). Tal consideração mitiga a sobretributação de pagamentos feitos entre entidades independentes com interesses econômicos divergentes (OCDE, 2020c, pp. 152–154). Além disso, a STTR também não se aplicaria às entidades excluídas do escopo das regras GloBE, preservando-se seu tratamento fiscal específico (OCDE, 2020c, pp. 159–160).

Quanto ao escopo material da STTR, os pagamentos a ela submetidos seriam aqueles que mais oportunizam a erosão de base tributária, geralmente relacionados à compensação feita pelo recebimento de capitais e riscos móveis. Nesse sentido, o relatório de 2020 já esclarece a sua aplicabilidade a juros e a royalties, podendo-se incluir também tarifas de franquia, prêmios de seguro e resseguro, aluguéis sobre bens móveis, etc. (OCDE, 2020c, pp. 150–151).

Ainda, três outras condições alternativas foram propostas pelo relatório para reduzir os ônus das MNEs submetidas à STTR. As três possibilidades são: (i) tamanho da MNE, tomado a partir da receita global da empresa, tal como o limiar de EUR 750 milhões previsto no escopo pessoal das regras GloBE; (ii) valor dos pagamentos feitos anualmente comparados aos índices econômicos da jurisdição da fonte do pagamento, a saber, o PIB; ou (iii) comparação entre (iii.i) os pagamentos realizados por uma entidade a outra e (iii.ii) as despesas totais do pagador, subtraídos os custos de bens, aplicando-se a STTR em caso de superação de um percentual mínimo. Das três propostas, o relatório defende que a primeira solução seria a de maior previsibilidade e praticabilidade administrativa, possibilitando ainda a exclusão de pequenas e médias empresas, as quais apresentam menor risco de erosão de base, do âmbito pessoal da regra (OCDE, 2020c, pp. 160–162).

Observadas as circunstâncias em que se tornaria válida a imposição do tributo complementar segundo a STTR, a aferição do valor do tributo se pretende mais simples que o método das regras GloBE, baseado na carga tributária efetiva da

de renda, que determinam a competência prioritária do Estado de residência do beneficiário dos pagamentos (OCDE, 2020c, p. 150).

renda. O tributo complementar seria calculado observando-se a alíquota nominal à qual o pagamento se submeteria na jurisdição de residência do beneficiário, computados também regimes especiais de tributação aos quais o pagamento se submeta. Em sequência, seria obtida uma nova alíquota nominal ajustada que permitisse a tributação do pagamento até o patamar de 9% (nove por cento) (OCDE, 2020c, pp. 163–164, 2021a, p. 5). Contudo, o cálculo do tributo segundo a STTR ainda depende da elaboração de normas que considerem os riscos de sobretaxação provocados por divergências entre as bases de cálculo dos tributos domésticos ou diferenças nas deduções admitidas pelas jurisdições interessadas (OCDE, 2020c, pp. 164–166).

A implementação da STTR dependeria da celebração de convenção multilateral capaz de alterar os acordos de bitributação pré-existentes (OCDE, 2020c, pp. 172–178).

4.1.3 Mecanismos de prevenção e solução de disputas

O panorama dos mecanismos de prevenção e solução de disputas, até março de 2023, na Solução de Dois Pilares apresenta certo grau de inovação no que tange o Montante A do Pilar Um, apesar da incerteza relacionada ao Montante B e ao Pilar Dois.

Quanto ao Montante A, a OCDE indica a formação de um novo Modelo de Certeza Tributária (*Tax Certainty Framework*) correspondente aos desafios trazidos pela proposta e substitutivo das auditorias domésticas e dos MAPs. O modelo é composto por três mecanismos: (i) *Scope Certainty Review Process*, voltado para a identificação de uma MNE como dentro ou fora do escopo do Montante A, de modo a prevenir a ação isolada e unilateral das jurisdições participantes do projeto; (ii) *Advance Certainty Review Process*, realizado com o fim de avaliar a adequada aplicação da metodologia de alocação de receitas (ou a sua exclusão, conforme as exceções previstas) pela MNE; e (iii) *Comprehensive Certainty Review Process*, empregado para a verificação da correta alocação de lucros e a identificação das jurisdições responsáveis pela eliminação da bitributação. Os três formatos envolvem a formação de painéis de revisão (*review panels*) formados por representantes da administração tributária principal – a quem a MNE submeteria a documentação (*Lead Tax Administration*), sendo responsável pela análise inicial das demonstrações

contábeis – acompanhada de outras administrações tributárias interessadas nas quais a MNE tenha obtido receitas, sendo estas assessoradas por uma equipe técnica especializada. Em caso de discordância de algum membro do painel com a administração principal, inicia-se um painel de determinação (*Determination Panel*) no qual todas as propostas das administrações tributárias são trazidas à mesa, escolhendo-se a correta por maioria (OCDE, 2022j, pp. 5–10).

Quanto ao Montante B, o documento de consulta pública da OCDE divulgado em dezembro de 2022 apontou para as formas tradicionais de prevenção e de solução de disputas. A prevenção se dá por meio de procedimentos amigáveis (MAPs), seja conforme o modelo típico de discussão interpretativa ou integrativa entre Estados, seja segundo o *advance pricing arrangement* (APA) bilateral ou multilateral, cuja finalidade é a determinação, de forma prospectiva para os anos seguintes ao procedimento, dos critérios para a precificação de operações intragrupo (método de cálculo, operações comparáveis, ajustes necessários e possíveis implicações de eventos futuros) (OCDE, 2022b, p. 213, 2022n, p. 46). Para a solução de disputas, o MAP segue sendo o mecanismo previsto em tratados bilaterais que tomem como base o art. 25 da Convenção-Modelo, de modo a vincular as administrações tributárias participantes – porém, não estando excluído o acesso ao Judiciário pelo contribuinte. Contudo, o documento de consulta abriu a discussão sobre a reforma de tal sistema (OCDE, 2022n, pp. 46–47).

Por fim, em relação ao Pilar Dois e a suas propostas de tributos complementares, o principal conflito antevisto se relacionaria às regras GloBE, a saber, às formas de qualificação das regras IIR e UTPR positivadas no âmbito doméstico, assim como à identificação de outros tributos complementares domésticos que influenciariam o valor final a ser pago pelas MNEs. Embora as publicações de caráter doutrinário já feitas pela OCDE (como os Comentários às Regras GloBE) indiquem as características essenciais a essa qualificação, outros métodos preventivos poderiam ser aplicados, tais como (i) a correspondência entre as administrações tributárias e o IF (embora sem uma participação inclusiva da(s) MNE(s) interessada(s)); (ii) articulações para análise de riscos tributários e programas de compliance no âmbito da OCDE (não necessariamente restritos às regras do Pilar Dois, podendo incluir preços de transferência e identificação de PEs); (iii) realização de APAs bilaterais e multilaterais para a prospecção do regime tributário internacional aplicável à(s) MNE(s) requerente(s) (OCDE, 2022q, pp. 3–6).

Já quanto à solução de disputas, as possibilidades já existentes discutidas no documento são (i) disposições constantes na Convenção sobre Assistência Administrativa Mútua em Questões Tributárias que permitiriam a imediata análise da aplicação da UTPR nos demonstrativos da MNE em várias jurisdições (contudo, sem a previsão de um mecanismo de solução de disputas propriamente dito, tampouco com espaço para a manifestação da contribuinte); e (ii) MAPs previstos nos acordos bilaterais de bitributação, os quais poderiam fundamentar a conferência das autoridades competentes sobre a aplicação das regras GloBE (porém, dependente de as jurisdições onde a MNE atua terem celebrado tais acordos e de as autoridades competentes utilizarem seu poder discricionário para iniciar os MAPs). Em ambos os casos, existem limitações à ação das MNEs, à obrigatoriedade de as autoridades competentes levarem a discussão ao âmbito internacional e à possibilidade de se obter um acordo comum – circunstâncias que poderiam ser supridas por novos mecanismos estabelecidos por instrumento multilateral por lei doméstica (OCDE, 2022q, pp. 8–11).

4.1.4 Eliminação dos tributos sobre serviços digitais (*digital services taxes – DSTs*)

Concomitantemente à aceitação das propostas relativas especificamente ao Pilar Um, a maioria dos participantes do IF se comprometeu a não introduzir novos DSTs a partir de outubro de 2021, bem como sinalizou a revogação dos já existentes, reconhecendo-se a sua não imposição como condição para o recebimento de receitas decorrentes do Montante A. Tal promessa, feita pelo IF em 2021, será introduzida como uma disposição em convenção multilateral a ser disponibilizada em 2023 (OCDE, 2021a, p. 3).

Entretanto, somente em dezembro de 2022 um novo documento de consulta pública apresentado pela OCDE esboçou as características fundamentais dos DSTs a serem vedados, quais sejam (OCDE, 2022o, pp. 4–5):

- a) o uso de critérios baseados em mercado de consumidores ou de usuários na aplicação ou quantificação do tributo;
- b) a previsão legal de imposição do tributo apenas a empresas não-residentes, ou possuídas direta ou indiretamente por não-residentes, ou ainda a imposição genérica cumulada com normas isentivas capazes de proteger residentes contribuintes de imposto de renda corporativo;

- c) o tratamento do imposto como não relacionado à renda de empresas ou como não pertinente às matérias abordadas em acordos internacionais de bitributação.

Para a aplicação da sanção correspondente à imposição de tais DSTs, o documento sugeriu a manutenção de uma conferência das partes – entretanto, o seu funcionamento segue indefinido, pendendo de negociação (OCDE, 2022o, p. 6).

4.2 Críticas às medidas aprovadas

Assim como qualquer outro acordo multilateral, o processo de discussão e aprovação do novo pacote do Projeto BEPS foi marcado por coincidências e discordâncias de posicionamentos a depender dos sujeitos interessados – Estados, organizações internacionais, empresas ou a sociedade civil. Este subcapítulo concentra as posições manifestadas pelas diferentes jurisdições participantes do Projeto BEPS, sejam favoráveis à Solução de Dois Pilares na versão de 2021, sejam contrárias.

Observado o decorrer do projeto e, em especial, os posicionamentos manifestados no período de 2020 a 2023, ficou clara a formação de quatro posições principais entre os participantes do IF:

- a) as grandes economias entre os países desenvolvidos (como Reino Unido, França, Alemanha e os EUA do governo Biden, interessados na consecução do projeto como forma de ampliar a arrecadação sobre os lucros das MNEs com sede principal sob suas jurisdições, alinhando-se com as posições apresentadas pelos quadros institucionais da OCDE e da UE);
- b) os centros financeiros que, pela baixa tributação, atraem entidades das MNEs abrangidas pela Solução de Dois Pilares (como Irlanda, Hungria e outros dos anteriormente apelidados “paraísos fiscais”, cujos interesses acompanham os interesses das multinacionais no acirramento da competição tributária internacional);
- c) as economias maiores entre os países em desenvolvimento (como a Arábia Saudita, também interessadas na consecução do projeto e contempladas pela atribuição de competência tributária às jurisdições de mercado);
- d) as economias menores entre os países em desenvolvimento (contrárias ao viés favorável aos interesses dos países das sedes das empresas e

insatisfeitas com as propostas voltadas às jurisdições de mercado, como a Colômbia), sendo que algumas instituíram tributos sobre serviços digitais (como Nigéria e Quênia, receosos da perda de arrecadação e da adoção da arbitragem investidor-Estado como mecanismo de solução de disputas, e que pretendem buscar a formação de um novo consenso na ONU).

Nesse ponto, é necessário um adendo a situações específicas, como a dos centros financeiros não diretamente impactados pela Solução de Dois Pilares – tais como Hong Kong (CHOI, 2021) – ou a dos países em desenvolvimento sem tributos sobre serviços digitais, cujas administrações, em geral, sinalizaram adesão ao novo pacote BEPS (OCDE, 2021b).

4.2.1 Posições atualmente favoráveis à adoção da Solução de Dois Pilares

A posição dos EUA no decorrer do projeto BEPS apresentou variações conformes à administração federal. Enquanto o governo Trump manteve críticas especificamente contra o Pilar Um, por considerá-lo adverso a empresas estadunidenses, o governo Biden se reaproximou da OCDE graças ao objetivo comum das pretendidas reformas internacional e doméstica, bem como com a necessidade de aumento de receitas para expansão dos gastos públicos. Nesse sentido, a representação dos EUA no IF retirou sua exigência de um regime de remissão condicionada (safe harbour) para o Pilar Um e propôs a elevação da alíquota mínima do Pilar Dois (imposto mínimo global) para 21%, verificável em cada jurisdição, de modo a coincidir com o novo percentual proposto para o regime GILTI (regime de tributação universal sobre a renda decorrente de intangíveis que toma como base tributária a renda global da empresa e cuja alíquota, em 2021, se encontrava em menos de 15%) (GEIGER, 2021; WHITE, 2021). Contudo, a pressão exercida pelo Partido Republicano e a falta de consenso dentro do próprio Partido Democrata sobre o aumento da carga tributária permitiu a renegociação do pacote doméstico, estabelecendo-se a taxa de 15% (PINNER, 2022). Ainda, ao se decidir pelo mesmo consenso no plano internacional, os governos dos EUA, Áustria, França, Itália, Espanha e Reino Unido emitiram comunicado conjunto favorável à extinção dos tributos sobre serviços digitais já instituídos, tomando-se os valores pagos pelas MNEs como crédito a ser deduzido do imposto sobre o Amount A (EUA, 2021).

Por outro lado, países com baixa tributação como a Irlanda, em 2021, apresentaram resistência à adoção da alíquota de 21%, considerada atentatória à competição fiscal internacional. No caso irlandês, as prospecções do Ministério das Finanças local indicavam perda de 20% na receita tributária, dada a importância das multinacionais sediadas sob sua jurisdição – como a Apple, cuja carga tributária efetiva se encontrava em aproximadamente 1% (CLAUSING, 2022; JOLLY, 2021). Todavia, o país foi atraído pela possibilidade de aplicar a carga tributária efetiva de 15%, bem abaixo do pleiteado pelos representantes das grandes economias daqueles, e manter a sua competitividade fiscal. Desse modo, o governo irlandês aderiu à Solução de Dois Pilares e deu procedeu à instituição de um tributo complementar doméstico que atinja o percentual (IRLANDA, 2022; VED; SONI, 2022).

Outros países se opuseram ao pacote, como Polônia e Hungria, como crítica à adoção apressada das regras GloBE antes da elaboração final das regras do Pilar Um e como resposta à suspensão da transferência de recursos da UE pelas suas medidas domésticas contrárias ao Estado de Direito, o que repercutiu negativamente no Parlamento Europeu, que se referiu ao posicionamento como “barganha política” (LIM, 2022). Entretanto, tais países deixaram de resistir ao projeto após as ameaças de Alemanha e França de aplicar o imposto mínimo global como medida unilateral e, subsequentemente, após negociações que permitiram o retorno dos pagamentos aos países cujos governos foram tidos como iliberais (REEVES, 2022; SCHRANZ, 2022; WHITE *et al.*, 2022).

Desse modo, publicados o modelo de regras GloBE (componente do Pilar Dois que instituiria o imposto mínimo global para os países de residência) em dezembro de 2021 e documentos adicionais orientadores para a sua interpretação e aplicação, o Conselho Europeu aprovou diretiva em dezembro de 2022 que determinou aos Parlamentos nacionais a adoção do pacote até o fim de 2023 (PAUSCH-HOMBLÉ, 2022; UNIÃO EUROPEIA, 2022a, 2022b). A aprovação da diretiva veio, todavia, em um contexto de incerteza quanto à adoção da Solução de Dois Pilares por outras nações, como os EUA, não estando excluída a possibilidade de a Comissão Europeia elaborar um modelo de tributo sobre serviços digitais se o acordo internacional não avançar (WHITE; TAHO; REEVES, 2022).

O conflito entre jurisdições de alta e de baixa tributação na União Europeia não é completamente novo. Após décadas de unificação do mercado europeu, a

tributação da renda e do capital se manteve independente em cada país-membro, estimulando a competição fiscal e a progressiva redução das cargas tributárias (*race to the bottom*). Mesmo a Comissão Europeia e o Parlamento Europeu, desde 2016, já propunham a unificação de base tributária para tributos sobre a renda corporativa, além de uma alíquota mínima de 25% (vinte e cinco por cento) interna ao bloco. Todavia, as tentativas anteriores à atual fase do Projeto BEPS não tiveram sucesso graças à regra de unanimidade da União (CASSEE, 2019, p. 14).

Igualmente, o atual governo brasileiro se demonstrou favorável à adoção de Dois Pilares da OCDE. Tal política se relaciona com a pretensão histórica do país de melhoria dos seus índices econômicos e sociais. Desde 2003 tem se aproximado da organização por meio da participação em alguns de seus órgãos e da adequação dos regimes regulatórios do país às decisões e diretrizes por ela estabelecidas. Em 2013, o Brasil ganhou *status* de parceiro-chave da instituição (conjuntamente a China, Índia, Indonésia e África do Sul), ampliando a sua participação nos órgãos internos à organização, assumindo compromissos jurídicos e políticos e participando dos processos de avaliação por pares (*peer reviews*); e, em 2015, o Estado brasileiro assinou um acordo de cooperação com a instituição o qual permitiu a expansão das análises das políticas públicas brasileiras em áreas prioritárias, buscando adaptá-las aos regimes dos países desenvolvidos (THORSTENSEN *et al.*, 2020a, pp. 29–32). A progressiva adaptação das políticas públicas brasileiras recebeu um sinal de reconhecimento em janeiro de 2022, quando o processo de acesso à OCDE foi aceito pelo Conselho da organização (OCDE, 2022c).

4.2.2 Posições atualmente resistentes à adoção da Solução de Dois Pilares

Alguns aspectos da Solução de Dois Pilares receberam críticas por representantes de Estados e organizações internacionais, principalmente aqueles do Sul Global, como Colômbia, Nigéria e o Fórum de Administrações Tributárias Africanas (*African Tax Administration Forum – ATAF*).

As movimentações dos países descontentes com o andamento do projeto BEPS tiveram início ainda em 2019, quando o Grupo Africano (delegações dos países pertencentes à União Africana na ONU) apontou a necessidade de uma convenção internacional tributária no âmbito das Nações Unidas. A questão ganhou maior relevância com a pressão exercida pela covid-19 nas contas públicas ao redor

do mundo, bem como pelas conclusões do *UN High Level Panel on Financial Accountability, Transparency and Integrity* (FACTI) sobre as práticas de elisão fiscal de grandes empresas multinacionais e de indivíduos ricos. Tal manifestação foi reiterada em maio de 2022 pelos ministros de finanças da *UN Economic Commission for Africa* e em setembro pelo Ministro da Fazenda da Colômbia, país-membro da OCDE (TAX JUSTICE NETWORK, 2022). Além disso, em outubro de 2021, dos Estados que integram o IF do Projeto BEPS, quatro – Quênia, Nigéria, Paquistão e Sri Lanka – não aprovaram o comunicado que definiu os percentuais a serem aplicados na Solução de Dois Pilares (OCDE, 2021b).

A insatisfação desses países com os rumos da reforma proposta se iniciam por questões de representatividade. Apesar do autodenominado “*Inclusive Framework*”, a participação de países em desenvolvimento não-membros da OCDE foi bastante limitada, conforme manifestado pelo ATAF e do *think tank* The South Centre (CHOWDHARY; PICCIOTTO, 2021). Metade dos países africanos não participou das negociações por não fazer parte do IF. Ainda, grande parte dos países em desenvolvimento que integraram o IF, com as ressalvas de Índia, Brasil, China, Argentina e Nigéria, não tiveram acesso efetivo aos órgãos subsidiários do IF (como os grupos de trabalho ou o grupo de coordenação do IF), o que teria promovido a hierarquização entre os membros do IF. Ademais, o funcionamento de cada um dos órgãos subsidiários do IF seria “opaco” e teria ampliado os poderes do Secretariado da Organização.

Outro ponto que não atrai tais jurisdições é o abandono dos tributos sobre serviços digitais (DSTs). Quênia e Nigéria são dois dos países que adotaram impostos sobre serviços digitais – aquele, no valor de 1,5% sobre a receita bruta de plataformas e marketplaces obtida sob sua jurisdição; este, pela positivação do conceito de “presença econômica significativa” como elemento de conexão capaz de submeter empresas altamente digitalizadas com receita bruta obtida na Nigéria no valor de 25 milhões de nairas²⁸ – e resistem à exigência dos países-sede das MNEs de renunciar ao poder de tributá-los, dada a sua abrangência reduzida e, por consequência, a projeção de baixa na arrecadação advinda da Solução de Dois Pilares quando comparada ao imposto vigente (KAZEEM, 2020; MUREITHI, 2021).

Nesse sentido, uma reforma internacional tributária alternativa ao modelo da OCDE ganhou tração quando o Segundo Comitê da ONU aprovou, em novembro de

²⁸ Aproximadamente USD 54 mil, conforme cotação de 23 de março de 2023.

2022, uma solução proposta pelo Grupo Africano (o conjunto de 54 países pertencentes à União Africana), posteriormente adotada pela Assembleia Geral em dezembro. Tal solução, intitulada “Promoção de cooperação tributária internacional inclusiva e efetiva nas Nações Unidas”, decidiu em favor do início de discussões intergovernamentais no âmbito da ONU, requereu ao Secretariado Geral a elaboração de um relatório sobre o andamento dos debates relevantes sobre a matéria (inclusive os do projeto BEPS) e orientou para a criação futura de um comitê que reforce a inclusão e a efetividade da cooperação tributária internacional (ONU, 2022, 2023; WHITE; REEVES; TAHO, 2022).

Mais recentemente, em janeiro de 2023, o governo da Colômbia, conquanto o país seja membro da OCDE, demonstrou insatisfação com o resultado das negociações no IF haja vista as limitações apresentadas pelo escopo da Solução de Dois Pilares, limitado a MNEs com receita descomunal. Para estimular a participação de outros países latino-americanos, está em processo de organização uma conferência sobre tributação internacional para os países do subcontinente agendada para julho de 2023 (WHITE; CONLON, 2023).

5 CONCLUSÃO

A análise dos sucessivos relatórios da OCDE voltados ao combate da elisão fiscal internacional relacionada a tributos sobre a renda e sobre o capital, desde o período da década de 1980, permitiu observar que o Projeto BEPS e, mais especificamente, a Solução de Dois Pilares resultam de contínuos esforços da instituição, no interesse de seus países membros, direcionados à integridade de suas políticas fiscais. Esse contínuo se estabelece uma vez identificadas as preocupações expressas ainda no relatório *“International Tax Avoidance and Evasion: Four Related Studies”* (1987) e reiteradas em publicações posteriores, como o relatório *“Addressing Base Erosion and Profit Shifting”* (2013), embora nem sempre nos mesmos termos. Coadunam-se a tais interesses as pretensões das maiores economias entre os países em desenvolvimento, também integrantes do G20, que aderiram ao projeto para a proteção de suas políticas fiscais domésticas.

Também se repetiu a condenação de estruturas jurídicas empresariais elaboradas com o propósito exclusivo de economia de tributos, especialmente as transações intragrupo de empréstimos, seguros e, próprio da economia digitalizada, licenciamentos de propriedade intelectual. Nesse sentido, as novas formas de tratamento dessas operações, nos termos do Montante A e do Pilar Dois, são minuciosas quanto às suas bases tributárias e reconhecem uma relevância das jurisdições de mercado, nas cadeias globais de valor, maior do que no atual estado da tributação internacional da renda e do capital.

Além das novas formas de tratamento para operações utilizadas por MNEs em geral para a redistribuição de lucros, sobressaem outras novas regulações do Projeto BEPS cujo objeto foi herdado das décadas finais do século XX, mesmo sem manifestação expressa nos relatórios mais recentes. O exemplo em destaque é a nova regra de tratamento de lucros advindos de transporte de pessoas e cargas constante do art. 4(8)(d)(ii) do Montante A. Verifica-se novamente um movimento favorável às jurisdições de mercado, marcado pela alocação de lucros decorrentes de tais transportes às jurisdições de origem e de destino das cargas. Embora a realocação se restrinja aos chamados “lucros residuais” – 25% (vinte e cinco por cento) dos lucros excedentes a uma taxa de rentabilidade de 10% (dez por cento) sobre a receita –, a medida altera o sistema tradicional ao limitar as rendas atribuíveis às jurisdições de residência, que costumam oferecer condições tributárias

favoráveis para o setor de transporte marítimo. Esse fenômeno, chamado de bandeiras de conveniência (*flags of convenience*), não foi mencionado explicitamente nos documentos principais do Projeto BEPS, mas não foi ignorado no relatório de 1987. A atenção ora atribuída a esse setor reforça a íntima conexão do Projeto BEPS com os trabalhos das décadas de 1980 e 1990 e reafirma a ideia de que a Solução de Dois Pilares cumpre os objetivos propostos pela OCDE.

Extraí-se também, da análise dos relatórios pré-BEPS e BEPS, que as características não-tributárias dos paraísos fiscais, evidenciadas especialmente pelos relatórios da OCDE de 1987 e de 1998, foram progressivamente abandonadas (como a oferta de profissionais de Direito e de Contabilidade, a política comercial liberalizante, a autopromoção publicitária como paraíso fiscal, a estabilidade econômica e política e a mitigação de distâncias físicas e de obstáculos informacionais). Em seu lugar, optou-se por fundamentar alterações jurídicas a partir de características nocivas de ordem exclusivamente tributária (seja pela forma de tributação sobre a renda e o capital, seja pela administração tributária) perceptíveis em caráter mais geral. Isso se exemplifica, em 1998, pela identificação de regimes tributários preferenciais aplicados inclusive pelos próprios países da OCDE e avaliados como negativos para a competição fiscal internacional; e em 2013, pela identificação das consequências mais prejudiciais da aplicação dos princípios de tributação internacional amplamente adotados, os quais propiciavam a dupla atribuição e/ou a realocação de lucros abusiva. Em outros termos, a tomada, em um primeiro momento, do exemplo mais extremo de inadequação (os paraísos fiscais) se redirecionou para o ajuste de inadequações mais gerais e mais amplamente aceitas.

Ao enfatizar as circunstâncias de ordem tributária que permitiam a elisão fiscal internacional, as recomendações da organização gradualmente se concentraram, de início, nas questões de falta de transparência e de baixa ou nula tributação e, em seguida, na inação dos Estados frente às estruturas jurídicas elisivas das MNEs motivada tanto por uma série de acordos de bitributação demasiado complacentes com a atribuição quanto por dificuldades na identificação dos propósitos das transações intragrupo. Ocorre que essa progressão foi fundamental para a execução do Projeto BEPS e para a elaboração da Solução de Dois Pilares, visto que, apenas com o fornecimento de novos dados para a OCDE,

tornou-se possível a confirmação acerca dos mecanismos de erosão de bases mais utilizados já pressupostos em 1987.

De outro modo, a partir de 2019, a OCDE aprofundou as medidas capazes de reforçar as políticas tributárias domésticas – em especial, o Montante B, referente aos preços de transferência das atividades de *marketing* e distribuição – e inovou com as propostas de políticas tributárias multilateralmente comuns. Essa unificação se manifesta na padronização de bases tributárias feita pelo Montante A, que relega às jurisdições de mercado o poder de tributar os lucros residuais das MNEs abarcadas pelo escopo – 25% (vinte e cinco por cento) sobre o lucro excedente à taxa de rentabilidade de 10% (dez por cento) sobre a receita na respectiva jurisdição –; e pela instituição do “imposto mínimo global” previsto no Pilar Dois, que confere tanto às jurisdições de residência das UPEs quanto às jurisdições de mercado o poder de tributar rendas subtaxadas em outras jurisdições.

A constante reafirmação, ao longo dos anos, da essencialidade de uma solução multilateral e coordenada também foi um dos objetivos do projeto BEPS. Nas décadas de 1980 e 1990, os esforços da OCDE impulsionaram a adesão de seus membros às recomendações publicadas. Já nos anos 2000 em diante, verificaram-se os esforços para ampliar a cooperação com não-membros pertencentes ao G20 e aos demais interessados, haja vista a necessidade de um combate unificado contra a elisão fiscal internacional.

Ainda quanto à relação construída entre a OCDE, seus membros e não-membros, à medida que o foco dos relatórios transicionou dos regimes tidos como mais nocivos para os problemas causados pelas interações entre os mais diversos sistemas tributários nacionais, também houve uma mudança da forma de tratamento dos países que pareciam perturbar a competição fiscal internacional. Se, no período pré-BEPS, as pequenas jurisdições tratadas como “paraísos fiscais” ocupavam o *locus* da inconveniência, os relatórios do Projeto BEPS já não mais empregavam essa expressão. Em seu lugar, os documentos da OCDE passaram a tratar de jurisdições de baixa tributação de modo geral, muito mais interligadas às economias dos países desenvolvidos. A mudança de tratamento combina com a aproximação entre as jurisdições de baixa tributação e as grandes economias desenvolvidas e em desenvolvimento na definição de regras essenciais à Solução de Dois Pilares, tais como a escolha das empresas sob o escopo do Montante A e do Pilar Dois ou o percentual de carga tributária efetiva do “imposto mínimo global”.

A nova relação estabelecida na mesa de negociação repercute, todavia, na expectativa sobre o resultado prático do projeto, visto que a manutenção das estruturas jurídicas “distorcivas” podem acabar preservadas, mesmo que tragam menor lucratividade. Em outras palavras, a função indutiva das normas constantes da Solução de Dois Pilares pode não ser forte o suficiente para estimular a criação de estruturas jurídicas empresariais que reflitam, tal como pretende a OCDE, a criação de valor.

Não obstante a formação de um aparente consenso sobre a Solução de Dois Pilares, outro ponto fraco do pacote é o temor sobre uma adesão aquém do esperado. Embora o IF tenha logrado a aprovação de mais de uma centena de jurisdições aos pronunciamentos coletivos de 2020 e 2021, os consensos não deixam de ser compromissos políticos e, portanto, não vinculantes, o que não reflete as dificuldades da internalização das normas da Solução de Dois Pilares, especialmente motivada pela falta de perspectiva de arrecadação pelas economias em desenvolvimento. O escopo restrito das MNEs sujeitas ao Montante A e ao Pilar Dois e o patamar elevado de receitas necessárias à elegibilidade jurisdicional aos tributos do Montante A podem tornar atraente a instituição de DSTs, o que ampliaria a situação de incerteza jurídica e obrigaria as MNEs ao pagamento de contribuições as mais diversas – cenário que os relatórios “*Report on Pillar One Blueprint*” e “*Report on Pillar Two Blueprint*” (2020) desejavam evitar.

Enfim, observando-se a construção das normas do Montante A, do Montante B e do Pilar Dois, percebe-se com clareza os objetivos parciais de redistribuição dos lucros das MNEs entre as economias nas quais elas participem, a racionalização de regras já existentes e a ponderação da rentabilidade obtida pela entidade comparada a outros fatores indicativos da sua relevância nas atividades empresariais, como as suas receitas, os seus bens tangíveis e os seus recursos humanos. De fato, esses objetivos parciais concorrem para o objetivo principal anunciado pelo Projeto BEPS, qual seja, a reconexão entre a alocação dos lucros auferidos e a criação de valor pelas atividades empresariais – tal racionalidade, que permeia as normas sugeridas, é evidente. Entretanto, resta saber se a Solução de Dois Pilares, futuramente, a depender da sua adoção e da sua implementação, conseguirá atender suficientemente a todas as expectativas por ela criadas.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, A. F. F. De; GUIMARÃES JÚNIOR, I. T.; SOUZA, L. S. O. De. O projeto BEPS da OCDE/G20 e o planejamento tributário agressivo. (F. M. de Oliveira, M. L. Gomes, & Valadão, Org.). *Em*: I SEMINÁRIO CARF DE DIREITO TRIBUTÁRIO, 2017, Brasília. **Anais eletrônicos...** Brasília: CNI, 2017. p. 115–128. Disponível em: <https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/99/6b/996ba8ee-ddbf-4841-907e-4de15d208e40/book_-_estudos_tributarios_do_ii_seminario_carf_interativo.pdf#page=115>. Acesso em: 26 jan. 2023.
- BARCELLOS, N. R. De. Teoria da harmonização legislativa tributária e sua relação com as rendas tributáveis no processo de integração da União Europeia e do MERCOSUL. *Em*: JAEGER JÚNIOR, A.; WENDLING, E. (Org.). **Integração Regional e Direito Tributário Internacional**. Campinas: Millenium, 2014, p. 121–146.
- BRAUNER, Y. Editorials: The Return of the Phoenix? The G-7 Countries' Agreement on a 15% Minimum Tax. **Intertax**, 2021. v. 49, n. 10, p. 750–753. Disponível em: <<https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Intertax/49.10/TAXI2021076>>. Acesso em: 8 fev. 2023.
- CASSEE, A. International tax competition and justice: the case for global minimum tax rates. **Politics, Philosophy & Economics**, 2019. v. 20, n. 10, p. 1–22. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1470594X19848074>>. Acesso em: 11 mar. 2023.
- CHOI, W. H. Initial Assessment and Analysis of the Implementation of Global Minimum Corporate Tax. **Bank of China (Hong Kong) Economic Review**, 16 ago. 2021. Disponível em: <<<https://research.hktdc.com/en/article/ODcxODgwMzM1>>>. Acesso em: 8 fev. 2023.
- CHOWDHARY, A. M.; PICCIOTTO, S. Streamlining the Architecture of International Tax through a UN Framework Convention on Tax Cooperation. **Tax Cooperation Policy Breath**, nov. 2021. v. 21. Disponível em: <https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2021/11/TCPB21_Streamlining-the-Architecture-of-International-Tax-through-a-UN-Framework-Convention-on-Tax-Cooperation_EN.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2023.
- CHRISTIANS, A. International Tax in the Digitalized Economy Era. (L. E. Schoueri, L. F. Neto, & R. M. da Silveira, Org.). *Em*: VIII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL, 2020, São Paulo. **Anais eletrônicos...** São Paulo: IBDT, 2020. p. 435–446. Disponível em: <http://ibdt.org.br/biblioteca/wp-content/uploads/2021/08/ANAIS_VIII-CongressoInternacional.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2023.
- CLAUSING, K. The Global Minimum Tax Lives On. **Foreign Affairs**, 17 ago. 2022. Disponível em: <<https://www.foreignaffairs.com/united-states/global-minimum-tax-lives>>. Acesso em: 9 fev. 2023.

COOK, M. G. Distribution of risk in captive insurance companies. **Tax Adviser**, nov. 2022. p. 1–4. Disponível em: <<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&AuthType=shib&db=bth&AN=160511694&lang=pt-br&scope=site&authType=guest,shib&custid=s5837110&groupid=main&profile=eds>>. Acesso em: 25 mar. 2023.

EDEN, L. Taxing Multinationals: The GloBE Proposal for a Global Minimum Tax. **Tax Management International Journal**, 10 jan. 2020. v. 49, n. 1. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3497886>>. Acesso em: 12 mar. 2023.

EUA. **Joint Statement from the United States, Austria, France, Italy, Spain, and the United Kingdom, Regarding a Compromise on a Transitional Approach to Existing Unilateral Measures During the Interim Period Before Pillar 1 is in Effect**. Disponível em: <<https://home.treasury.gov/news/press-releases/jy0419>>. Acesso em: 8 fev. 2023.

G20. **Tax Annex to the St. Petersburg G20 Leaders' Declaration**. G20. Disponível em: <https://www.g20.org/content/dam/gtwenty/gtwenty_new/about_g20/previous-summit-documents/2013/G20%202013%20Tax%20annex%20to%20Leaders%20declaration.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2023.

GEIGER, M. Global minimum tax: an easy fix? **KPMG**, maio. 2021. Disponível em: <<https://kpmg.com/xx/en/home/insights/2021/05/global-minimum-tax-an-easy-fix.html>>. Acesso em: 8 fev. 2023.

IRLANDA. **Consultation on Pillar Two Minimum Tax Rate Implementation**. Disponível em: <<http://www.gov.ie/en/consultation/c68e4-public-consultation-on-pillar-two-minimum-tax-rate-implementation/>>. Acesso em: 9 fev. 2023.

JOLLY, J. Ireland will resist global corporate tax rate, says finance minister. **The Guardian**, 21 abr. 2021. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/business/2021/apr/21/ireland-will-resist-global-corporate-tax-rate-says-finance-minister>>. Acesso em: 8 fev. 2023.

KAZEEM, Y. Kenya and Nigeria are leading Africa's push to start taxing Silicon Valley's global tech giants. **Quartz**, 28 jul. 2020. Disponível em: <<https://qz.com/africa/1881964/kenya-nigeria-pass-new-laws-to-tax-global-tech-giants>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

LANG, M. *et al.* **The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties**. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

_____. **Introduction to the Law of Double Taxation Conventions**. 3. ed. Viena: Linde International, 2021.

LIM, J. Poland blocks EU adoption of the Global anti-Base Erosion (GloBE) model rules. **WTS Global**, 6 abr. 2022. Disponível em:

<<https://wts.com/global/publishing-article/20220406-poland-blocks-eu-adoption-of-the-global-anti-base-erosion-globe-model-rules~publishing-article?language=en>>. Acesso em: 9 fev. 2023.

MEINERO, F. P. Fundamentos da nacionalidade como critério da Worldwide Income Taxation estadunidense. *Em*: JAEGER JÚNIOR, A.; WENDLING, E. (Org.). **Integração Regional e Direito Tributário Internacional**. Campinas: Millenium, 2014, p. 301–328.

MUREITHI, C. Why Kenya and Nigeria haven't agreed to a historic global corporate tax deal. **Quartz**, 2 nov. 2021. Disponível em: <<https://qz.com/africa/2082754/why-kenya-and-nigeria-havent-agreed-to-global-corp-orate-tax-deal>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

OCDE. **Draft Double Taxation Convention on Income and Capital 1963**. Paris: OECD Publishing, 1963.

_____. **Model Double Taxation Convention on Income and Capital 1977**. Paris: OECD Publishing, 1977.

_____. **International Tax Avoidance and Evasion: Four Related Studies**. Paris: OECD Publishing, 1987.

_____. **Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue**. Paris: OECD Publishing, 1998.

_____. **Towards Global Tax Co-operation: Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices**. Paris: OECD Publishing, 2001.

_____. **The OECD's Project on Harmful Tax Practices: The 2001 Progress Report**. Paris: OECD Publishing, 2002.

_____. **Tax Co-operation 2006: Towards a Level Playing Field**. 1. ed. Paris: OECD Publishing, 2006.

_____. **Tax Co-operation 2010: Towards a Level Playing Field**. 5. ed. Paris: OECD Publishing, 2010a.

_____. **Implementing the Tax Transparency Standards: A Handbook for Assessors and Jurisdictions**. 1. ed. Paris: OECD Publishing, 2010b.

_____. **Implementing the Tax Transparency Standards: A Handbook for Assessors and Jurisdictions**. 2. ed. Paris: OECD Publishing, 2011.

_____. **Addressing Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OECD Publishing, 2013a.

_____. What the BEPS are we talking about? **OECD > Centre for Tax Policy and Administration**, Paris, 8 abr. 2013b. Disponível em:

<<https://www.oecd.org/ctp/what-the-beps-are-we-talking-about.htm>>. Acesso em: 28 jan. 2023.

_____. **OECD Secretary-General Report to the G20 Leaders**. São Petersburgo: G20, 2013c. Disponível em: <<https://www.oecd.org/ctp/SG-report-G20-Leaders-StPetersburg.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2023.

_____. **Request for Input Regarding Work on Tax Challenges of the Digital Economy**. [S.l.]: [s.n.], 2013d. Disponível em: <<https://www.oecd.org/ctp/request-for-input-regarding-work-on-tax-challenges-of-the-digital-economy.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2023.

_____. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**. Paris: OECD Publishing, 2015.

_____. **Committee on Fiscal Affairs and Subsidiary Bodies Organigramme**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/committee-on-fiscal-affairs-and-subsidiary-bodies-or-ganigramme.pdf>>. Acesso em: 28 jan. 2023.

_____. **Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018**. Paris: OECD Publishing, 2018.

_____. **Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – Policy Note as approved by the Inclusive Framework on BEPS on 23 January 2019**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/policy-note-beps-inclusive-framework-addressing-tax-challenges-digitalisation.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2023a.

_____. **Model Tax Convention on Income and on Capital 2017 (Full Version)**. Paris: OCDE, 2019b.

_____. **Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>>. Acesso em: 7 fev. 2023c.

_____. OECD Tax Talks #13. [S.l.]: [s.n.], 2019d.

_____. **Cover Statement by the Inclusive Framework on the Reports on the Blueprints of Pillar One and Pillar Two**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/cover-statement-by-the-oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-on-the-reports-on-the-blueprints-of-pillar-one-and-pillar-two-october-2020.pdf>>. Acesso em: 6 fev. 2023a.

_____. **Tax Challenges Arising from Digitalisation – Report on Pillar One Blueprint: Inclusive Framework on BEPS**. Paris: OECD Publishing, 2020b.

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

_____. **Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy. 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: 6 fev. 2023a.

_____. International community strikes a ground-breaking tax deal for the digital age. **OECD > Tax > Base erosion and profit shifting**, 8 out. 2021b. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/international-community-strikes-a-ground-breaking-tax-deal-for-the-digital-age.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

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

_____. **OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS. Progress report. September 2021 – September 2022**. Paris: [s.n.], 2022a. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-progress-report-september-2021-september-2022.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2023.

_____. **OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations**. Paris: OECD Publishing, 2022b.

_____. **Resolution of the Council on the opening of accession discussions**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/newsroom/Resolution-of-the-Council-on-the-Opening-of-Accession-Discussions-C-2017-92-final.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2023c.

_____. **Public Consultation Document: Pillar One – Amount A: Draft Model Rules for Nexus and Revenue Sourcing**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-pillar-one-amount-a-nexus-revenue-sourcing.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2023d.

_____. **Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Commentary to the Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)**. 1. ed. Paris: OECD Publishing, 2022e.

_____. **Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two) Examples**. Paris: OECD Publishing, 2022f.

_____. **Public Consultation Document: Pillar One – Amount A: Draft Model Rules for Domestic Legislation on Scope**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-pillar-one-amount-a-scope.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2023g.

_____. **Public Consultation Document: Pillar One – Amount A: Extractives Exclusion.** Disponível em:

<<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-pillar-one-amount-a-extractives-exclusion.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2023h.

_____. **Public Consultation Document: Pillar One – Amount A: Regulated Financial Services Exclusion.** Disponível em:

<<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-pillar-one-amount-a-regulated-financial-services-exclusion.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2023i.

_____. **Public Consultation Document: Pillar One – A Tax Certainty Framework for Amount A.** Disponível em:

<<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-pillar-one-amount-a-tax-certainty-framework.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2023j.

_____. **Public Consultation Document: Pillar One – Tax certainty for issues related to Amount A.** Disponível em:

<<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-pillar-one-amount-a-tax-certainty-issues.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2023k.

_____. **Progress Report on Amount A of Pillar One: Two-Pillar Solution to the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy.** Paris: OECD Publishing, 2022l.

_____. **Corporate Tax Statistics.** 4. ed. Paris: OECD Publishing, 2022m.

_____. **Public Consultation Document: Pillar One – Amount B.** Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-pillar-one-amount-b-2022.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2023n.

_____. **Public Consultation Document: Pillar One – Amount A: Draft Multilateral Convention Provisions on Digital Services Taxes and other Relevant Similar Measures.** Disponível em:

<<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-draft-mlc-provisions-on-dsts-and-other-relevant-similar-measures.pdf>>. Acesso em: 8 fev. 2023o.

_____. **Safe Harbours and Penalty Relief: Global Anti-Base Erosion Rules (Pillar Two).** Paris: OECD Publishing, 2022p.

_____. **Public consultation document: Pillar Two – Tax Certainty for the GloBE Rules.** Disponível em:

<<https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-pillar-two-tax-certainty-for-the-globe-rules.pdf>>. Acesso em: 7 fev. 2023q.

_____. **OECD Tax Talks 20 - Centre for Tax Policy and Administration.** [S.l.]: [s.n.], 2023a. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=_4rRpWFJno8>. Acesso em: 16 mar. 2023.

_____. **Jurisdictions Participating in the Convention on Mutual Administrative**

Assistance in Tax Matters. Status – 22 March 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/Status_of_convention.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2023b.

_____. Frequently Asked Questions - OECD BEPS. **OECD**, [s.d.]. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/faq>>. Acesso em: 8 fev. 2023a.

_____. Composition of the Steering Group of the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS (as at January 2023). [s.d.]. Disponível em: <<https://www.oecd.org/tax/beps/steering-group-of-the-inclusive-framework-on-beps.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2023b.

ONU. United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries 2021. New York: ONU, 2021.

_____. **Macroeconomic policy questions. Report of the Second Committee.** Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N22/730/81/PDF/N2273081.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

_____. **Promotion of Inclusive and Effective International Tax Cooperation at the United Nations: Resolution adopted by the General Assembly.** Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N23/004/48/pdf/N2300448.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

PAUSCH-HOMBLÉ, K. International taxation: Council reaches agreement on a minimum level of taxation for largest corporations. **Press Releases - Council of the EU**, 12 dez. 2022. Disponível em: <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/12/12/international-taxation-council-reaches-agreement-on-a-minimum-level-of-taxation-for-largest-corporations/>>. Acesso em: 9 fev. 2023.

PINNER, K. Global South Groups Decry Idea Of Sanctions For Digital Taxes. **Law360**, 10 mar. 2022. Disponível em: <<https://www.law360.com/articles/1472064>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

REEVES, L. Hungary rejects plan for 15% corporation tax rate. **International Tax Review**, 24 jun. 2022. Disponível em: <<https://www.internationaltaxreview.com/article/2a9sp2mzis9c81ar3kzk0/hungary-rejects-plan-for-15-corporation-tax-rate>>. Acesso em: 9 fev. 2023.

SCHOUERI, L. E. **Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro.** São Paulo: Dialética, 2013.

_____. **Direito Tributário.** São Paulo: Saraiva, 2022.

SCHRANZ, J. As Hungary blocks global tax deal, MEPs denounce national vetoes. **News | European Parliament**, 6 jul. 2022. Disponível em:

<<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220701IPR34359/as-hungary-blocks-global-tax-deal-meps-denounce-national-vetoes>>. Acesso em: 9 fev. 2023.

TAX JUSTICE NETWORK. UN tax convention proposed at General Assembly. **Tax Justice Network**, 14 out. 2022. Disponível em:

<<https://taxjustice.net/press/un-tax-convention-proposed-at-general-assembly/>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

THORSTENSEN, V. *et al.* O Brasil na OCDE: membro pleno ou mero espectador? *Em*: THORSTENSEN, V.; NOGUEIRA, T. R. S. M. (Org.). **Brasil a caminho da OCDE: explorando novos desafios**. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda, 2020a, p. 9–43.

_____. *et al.* Regulamentação e estabelecimento de boas práticas em assuntos tributários (Fiscal Affairs) pela OCDE. *Em*: THORSTENSEN, V.; NOGUEIRA, T. R. S. M. (Org.). **Brasil a caminho da OCDE: explorando novos desafios**. São Paulo: VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda, 2020b, p. 183–236.

_____; NOGUEIRA, T. Tributação e BEPS: A avaliação da OCDE sobre matéria tributária e a implementação do Projeto BEPS pelo Brasil. *Em*: THORSTENSEN, V.; ARIMA JÚNIOR, M. K. (Org.). **O Brasil como visto pela OCDE**. São Paulo: Centro de Estudos do Comércio Global e Investimentos e VT Assessoria Consultoria e Treinamento Ltda., 2020, p. 243–274.

TÔRRES, H. **Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TORRES, R. L. **Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

UNIÃO EUROPEIA. **Council Directive on ensuring a global minimum level of taxation for multinational enterprise groups and large-scale domestic groups in the Union**. Disponível em:

<<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8778-2022-INIT/en/pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2023a.

_____. **Note. Council Directive on ensuring a global minimum level of taxation for multinational enterprise groups and large-scale domestic groups in the Union**. Disponível em:

<<https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15349-2022-COR-1/en/pdf>>. Acesso em: 9 fev. 2023b.

VED, U.; SONI, W. Consequences of BEPS and the GloBE rules under pillar two. **International Tax Review**, 27 jun. 2022. Disponível em:

<<https://www.internationaltaxreview.com/article/2aaa5hiiweysnd7xygk5c/sponsored/consequences-of-beps-and-the-globe-rules-under-pillar-two>>.

WHITE, J. How the US came to support global minimum corporate tax rate. **International Tax Review**, 2021. v. 32, n. 2, p. 16–17. Disponível em:

<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/intaxr32&div=89&g_sent=1&casa_token=&collection=journals#>. Acesso em: 8 fev. 2023.

_____ *et al.* This week in tax: OECD finalises crypto rules, UK imposes windfall tax. 14 out. 2022. Disponível em:

<<https://www.internationaltaxreview.com/article/2ar2xv5jj6vr775mfoge8/this-week-in-tax-oecd-finalises-crypto-rules-uk-imposes-windfall-tax>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

_____; CONLON, E. This week in tax: Colombia plans LatAm tax summit.

International Tax Review, 20 jan. 2023. Disponível em:

<<https://www.internationaltaxreview.com/article/2b686rrv0hkf0yohc0sg0/this-week-in-tax-colombia-plans-latam-tax-summit>>. Acesso em: 8 fev. 2023.

_____; REEVES, L.; TAHO, S. This week in tax: UN votes to take tax leadership role. **International Tax Review**, 25 nov. 2022. Disponível em:

<<https://www.internationaltaxreview.com/article/2axkk54nvp4dt9nv1yvb4/this-week-in-tax-un-votes-to-take-tax-leadership-role>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

_____; TAHO, S.; REEVES, L. US midterms could spell tax gridlock. **International Tax Review**, 11 nov. 2022. Disponível em:

<<https://www.internationaltaxreview.com/article/2avf45q1wev4zt8bgqvvg/this-week-in-tax-us-midterms-could-spell-tax-gridlock>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

WHITTAKER, D. R. An Examination of the O.E.C.D. and U.N. Model Tax Treaties: History, Provisions and Application to U.S. Foreign Policy. **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**, 1982. v. 8, n. 1, p. 39–60.

Disponível em:

<<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/ncjint8&div=12&id=&page=&collection=journals>>. Acesso em: 7 mar. 2023.

ANEXO – EXEMPLOS DE ESTRUTURAS DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO DE EMPRESAS MULTINACIONAIS (MNEs)

Os exemplos abaixo foram integralmente extraídos de:

- a) OCDE. **Addressing Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OECD Publishing, 2013a. pp. 74-82; e
- b) OCDE. **Corrigendum**. Addressing Base Erosion and Profit Shifting. Paris: OECD Publishing, 2013a.

Examples of MNEs' tax planning structures

In practice any international tax planning will need to incorporate a number of co-ordinated strategies, which often can be broken down into four elements:

- a) Minimisation of taxation in a foreign operating or source country (which is often a medium to high tax jurisdiction) either by shifting gross profits via trading structures or reducing net profit by maximising deductions at the level of the payer;
- b) Low or no withholding tax at source;
- c) Low or no taxation at the level of the recipient (which can be achieved via low-tax jurisdictions, preferential regimes or hybrid mismatch arrangements) with entitlement to substantial non-routine profits often built up via intra-group arrangements; and
- d) No current taxation of the low-taxed profits (achieved via the first three steps) at the level of the ultimate parent.

Further, effective cash repatriation strategies may be an issue where for instance, dividends need to be funded and of course, “permanent” foreign re-investment of low-taxed cash will be relevant to allow booking of a particular tax rate for EPS²⁹ purposes.

Any analysis of BEPS therefore needs to be cognizant of the interconnection of these elements and the overall drivers of the tax planning strategy. The structures

²⁹ Nota do autor: lucro por ação (earnings per share).

described in this annex have been given wide coverage in the specialised and mainstream press. They have been selected because they encapsulate a number of the corporate tax planning opportunities described above and all appear to be perfectly legal under the tax systems of the countries in which they have been put in place. They may therefore constitute a useful paradigm to identify key pressure areas from a tax policy perspective

a) E-commerce structure using a two-tiered structure and transfer of intangibles under a cost-contribution arrangement

Company A is a company that is organised in Country A and that initially developed technology and intangibles supporting its business through research conducted primarily in Country A. Company A is the parent of a multinational group of companies.

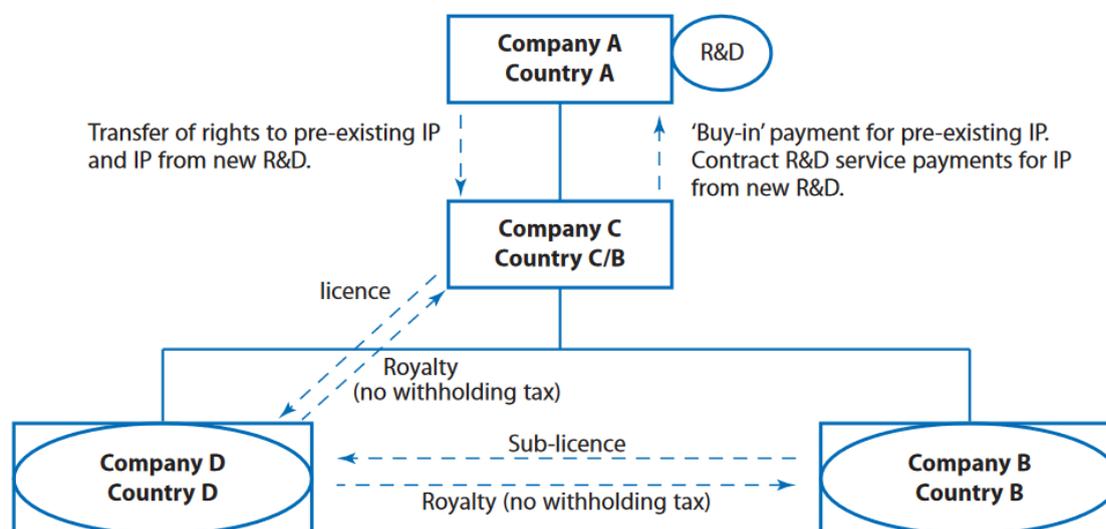
Under the tax planning structure of the Group, rights to technology developed by the parent, Company A, are licenced or otherwise transferred to Company C under a cost sharing or cost contribution arrangement. Company C is an unlimited liability company organised (i.e. registered) under the laws of Country B but managed and controlled in Country C, and so tax resident in Country C. Under the cost sharing arrangement, Company C agrees to make a “buy in” payment equal to the value of the existing technology transferred under the arrangement and to share the cost of future enhancement of the transferred technology. The buy-in payment would be fully taxable in Country A and could take the form of a single lump-sum payment or a running royalty over time. Ongoing research expense would be shared on the basis of the relative anticipated benefits from the intangibles being developed. The cost sharing arrangement would typically be established early in the life of Company A, before development of a significant track record of sales in the markets allocated to Company C under the agreement.³⁰

Company C licences all of its rights in the technology to Company D in exchange for a running royalty. Company D is a company organised, managed and

³⁰ In the case of Company A and Company C, the arm’s length nature of the initial buy-in payment and the formula for sharing future technology development costs was confirmed through an Advance Pricing Agreement, although subsequent changes in Country A law and policy might well make it more difficult to obtain such an APA today.

controlled in Country D. Company D in turn sub-licences the technology to Company B.

Figure C.1. **Group A's tax-planning structure**



Source: OECD.

Company B is organised, managed and controlled in Country B. Company B employs several thousand people in its operations in Country B. Country B imposes corporate income tax on taxable profit of Company B. However, the taxable profit of Company B is less than 1 per cent of its gross revenues. This is because in calculating its income in Country B, following the OECD transfer pricing principles Company B deducts the full amount of the royalty it pays to Company D for the search and advertising technology.

The royalty payment made by Company B to Company D is free of withholding tax in Country B. Country B would impose a withholding tax on payments directly to a company tax resident in a country like Country C. However, under the law of Country B, applying the EU Interest and Royalties Directive, because the royalty payments are made to a company which is organised and subject to tax in a country that is a member of the European Union, the royalties qualify for exemption from Country B withholding tax.

Country D imposes corporate income tax on the profits of Company D. However, taxable profit is reduced by the deductible royalty payments made by Company D to Company C. Accordingly, corporate income tax is imposed in Country D only on the small amount of royalty "spread" between Company D's royalty receipts from Company B and its royalty payments to Company C. The spread

between royalty receipts and royalty payments is very small because Company D engages only in a flow-through transaction. Company D, unlike Company B, performs no functions and holds no assets. It also bears little or no risk with regard to the royalty flows. Under the arm's length principle, it is therefore entitled to very little income. Typically a tax ruling would be obtained in Country D defining the amount of income subject to tax in Country D, thereby providing Group A with certainty regarding the results of its tax planning structure.

Country D does not levy withholding tax on royalty payments under its domestic law. The payments made by Company D to Company C are, therefore, not subject to withholding tax in Country D.

Company C is managed and controlled in Country C. Country C does not impose a corporate income tax. Country B does not impose tax on Company C because it has no presence in Country B, is centrally managed and controlled in Country C and its income arises from sources outside of Country B. Accordingly, the royalty income received by Company C is not subjected to tax in Country D, Country C or Country B.

Under some circumstances, Country A's CFC rules might tax royalty payments received by either Company D or Company C as passive income. However, it is probable that Company A will file a check-the-box election with respect to Company D and Company B. Under such an election, these companies would be disregarded for Country A tax purposes, and the income of Company B and Company D would be treated as having been earned directly by Company C. The royalty transactions between the disregarded entities would similarly be disregarded, meaning that they would be deemed not to exist for Country A tax purposes. For purposes of applying the Country A CFC rules, Company C would therefore be treated as if it had earned the fees and revenues directly through active business operations. Such active business income could be structured in such a way that it would not be subject to tax under the Country A CFC regime.

b) Transfer of manufacturing operations together with a transfer of supporting intangibles under a cost-contribution arrangement

Company A is a publicly-traded company, based in Country A. It is the parent of an MNE group with global operations. The Group invests heavily in research,

product design, and development activities (see Figure C.2).³¹ R&D³² activities are carried out by the parent company, Company A. Previously, Company A owned all IP resulting from its research and development activities. It also had sole responsibility for and risks associated with the manufacture of products and sold those products through a network of sales and distribution companies in markets around the world. Company A's managers then decided to create a wholly-owned subsidiary, Company B in Country B, and assign to it IP and responsibility for the manufacture and sale of products outside of Country A. Company A retained domestic intangible property rights related to the manufacture and sale of products within Country A, and continued to carry out research and development activities for the Group.

At the same time Company B was organised, the Group organised two additional foreign subsidiaries. Each of these companies was wholly-owned by Company B.³³ One of these, Company C, was organised in Country C and serves as the principal company responsible for the manufacture and sale of Group products outside Company A. The other, Company D, is a manufacturing entity responsible for the production of Group products outside of Country A.

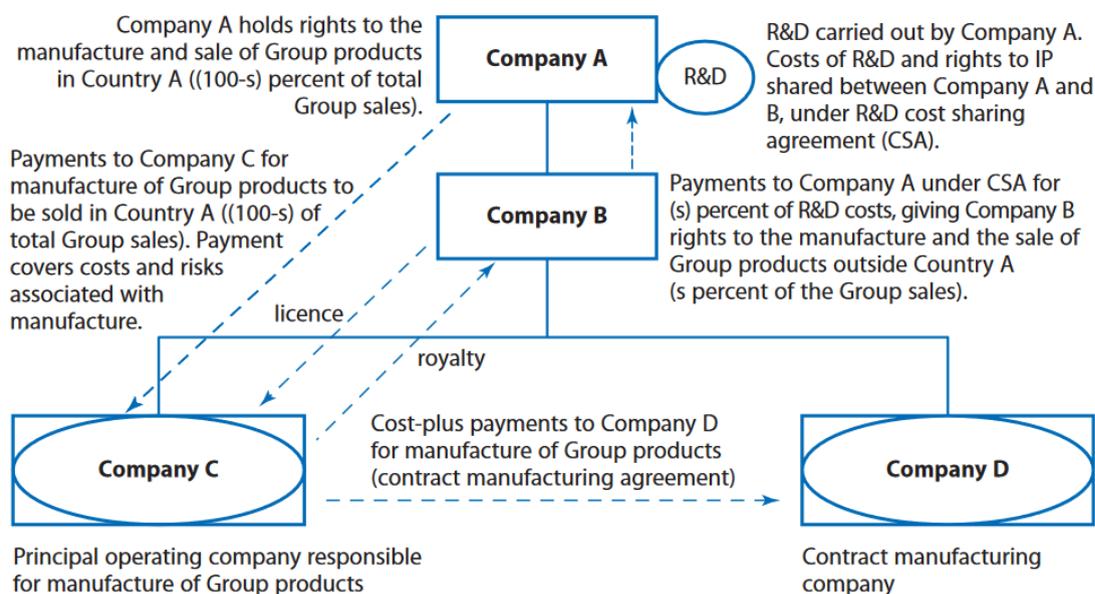
While Company C and Company D are treated as corporations under the laws of Country C and Country D, respectively, both are treated as disregarded entities under Country A's check-the-box rules. This treatment carries important implications. Transactions between these disregarded entities and Company B – including royalty and dividend payments to Company B – are disregarded for Country A tax purposes (i.e. they are viewed as transactions occurring within the same entity). Moreover, under the check-the-box election, Company B is viewed for Country A tax purposes as performing the activities in fact performed by Company C and Company D.

³¹ Figure C.2 depicts a simplified version of Company A's Group global structure. Company A, for example, refers to the Country A parent company together with its domestic affiliates (filing a consolidated income tax return).

³² *Nota do autor: pesquisa e desenvolvimento* (research and development).

³³ Company B serves in a dual capacity. First, it acts as a holding company for the non-Country A IP rights of the Group. Second, it acts as a holding company for the investments in the shares of Company C and Company D.

Figure C.2. Group A's tax-planning structure



Source: Based on “Present Law and Background Related to Possible Income Shifting and Transfer Pricing”, prepared by staff of the Joint Committee on Taxation, submitted to the US House Committee on Ways and Means, 20 July 2010, JCX-37-10, p.93.

The transfer of IP from Company A to Company B is taxable in Country A. Often, but not invariably, in structures of this type the transfer would take place pursuant to a cost-sharing agreement (CSA). Under the CSA, Company C is obliged to make a buy-in payment for pre-existing IP to Company A. The buy-in payment may be structured as either a lump-sum payment or a running royalty. Company C then assumes responsibility going forward to reimburse Company A for a share of ongoing research and development expense reflecting the share of anticipated benefit Company C expects to derive from the ongoing research and development expenditures. For example, if Company C were to be responsible for 45% of global revenues and to derive 45% of global operating income, it would be expected to reimburse Company A for approximately 45% of the product area research and development costs covered under the cost sharing agreement. This effectively eliminates the current Country A tax deduction for that portion of research and development expense reimbursed by Company C under the cost sharing agreement. Despite the fact that Company C reimburses it for a percentage share of its research and development costs, Company A is entitled to an R&D tax credit in Country A for the full amount of its R&D expenditures (including the portion reimbursed by Company B).

By virtue of its buy-in payments and CSA payments, Company B is treated as the owner of the non-Country A IP rights of the Group. Company B licences those IP rights to Company C. Company C contractually assumes responsibility for producing and selling Group products outside Country A and contractually assumes the risks associated with the business. Company C engages Company D to serve as a contract manufacturer. Under the contract manufacturing agreement, Company D manufactures Group products for a fee equal to direct and indirect costs of production plus a 5% mark-up. The manufacturing agreement between Company C and Company D specifies that Company C bears the principal risks associated with the production of the product. Actual production of products may take place in Country D or in a branch of Company D in a low-cost manufacturing country. Company D includes this fee in its taxable income.

The manufactured products are the property of Company C, which sells the products to or through related sales and marketing entities in higher tax jurisdictions around the world. The contractual arrangements between Company C and the marketing companies specify that Company C assumes the principal risks related to the marketing of the products. On this basis, sales and marketing companies are compensated for their efforts on a basis reflecting their limited risk status. Such compensation would usually be computed on the basis of a target return on sales determined for transfer pricing purposes by reference to the returns earned by arguably comparable limited risk marketing and distribution companies. Company C would earn profit equal to its gross sales revenue on foreign sales, less fees paid to Company D for the manufacture of the goods, payments to any related commission-based marketing entities, and less in royalties paid to Company B. This profit is subject to corporate income tax in Country C.

Royalties paid to Company B by Company C for its foreign IP rights are deductible in the computation of the corporate tax base of Company C.³⁴ As Country C does not impose withholding tax on royalty payments, and Country B does not impose corporate income tax, the royalty is free of withholding tax upon payment, and free of income tax upon receipt. Moreover, possible Country A taxation of

³⁴ The royalty payment to Company B may be determined annually under an advanced pricing agreement (APA) or other ruling between Company C and Country C tax authorities. The APA or ruling may stipulate a certain amount of taxable income in Country C determined on the basis of the activities Company C performs and the production risks it takes in Country C. The royalty amount is the residual computed after such taxable returns.

Company A on royalty income received by Company B under Country A CFC rules is avoided with application of check-the-box rules under which Company C can be treated as a disregarded entity. Under check-the-box provisions in the Country A, Company C is treated for Country A tax purposes as a branch of Company B. Thus royalty payments from Country C to Company B are treated as payments within a single corporation, and thus are disregarded (not recognised) for Country A tax purposes. Allowing check-the-box provisions to apply in this way effectively allows the Group to erode the Country C tax base with deductible royalty payments and simultaneously side-step application of the Country A CFC provisions that would otherwise apply to royalty income passively received by Company B.

Similarly, dividends paid to Company B are free of tax at source, Country B does not tax dividend income, and the dividend payments are disregarded for Country A tax purposes.

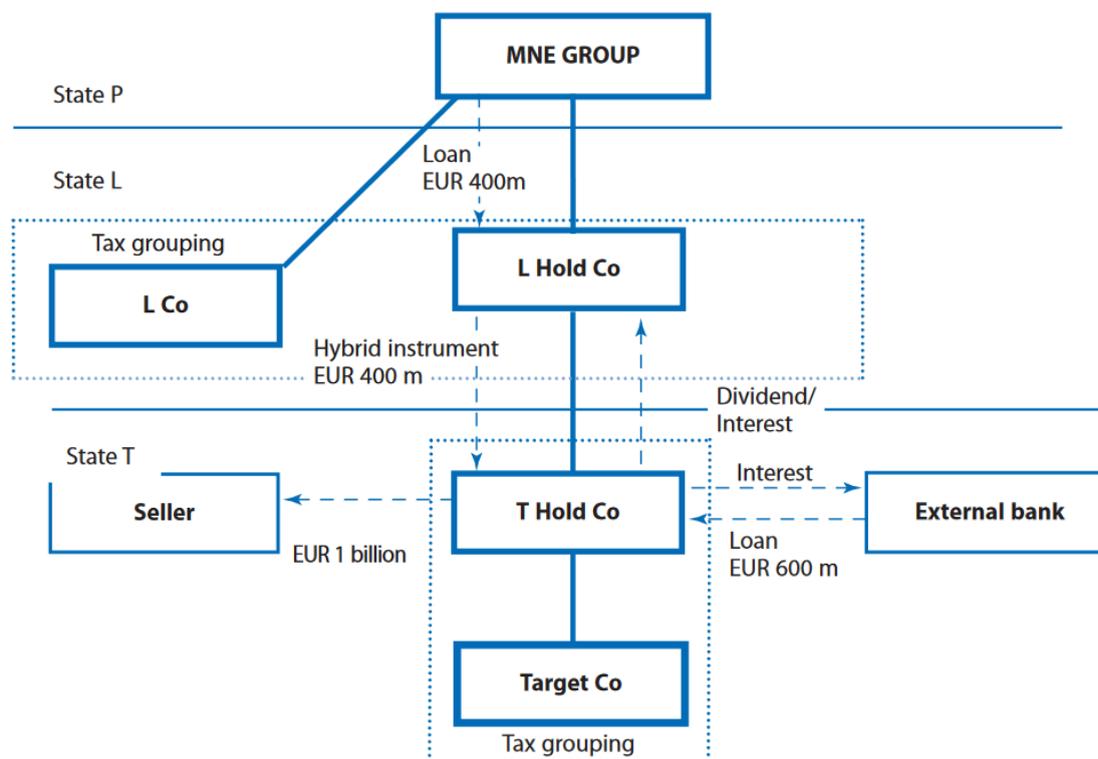
c) Leveraged acquisition with debt-push down and use of intermediate holding companies

A MNE headquartered in State P and with operations in a number of countries, including State L, plans to acquire a successful manufacturing company resident in State T (Target Co). The acquisition price is EUR 1 billion and about 60% of that will be financed with external bank debt. The remaining 40% will be financed through the MNE's retained earnings.

In order to carry out the acquisition, the MNE sets up a holding company in State L (L Hold Co) which receives an intra-group loan for EUR 400 million. L Hold Co in turn sets up a company in State T (T Hold Co). T Hold Co is financed partly by L Hold Co through a hybrid instrument (EUR 400 million) and partly with the external bank debt (EUR 600 million). T Hold Co acquires Target Co and enters into a tax grouping with the latter for State T tax purposes.

The structure can be depicted as shown in Figure C.3.

Figure C.3. Leveraged acquisition



Source: OECD.

This structure potentially allows the MNE group to achieve a number of tax benefits.

The debt push-down technique ensures that subject to applicable limitations interest expenses on the external bank loan are deducted from the target company's operating income through the applicable group tax regimes. L Hold Co finances T Hold Co through a hybrid instrument, e.g. redeemable preference shares. This financing is treated as debt in State T while it is treated as equity in State L. As a consequence, and subject to the applicable limitations, additional interest income will be deducted against the income of Target Co for tax purposes. At the same time, the payment will be treated as a dividend and therefore exempt under the domestic law of State L.

Further, the interest L Hold Co pays on the EUR 400 million intra-group loan can also be deducted against the income of other group companies operating in State L (subject to the applicable limitations) via the local tax grouping regime, thus also reducing the tax burden in State L.

The structure also allows the group to claim the benefits of the tax treaty between State T and State L, eliminating or reducing State T withholding tax on the payments made by T Hold Co to L Hold Co.

Upon exiting the investment, the shares in T Hold Co can be sold tax-free to the purchaser. State T may in fact be prevented from taxing the income under the relevant double tax treaty, while State L exempts capital gains on shares under its domestic law.