

# POLÍTICA TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL: OCDE, BEPS E G20

Implicações para o Brasil



## **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI**

*Robson Braga de Andrade*

Presidente

### **DIRETORIA DE POLÍTICAS E ESTRATÉGIA**

*José Augusto Coelho Fernandes*

Diretoria de Políticas e Estratégia – DIRPE

Diretor

### **DIRETORIA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL**

*Carlos Eduardo Abijaodi*

Diretor

### **DIRETORIA DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS**

*Mônica Messenberg Guimarães*

Diretora

### **DIRETORIA DE EDUCAÇÃO E TECNOLOGIA**

*Rafael Esmeraldo Lucchesi Ramacciotti*

Diretor

*Julio Sergio de Maya Pedrosa Moreira*

Diretor-Adjunto

### **DIRETORIA DE COMUNICAÇÃO**

*Carlos Alberto Barreiros*

Diretor

### **DIRETORIA DE SERVIÇOS CORPORATIVOS**

*Fernando Augusto Trivellato*

Diretor

### **DIRETORIA JURÍDICA**

*Hélio José Ferreira Rocha*

Diretor

### **DIRETORIA CNI/SP**

*Carlos Alberto Nogueira Pires da Silva*

Diretor

*Flávio Pinheiro de Castelo Branco*

**Gerência Executiva de Política Econômica – PEC**

**Gerente Executivo**

*Mário Sérgio Carraro Telles*

**Equipe Técnica**

*Romero J. S. Tavares*

**Autor**

### **COMMONWEALTH OFFICE - FCO**

Embaixada Britânica no Brasil

*Alex Ellis*

**Embaixador**

*Wasim Mir*

**Ministro Conselheiro**

*Catherine Barber*

**Conselheira Econômica**

### **FOREIGN AND COMMONWEALTH OFFICE - FCO**

Embaixada Britânica no Brasil

*Primrose Lovett*

**Segunda Secretária para Economia e Comércio**

*Thomas Giblin*

**Analista Sênior de Economia**

*Barbara Brakarz*

**Diretora de Programa**

*Silvio Aquino*

**Gerente de Projetos**

*Flavia Lima*

**Analista de Economia**

*Luisa Kieling*

**Assistente de Projetos**

## **FICHA CATALOGRÁFICA**

T231p

Tavares, Romero J.S.

Política tributária internacional: OCDE, BEPS e G20 – Implicações para o Brasil  
/ Confederação Nacional da Indústria. – Brasília : CNI, 2016.

41 p. : il.

1. Política tributária 2. Brasil. I. Título. II. Romero J.S. Tavares III. Confederação Nacional da Indústria

CDU: 33

Confederação Nacional  
da Indústria — CNI  
Setor Bancário Norte  
Quadra 1 – Bloco C  
Edifício Roberto Simonsen  
70040-903 – Brasília – DF  
Tel.: (61) 3317- 9000  
Fax: (61) 3317- 9994

Serviço de Atendimento ao Cliente - SAC  
Tel.: (61) 3317-9989  
Tel.: (61) 3317-9992  
sac@cni.org.br

*Política Tributária  
Internacional: OCDE, BEPS  
e G20 – Implicações  
para o Brasil*

1

**INTRODUÇÃO**

06

*Política Tributária  
Internacional: OCDE, BEPS  
e G20 – Implicações  
para o Brasil*

2

**POLÍTICA TRIBUTÁRIA  
PÓS-BEPS:  
ANTI-ABUSO E  
PRÓ-DESENVOLVIMENTO**

09

*Política Tributária  
Internacional: OCDE, BEPS  
e G20 – Implicações  
para o Brasil*

3

**RESULTADOS PARCIAIS DO  
PROJETO — BEPS**

19

*Política Tributária  
Internacional: OCDE, BEPS  
e G20 – Implicações  
para o Brasil*

4

**CONCLUSÃO**

37



*Política Tributária  
Internacional: OCDE, BEPS  
e G20 – Implicações  
para o Brasil*

1

# INTRODUÇÃO

**Romero J. S. Tavares**

*Advogado em São Paulo, Consultor  
da CNI em Política Tributária, Mestre  
em Administração de Negócios  
Internacionais pela University of Detroit  
(Michigan, EUA), Professor e Doutorando  
em Tributação Internacional pela  
Wirtschaftsuniversität Wien (Áustria).*

**EM NOVEMBRO DE 2015**, os líderes do G20 se reuniram na Turquia e aprovaram os 14 Relatórios<sup>1</sup> preparados pela *Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico* (OCDE) como resultado parcial do *Projeto Erosão de Base Tributária e Desvio de Lucros* (*Base Erosion and Profit Shifting Project* ou Projeto BEPS)<sup>2</sup>. Ainda há temas técnicos extremamente sensíveis em negociação e em desenvolvimento, num trabalho que resultará na reedição da *Convenção Modelo da OCDE*<sup>3</sup>, *Comentários* e *Diretrizes* de interpretação e que se estenderá até 2020.

Porém, já houve consenso em diversas matérias importantes e diversas normas, que não dependem dos tratados internacionais, serão adotadas através da legislação interna de cada país. Vários países já iniciam a adoção do pacote de medidas. No decorrer de 2016 estarão em negociação os termos e estrutura do *Instrumento Multilateral* de que trata a Ação 15 do Projeto, através do qual se pretende alterar a rede mais de 3.000 tratados bilaterais ora em vigor, ratificando no direito internacional tributário as medidas que resultam do Projeto BEPS.

Neste momento, é preciso defender os interesses do Brasil, do Tesouro Nacional e da Indústria Nacional. Do Tesouro Nacional sobretudo, na medida em que a implementação no exterior das reformas tributárias que resultam do Projeto BEPS tendem a onerar as exportações do Brasil assim como os investimentos brasileiros no exterior. Caso o Brasil não amplie sua rede de acordos para evitar a dupla tributação (ADTs) e não implemente reforma ampla em sua legislação interna, este ônus não terá contrapartida e se converterá em redução da receita auferida pelo Tesouro Nacional. Este estudo traz algumas sugestões de mudanças na legislação brasileira que impediriam ou reduziriam essas consequências negativas.

Não se pode perder de vista que o confronto de políticas tributárias nacionais através da reforma do sistema tributário internacional é, sobretudo, um embate comercial, onde se disputa investimento, produtividade e emprego<sup>4</sup>. A negociação e o desenho desta reforma tributária global, que ocorre desde há décadas no âmbito da OCDE e da Organização das Nações Unidas (ONU)<sup>5</sup>, se reforçou após a crise econômica mundial de 2008-2009 por circunstâncias políticas favoráveis a mudanças, e desde 2013 se desenvolveu significativamente sob o mandato do G20 no Projeto BEPS.

1 Vide OCDE, *Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, (Paris, 2015).

2 Para uma descrição do Projeto BEPS, vide Tavares, Romero J.S., *Política Tributária Internacional: OCDE, BEPS e Brasil – Como deve se posicionar o setor industrial brasileiro?*, Revista Brasileira de Comércio Exterior (RBCE), n. 121 (2014), pp. 52-61.

3 *OECD Model Convention with respect to Taxes on Income and on Capital*, OCDE (1963, reeditado até 2014)

4 Tavares, *Op. cit.* n.1, p. 53.

5 Vale salientar que a Organização das Nações Unidas (ONU) desempenha um papel importante neste contexto. A ONU desenvolveu um *Modelo de Acordo para evitar a Dupla Tributação (UN Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries*, ONU, 1981, reeditado até 2011), em contraposição ao Modelo da OCDE, objetivando salvaguardar os interesses de países em desenvolvimento receptores de investimento estrangeiro direto ou locais onde serviços de infra-estrutura seriam prestados ou onde atividades extrativistas seriam conduzidas por empresas estrangeiras (“países-destino” ou “países-fonte”). O confronto de Modelos ONU e OCDE tende a ser um ponto de partida na negociação de acordos entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, e influenciou o desenho dos acordos brasileiros. Mais recentemente, através das atividades do *United Nations Financing for Development Office*, e do *Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters*, a ONU ganhou nova relevância ao editar um *Manual Prático de Preços de Transferência para países em Desenvolvimento*, utilizando os mesmos princípios da OCDE sobre o tema (posto que neste aspecto os Modelos da ONU e da OCDE não divergem), porém ilustrando interpretações distintas destes princípios por países como China e Índia, e descrevendo a prática brasileira que se distancia dos princípios recomendados pela OCDE e pela ONU. Vide *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations* (OCDE 2010) e *UN Department of Social and Economic Affairs, United Nations Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries* (ONU 2013).

O Projeto BEPS trata de muito mais do que coibir abusos e artificialidades, ou práticas agressivas de elisão fiscal, e não apenas impõe padrões mínimos de conduta contra os países que fomentam tais abusos e artificialidades. A recomposição de bases tributárias é o objetivo declarado do Projeto e é sem dúvida um dentre os diversos temas econômicos relevantes que estão em jogo. Porém este é um embate onde cada país busca equilibrar seus interesses econômicos nacionais mais amplos através de relações internacionais bilaterais e multilaterais. A disputa entre os Estados Unidos da América e a União Européia, e entre ambos e a China, recrudescerá ainda mais em 2015 no contexto da discussão do Projeto BEPS e não se limita à base tributária. Competitividade internacional, atração de capital e geração de empregos em atividades de alto valor agregado (tais como pesquisa e desenvolvimento, tecnologia da informação e *marketing*), é o que está em jogo.

O presente estudo discorre sobre os resultados parciais do Projeto BEPS com base nos relatórios aprovados em novembro de 2015, considerando este contexto mais amplo de relações internacionais e desenvolvimento econômico nacional na qual o Projeto se insere. Apresenta resumidamente alguns dos principais aspectos das análises técnicas apresentados pelo autor para a Confederação Nacional da Indústria (CNI) e *Business and Industry Advisory Committee to the OECD* (BIAC) no decorrer do Projeto BEPS. Aborda ainda questões relacionadas à implementação das reformas oriundas do Projeto BEPS no Brasil, trazendo sugestões de políticas que visam a defesa dos interesses da Indústria e do Tesouro Nacional.





*Política Tributária  
Internacional: OCDE, BEPS  
e G20 – Implicações  
para o Brasil*

# 2

## **POLÍTICA TRIBUTÁRIA PÓS-BEPS: ANTI-ABUSO E PRÓ-DESENVOLVIMENTO**

**Romero J. S. Tavares**

*Advogado em São Paulo, Consultor  
da CNI em Política Tributária, Mestre  
em Administração de Negócios  
Internacionais pela University of Detroit  
(Michigan, EUA), Professor e Doutorando  
em Tributação Internacional pela  
Wirtschaftsuniversität Wien (Áustria).*

## 2.1. Sobre a Guerra Fiscal Internacional e a Nova Convergência

**ATRAVÉS DE COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO**, senadores norte-americanos e deputados ingleses trouxeram a público, em 2012, informações e documentos até então sigilosos sobre as atividades de empresas multinacionais norte-americanas e sobre a baixa tributação efetiva dos mais de US\$ 2,5 trilhões em lucros acumulados no exterior por tais empresas, acobertados por estruturas fiscais aparentemente legítimas que exacerbam o diferimento da tributação residual americana sobre tais lucros. Senadores e congressistas norte-americanos visavam a reforma legislativa que permitiria reestabelecer a tributação nos Estados Unidos sobre os lucros destas empresas sem lhes tolher a competitividade internacional, tema complexo que continua em pauta naquele país.

O Parlamento do Reino Unido, diante da publicidade das estruturas fiscais em questão, conduziu investigação semelhante e trouxe ao público da Europa informações sobre os efeitos para os países europeus oriundos destas mesmas estruturas fiscais complexas e aparentemente abusivas de empresas norte-americanas, que foram denunciadas como *imorais* a despeito de sua legitimidade. Este foi o verdadeiro gatilho do Projeto BEPS, que teve o apoio dos EUA, Europa e todos países do G20<sup>6</sup>.

Alguns países (inclusive da Europa), porém, buscaram se aproveitar do Projeto BEPS para debater reformas mais fundamentais do sistema tributário internacional, que resultariam não apenas na proibição de abusos e aperfeiçoamento das normas, mas numa redução da jurisdição fiscal norte-americana sobre suas empresas multinacionais. países como China e Índia, notoriamente, defendem uma redivisão do poder de tributar empresas multinacionais, sendo que suas ambições de reforma são mais extremas do que as defendidas por países-membros da OCDE, que queriam reformas jurisdicionais mais significativas como parte do Projeto BEPS.

Porém, o consenso político do G20 que motivou o *Mandato* da OCDE para realização do Projeto BEPS não tinha por escopo tal redivisão extrema do poder de tributar, e sim a proibição de abusos e a melhoria do sistema tributário existente. Os Estados Unidos lideraram coalizões com outros membros da OCDE no âmbito do Projeto BEPS, evitando assim a ampliação do escopo do Projeto. Deste modo, os trabalhos do Projeto BEPS não resultaram em numa redistribuição radical do poder de tributar multinacionais, e sim no aprimoramento do sistema visando coibir abusos e artificialidades, e visando o fim da opaca *guerra fiscal internacional*.

Insatisfeitas, União Européia e China ainda buscam implementar medidas unilaterais (inclusive ameaçando execuções retroativas), almejando tributar os lucros residuais de empresas norte-americanas, enquanto os Estados Unidos ameaçam retaliar. Ao mesmo tempo, EUA, Reino Unido, China e diversos países europeus e asiáticos (e.g. Japão) adotam medidas ostensivas para atrair o capital estrangeiro e beneficiar multinacionais que conduzam operações legítimas (inclusive por redução significativa de alíquotas de imposto de renda de empresas), num novo e convergente padrão de concorrência tributária internacional *transparente*<sup>7</sup>.

6 Vide Tavares, R.J.S., Bogenschneider, B., e Pankiv, M., *The Intersection of EU State Aid and U.S. Tax Deferral: A Spectacle of Fireworks, Smoke and Mirrors* (2016).

7 Vide Tavares, R.J.S. e Bogenschneider, B.N., *The New de minimus Anti-Abuse Rule in the Parent Subsidiary Directive:*

Em paralelo com o Projeto BEPS, e se aproveitando do mesmo ensejo político, houve enorme progresso nos trabalhos do *Fórum Global sobre Transparência e Troca de Informações Tributárias (Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes)*, cristalizado pela adesão de 96 países à *Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua em Matéria Tributária* que instrumenta a *Troca Automática de Informações (Automatic Exchange of Information ou AEOI)*, um feito notável. Outro resultado expressivo foi a adesão imediata, em janeiro de 2016, de 31 países à *Convenção Multilateral entre Autoridades Competentes (Multilateral Competent Authority Agreement ou MCAA)*<sup>8</sup>, que instrumenta a *troca automática de Relatórios país-por-país (Country-by-Country Reports ou CbCR)*, nos termos da Ação 13 do Projeto BEPS<sup>9</sup>. Esta nova era de transparência das multinacionais e cooperação internacional entre autoridades tributárias não permitirá aos países que se engajavam em práticas concorrenciais nocivas (que consubstanciavam a guerra fiscal internacional) ocultar tais práticas nem as estruturas abusivas e artificiais delas consequentes.

No era pós-BEPS, é através da negociação multilateral de um novo *sistema de normas tributárias internacionais* que cada país busca redefinir sua posição nas *Cadeias Globais de Valor (CGVs)*<sup>10</sup> de modo coerente e ascender em tais cadeias para capturar mais riqueza. Este embate afetará a competitividade de empresas multinacionais e, conseqüentemente, os mercados de capitais de diferentes países. Influenciará, ainda, a localização de avanços tecnológicos, a distribuição geográfica de ganhos de produtividade e de desenvolvimento de *capital humano*<sup>11</sup> e, dessa forma, determinará o crescimento e prosperidade de cada nação.

**Adotar novas normas mais rigorosas que as anteriores, de modo consistente e coerente, permitirá a cada país coibir abusos na mesma medida que os seus concorrentes** – o que permite um equilíbrio concorrencial (*level playing field*). Esta medida de *neutralidade de normas anti-abuso* entre países que são grandes mercados produtores ou consumidores é essencial para viabilizar a competitividade destes países, que precisam proteger suas bases tributárias sem sacrificar sua eficiência econômica e bem-estar social. Ser seletivo e não adotar todo o pacote de medidas anti-abuso não resolveria o problema BEPS. Por outro lado, ser inconsistente e manter medidas unilaterais anti-abuso mais rigorosas que o padrão internacional, causaria distorções econômicas igualmente graves, ao reduzir a inserção em CGVs e onerar o investimento estrangeiro. É esta dinâmica concorrencial e perspectiva de equilíbrio internacional que deveria orientar a política tributária internacional do Brasil.

É inegável que o ambiente liberal de negócios que se desenvolveu na Europa e na Ásia, com base no sistema de normas tributárias defendidas pela OCDE, foi extremamente favorável à mobilidade de capital e ao comércio internacional e viabilizou a proliferação e o desenvolvimento das CGVs, que aprofundam a interdependência econômica entre os países, disseminam conhecimento, integram mercados e fomentam a produtividade. Participar destas cadeias de valor tem sido fundamental para o enriquecimento da China, por exemplo, assim como para a integração da Europa, e é imprescindível para o sucesso econômico de multinacionais norte-americanas e para o mercado de capitais. Há todavia consenso no reconhecimento de que o sistema de normas internacionais e diretrizes da OCDE se tornou antiquado e se prestou a abusos, inclusive através da reestruturação artificial de CGVs e de práticas de elisão fiscal que se exacerbaram na era da economia digital. Modernizar o sistema para coibir tais abusos e artificialidades foi o escopo do Projeto BEPS.

O Brasil, historicamente, resistiu à adoção dos padrões e diretrizes defendidos pela OCDE. *A priori* porque se via como país em desenvolvimento, meramente impor-

**Validating EU Tax Competition and Corporate Tax Avoidance?** 43 Intertax 484 (2015); e Tavares, R.J.S. e Owens, J., **Global Tax Policy Post-BEPS and the Perils of the Silk Road**, em *Asian Voices: BEPS and Beyond*, IBFD (2016).

8 Vide OECD Press Release, **A boost to transparency in international tax matters: 31 countries sign tax co-operation agreement to enable automatic sharing of country by country information** (January 27, 2016).

9 Vide OECD, **Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 13 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project**, OECD Publishing, Paris (October, 2015).

10 Vide **Relatório Conjunto da OCDE, Organização Mundial de Comércio (OMC) e Conferência das Nações Unidas Sobre Comércio Internacional e Desenvolvimento (UNCTAD)** para a Reunião de Cúpula Comercial dos Líderes do G-20 em São Petesburgo, Rússia em Setembro de 2013, **Implicações das Cadeias Globais de Valor para o Comércio, Investimento, Desenvolvimento e Emprego** [Implications of Global Value Chains for Trade, Investment, Development and Jobs (2013)]; **Relatório Conjunto da OECD, OMC e Banco Mundial** para a Reunião de Ministros do G-20 em Sydney, Austrália, 19 Julho de 2014, **Cadeias Globais de Valor: Desafios, Oportunidades, e Implicações para Políticas** [Global Value Chains: Challenges, Opportunities, and Implications for Policy (2014)]; e **Relatório da OCDE, Economias Interconectadas: Beneficiando-se das Cadeias Globais de Valor** [Interconnected Economies: Benefiting from Global Value Chains (2013)].

11 Vide **Human Capital in Value Creation and Post-BEPS Tax Policy: An Outlook**, Bulletin of International Taxation, IBFD (2015), pp. 591-601.

tador de capital, em um mundo onde o comércio internacional era restrito. Nas últimas duas décadas, após a redução de barreiras ao comércio exterior propagada pela Organização Mundial de Comércio (OMC), o Brasil manteve a postura divergente em matéria de imposto de renda por perceber as fragilidades do modelo normativo recomendado pela OCDE e a opacidade de diversos países que se engajaram na deplorável guerra fiscal internacional – opacidade esta que se encerra com o alvorecer de uma era de transparência sem precedentes resultante do Projeto BEPS.

O Brasil continuou a divergir do padrão OCDE também em razão da complexidade das Diretrizes na área de preços de transferência e do ônus decorrente da administração de tal complexidade e desenvolveu um sistema próprio, unicamente brasileiro (e.g. preços de transferência, tributação e dedutibilidade de *royalties* e serviços prestados no exterior, etc.), que em grande medida repele os abusos e artificialidades de que trata o Projeto BEPS.

O sistema brasileiro de tributação da renda de pessoas jurídicas (e de rendimentos auferidos por não-residentes), porém, desincentiva o investimento produtivo nacional e estrangeiro e onera excessivamente o comércio internacional. O Brasil, por exemplo, impõe barreira não-tarifária relevante para a importação de conhecimento e de bens intangíveis, inclusive quando incorporados em insumos e componentes industriais, assim como para a importação de serviços de assistência técnica e administrativa. Isto efetivamente impede a plena inserção do Brasil em cadeias globais de valor. Ou seja, para coibir o potencial abuso de empresas estrangeiras quando o sistema internacional era mais vulnerável do que é hoje, o sistema brasileiro optou por onerar a todos, isolando a Indústria Nacional como um todo, deprimindo o crescimento econômico e o punindo o trabalhador brasileiro.

O novo sistema internacional que emerge do Projeto BEPS (assim como as melhores práticas de diferentes países para coibir abusos e artificialidades) se apresenta como uma alternativa viável para o Brasil. As novas regras e novas práticas se aplicarão num ambiente de transparência das cadeias globais de valor e das empresas multinacionais e de grande cooperação entre autoridades fiscais de todo o mundo, principalmente para os países que mantiverem rede ampla de tratados. **Ampliar a rede de tratados e convergir aos novos padrões** utilizando as melhores práticas internacionais, em cooperação com a OCDE e em sintonia com as opções de política fiscal praticadas por economias emergentes de grande porte (como a Índia), é o único caminho que não trará prejuízos (**e sim ganhos**) para o Brasil, protegerá o Tesouro Nacional e o investimento brasileiro no exterior e permitirá a inserção do Brasil em cadeias globais de valor. Por outro lado, se o Brasil continuar a manter uma rede limitada de tratados, não ocupar o espaço na OCDE que lhe é acessível, continuar divergindo do padrão mundial de normas tributárias estabelecido e aperfeiçoado através do Projeto BEPS, prejuízos substanciais serão impostos à Indústria e ao Tesouro Nacional.

Ou seja, se o Brasil for *seletivo e parcial* na implementação de reformas derivadas do Projeto BEPS, sem considerar imperativos de crescimento e competitividade da economia brasileira, e se se mantiver isolado do resto do mundo em aspectos cruciais de sua estrutura de normas tributárias e práticas administrativas em matéria de imposto de renda, estará exposto a grandes riscos. O Tesouro Nacional brasileiro corre o risco de perder receita tributária relevante como resultado do Projeto BEPS face ao esperado incremento de tributação imposta no exterior sobre empresas multinacionais brasileiras (bem como sobre grandes exportadores nacionais), sem perspectiva de auferir um correspondente incremento da base tributária brasileira sobre o capital estrangeiro. O Brasil corre o risco de perder competitividade em suas exportações, que tendem a encarecer no exterior devido a verdadeiras barreiras comerciais travestidas de impostos sobre a renda. E corre o risco de forçar a migração para o exterior (e.g. Europa, Índia) de *funções e atividades* de alto valor agregado conduzidas hoje no Brasil por empresas transnacionais.

A limitada rede brasileira de *Acordos Internacionais para evitar a Dupla Tributação* (ADT)<sup>12</sup> e a incipiente rede *Acordos de Promoção e Proteção de Investimentos* (APPs)<sup>13</sup> reduzem a atratividade do Brasil para o investimento estrangeiro direto. As deficiências admi-

12 Vide Confederação Nacional da Indústria, **Relatório dos investimentos brasileiros no exterior 2013 - Recomendações de Políticas Públicas para o Brasil**, CNI (Brasília, 2013); e CNI/FET/EY, **Análise da Rede Brasileira de Acordos de Dupla Tributação – Razões e Sugestões para seu Aprimoramento e Ampliação**, CNI (Brasília, 2015).

13 O Brasil assinou 14 Acordos Bilaterais de Investimento entre 1994 e 1999 que não foram ratificados (inclusive com Alemanha, Holanda, Reino Unido e Suíça), e 22 outros APPs (em 2015 com Angola, Chile, Colômbia, Malawi, México e Moçambique, pedentes ratificação), dos quais 13 estão em vigor (principalmente os que envolvem o Mercosul).

nistrativas ou normativas que reduzem a utilidade dos ADTs existentes e os tornam por vezes ineficazes têm o mesmo efeito nocivo. Essas situações impõem um risco-prêmio para o investimento no Brasil, um custo adicional para o capital estrangeiro, diminuindo o volume total de investimentos no Brasil – ou a concorrência – mesmo quando direcionados ao mercado brasileiro (*market-seeking*) e aos recursos naturais do país (*resource-seeking*). Tendem também a inviabilizar investimentos estrangeiros voltados para a eficiência produtiva (*efficiency-seeking*), que otimizariam a capacidade industrial já instalada no Brasil e permitiriam um crescimento do setor, e que se caracterizam pela inserção de estabelecimentos industriais em CGVs. No mundo “pós-BEPS” estas limitações e deficiências representarão não apenas um fardo para o setor privado, mas um ônus significativo para o Tesouro Nacional. Se o Brasil continuar a ter um sistema inconsistente de tributação da renda de pessoas jurídicas (e de tributação de rendimentos de não-residentes) e uma rede limitada de ADTs e APPIs, continuará aquém de sua capacidade de crescimento e, ao contrário de economias emergentes como China, Índia e México, não aproveitará como poderia o setor industrial para promover a inclusão social.

O Brasil é um país industrial e não apenas uma economia extrativista. E o seu setor industrial intermediário nunca será competitivo se for destinado primariamente ao mercado nacional e se se mantiver relativamente isolado de CGVs enquanto o mundo se torna cada vez mais interdependente. O agronegócio brasileiro é pujante, assim como os setores de mineração e metais, e as cadeias de valor relacionadas a *commodities* se desenvolveram no Brasil; todavia, mesmo nestas cadeias, boa parte das atividades de maior valor agregado ocorre no exterior. **O setor industrial brasileiro está significativamente subdimensionado e subrepresentado nas CGVs, o que representa imensa oportunidade de crescimento para o Brasil.**

Políticas coerentes que viabilizem a plena inserção do setor industrial brasileiro nas CGVs, para além do seu envolvimento no atendimento ao mercado interno, assim como do setor de serviços (em especial de tecnologia da informação), serão essenciais para o crescimento do país e se apresentam como o caminho para se diminuir a desigualdade social de modo sustentável, através do pleno desenvolvimento do nosso capital humano. **Defender os interesses do Brasil é não perder a oportunidade de convergir aos novos padrões multilaterais com soberania e entender que a proteção dos interesses do Tesouro Nacional e da Indústria Nacional podem sim coincidir.**

## 2.2. Cadeias Globais de Valor, Investimento Estrangeiro e o Projeto BEPS

A oportunidade de reposicionamento estratégico do Brasil na era pós-BEPS não se limita à proteção da competitividade das exportações brasileiras e das empresas transnacionais brasileiras, muito embora estes sejam objetivos importantes abordados neste estudo.

**É notório que o** estoque de investimentos estrangeiros diretos realizados por empresas brasileiras no exterior cresceu significativamente nas últimas duas décadas, passando de USD 44,5 bilhões, em 1995, para USD 206 bilhões, em 2012, e chegando a USD 315 bilhões, em 2014. Todavia, o crescimento do investimento direto por empresas estrangeiras que operam no Brasil foi ainda mais espetacular no mesmo período. O estoque em 1995 era de USD 47,9 bilhões e passou a USD 696 bilhões, em 2011, chegando a USD 755 bilhões em 2014<sup>14</sup>.

Entretanto, as empresas multinacionais mantêm reservas de USD 4,4 trilhões<sup>15</sup> em caixa e tais reservas se distribuirão em investimentos produtivos em todo o mundo. Logo, uma reavaliação da política tributária internacional do Brasil não pode se limitar a um exame dos efeitos de tal política sobre as transnacionais brasileiras e a proteger a competitividade de tais empresas pós-BEPS repelindo ameaças ao Tesouro Nacional. É preciso também avaliar como o Brasil pode incrementar seu ambiente de investimentos na era pós-BEPS e proteger sua base tributária de modo coerente também em se tratando de multinacionais estrangeiras. A convergência pós-BEPS do Brasil a padrões tributários internacionais em matéria de imposto de renda pode resultar na atração de uma parcela significativa desses US\$ 4,4 trilhões em IED do tipo *efficiency-seeking*, para melhor aproveitamento da capacidade industrial brasileira e sua plena inserção em CGVs.

O Brasil atrai capital estrangeiro há mais de um século, principalmente em razão do mercado interno e de seus recursos naturais. Diversos países que alcançaram níveis

14 UNCTAD, *World Investment Report (WIR) 2015, Reforming International Investment Governance*, ONU (2015), *Country Fact Sheet: Brazil*.

15 UNCTAD WIR 2015, *Op. cit.* n. 10 *supra*, p. 19.

altos de desenvolvimento econômico e social (tais como Cingapura e Coréia do Sul) o fizeram através de estratégias que privilegiaram o investimento estrangeiro que busca eficiência e da convergência de normas que se recomenda para o Brasil. China e Índia crescem exponencialmente por combinarem suas características de grandes mercados consumidores (e de mão-de-obra), que o Brasil também tem, com estratégias de atração de investimentos estrangeiros e convergência normativa que falta ao Brasil e que permitem a estes países muito maior inserção em CGVs, como veremos adiante.

O estoque de investimento estrangeiro na China<sup>16</sup> aumentou de USD 101,2 bilhões, em 1995, (111,2% maior que o do Brasil) para USD 712 bilhões, em 2011, (22,1% maior que o do Brasil), chegando a USD 1,1 trilhão em 2014 (43,8% maior que o do Brasil), ano em que a China passou a ser o principal receptor de IED no mundo, superando os Estados Unidos. Vemos que o patamar a que chegou o Brasil em 2011, pela emergência do seu mercado consumidor interno e a atratividade dos seus recursos naturais, aproximou o Brasil da China. Porém a menor participação do Brasil em fluxos de investimento em CGVs o deixa atrelado aos mercados de commodities e mais vulnerável a crises internas.

Outrossim, vemos que o estoque de investimentos da China no exterior<sup>17</sup> aumentou de USD 17,8 bilhões, em 1995, (60% menor que o do Brasil), para USD 424,8 bilhões, em 2011, (106% maior que o do Brasil), chegando a USD 729,6 bilhões em 2014 (130,1% maior que o do Brasil). Alguns aspectos da política tributária internacional da China, como por exemplo o rápido desenvolvimento de sua rede de ADTs e a implantação de normas de preços de transferência que se fundamentam nas Diretrizes da OCDE (ainda que com algumas diferenças de interpretação relevantes), favorecem a expansão chinesa em ambos os fluxos de investimento. A alíquota chinesa de imposto de renda de pessoas jurídicas de 25% (que pode chegar efetivamente a 15% em setores estratégicos) e a ausência de norma de tributação antecipada de lucros auferidos no exterior, com escopo exacerbado e punitivo como o da regra brasileira, sem dúvida também colaboram para a expansão do investimento chinês no exterior.

O caso da Índia é semelhante, ainda que os valores absolutos sejam menores e que o estoque de investimentos da Índia no exterior não tenha crescido significativamente entre 2012 e 2014. O estoque de investimentos estrangeiros na Índia passou de USD 5,6 bilhões, em 1995, (87,3% menor que o do Brasil), para USD 206,4 bilhões, em 2011 (70,4% menor que o do Brasil), e chegou a USD 252,3 bilhões em 2014 (66,6% menor que o do Brasil). O estoque de IEDs da Índia no exterior era irrelevante em 1995 (US\$ 495 milhões), porém chegou a USD 109,5 bilhões em 2011 (46,9% menor que o do Brasil) e a US\$ 129,6 bilhões em 2014 (59% menor que o do Brasil). A Índia, como a China, aumentou sua rede de tratados e adotou as Diretrizes da OCDE. Porém, o país operava em um ambiente de alta litigiosidade e incerteza na área tributária, o que busca tornar mais eficiente no pós-BEPS para atrair mais capital estrangeiro, principalmente no setor automotivo, como parte da sua nova política industrial "Make in India". A Índia, todavia, carece de infra-estrutura, energia e recursos naturais e, ainda assim, teve crescimento maior que o brasileiro na atração de capitais estrangeiros, em parte graças à sua maior captação de *efficiency-seeking* IED e maior inserção em CGVs. Não se trata apenas de atratividade por baixo custo de mão-de-obra. A Índia vem galgando posições nas CGVs com o desempenho de funções estratégicas com alto valor agregado, tais como pesquisa e desenvolvimento. O país adota em *transfer pricing* posições que lhe permitem tratar como lucros de fonte indiana os ganhos de sinergia por diferenças de custo (principalmente de mão-de-obra qualificada), conceito que ganhou força no âmbito do Projeto BEPS.

Entre 30% e 60% das exportações dos países do G20 são de insumos utilizados em cadeias globais de valor, sendo que 80% de tais cadeias são coordenadas por empresas multinacionais e empresas locais (principalmente do setor industrial) que contribuem com entre 40% e 50% do valor agregado de tais CGVs. A renda produzida por tais fluxos comerciais (dentro das CGVs) dobrou entre 1995 e 2009 (para a China cresceu 600%, para Índia 500% e para o Brasil 300%)<sup>18</sup>. Os maiores ganhos se verificaram na China, Índia, Japão e Coréia do Sul<sup>19</sup>. A ilustração a seguir, porém, demonstra que o envolvimento do Brasil em CGVs decorre quase unicamente da exportação de suas *commodities* e sua participação em CGVs se mantém quase inalterada desde 1995.

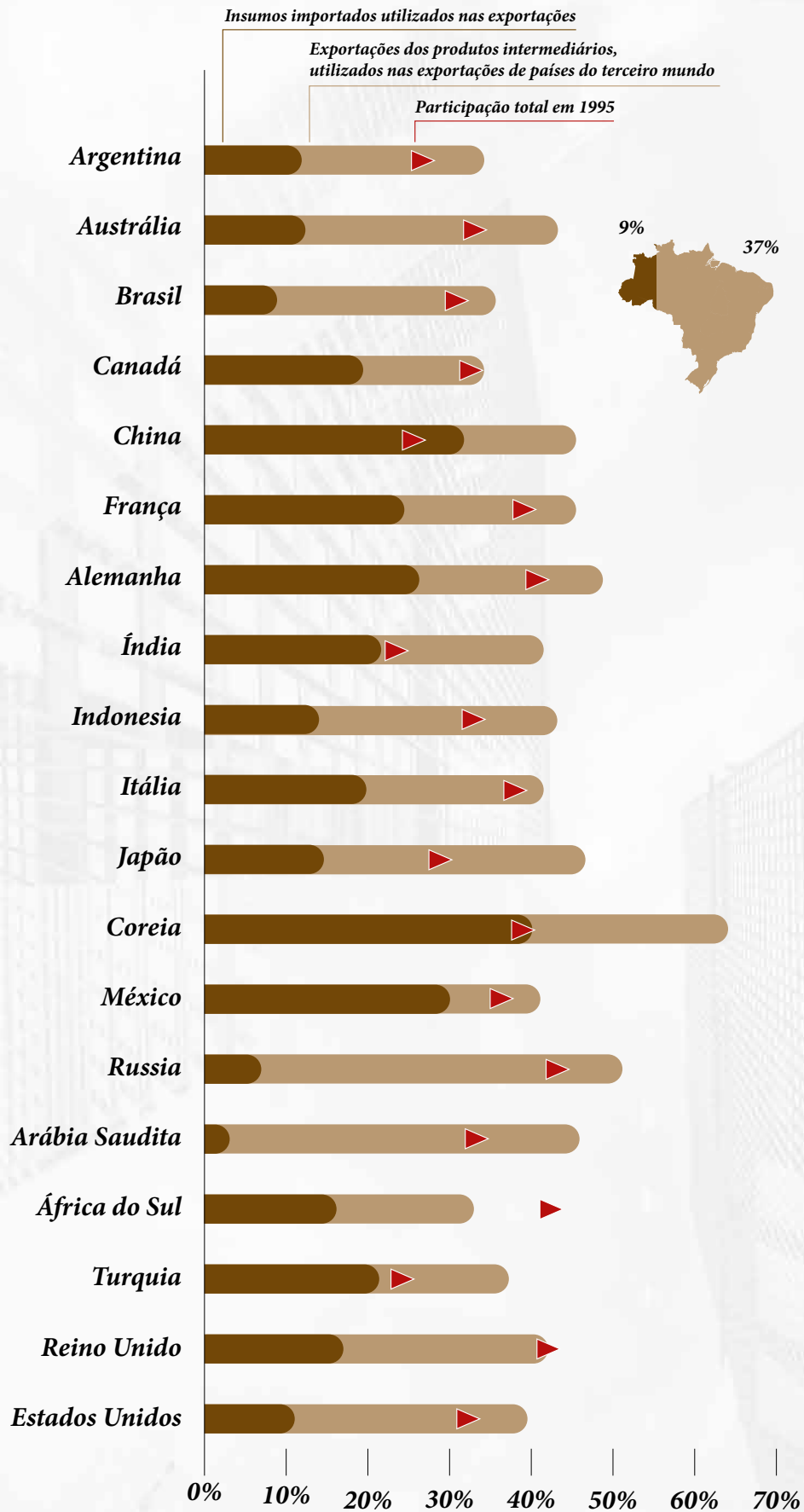
16 Id., **Country Fact Sheet: China**.

17 Ibid.

18 Vide OCDE/OMC/UNCTAD, *Op. cit.* n. 7, p.5.

19 Vide OCDE/UNCTAD/Banco Mundial, *Op. cit.* n. 7, p.13.

**Figura 1: Participação em Cadeias Globais de Valor**



O índice é calculado como uma porcentagem das exportações brutas e tem dois componentes: o conteúdo importado das exportações e as exportações de insumos intermediários (bens e serviços) usados nas exportações dos países do terceiro mundo.

Fonte: OCDE (2013a)

Ou seja, a participação do Brasil em CGVs se manteve praticamente inalterada de 1995 a 2009 e, diante do baixo conteúdo importado de suas exportações (assim como se observa na Argentina, Austrália, Rússia e Arábia Saudita), o seu engajamento continua a ser predominantemente no fornecimento de *commodities* (do agronegócio ou do setor de mineração e metais), que são utilizadas como insumos e re-exportadas no elo seguinte da cadeia. O incremento de 300% na renda auferida pelo Brasil nestas CGVs se correlaciona diretamente com as altas nos preços de *commodities* no mesmo período. Esta observação é consistente com o fato de que os investimentos de empresas brasileiras no exterior<sup>20</sup> tendem a ser *market-seeking* (principalmente no setor de alimentos e agronegócio, mas também em serviços como engenharia, e em menor escala em outros setores industriais), e *resource-seeking* (principalmente em mineração e metais), assim como os investimentos estrangeiros no Brasil.

Uma maior participação na industrialização intermediária, com insumos importados, representaria um salto quantitativo e qualitativo no engajamento do Brasil em CGVs. Porém tal incremento só será viável se houver maior convergência das normas tributárias brasileiras com as internacionais e se apresenta como oportunidade pós-BEPS. Dentre 19 países<sup>21</sup> do G-20, o pequeno incremento de participação do Brasil entre 1995 e 2009 (a despeito do *boom* das *commodities*) foi inferior ao de nada menos que 15 países, sendo que, dentre os que apresentaram menor crescimento, o Reino Unido já apresenta grau de inserção significativamente superior, inclusive na industrialização intermediária. Além de Coréia do Sul e Japão, Índia e China apresentaram o maior crescimento de participação em CGVs no período, sendo que todos têm conteúdo importado em suas exportações significativamente maior que o brasileiro, ou seja ganharam em participação nas CGVs e cresceram significativamente em razão do fomento à industrialização intermediária.

Na operação de CGVs se observa uma enorme fragmentação de atividades de industrialização e assistência técnica e administrativa e absoluta interdependência de operações, que são comumente dirigidas remotamente. Além da consistência de normas de preços de transferência, com particular ênfase na avaliação de intangíveis, a ausência de barreiras para a importação de serviços de assistência técnica e administrativa<sup>22</sup> relacionados à atividade-fim das empresas que se fragmentam ao longo das CGVs, são fundamentais para viabilização dos ganhos de eficiência das CGVs. A disponibilidade de procedimentos administrativos que eliminam a dupla-tributação e evitam litígios também viabiliza o funcionamento de CGVs, tais como as *consultas vinculantes em preços de transferência* (*Advance Pricing Agreements* ou APAs) e os procedimentos amigáveis dos ADTS (*Mutual Agreement Procedures* ou MAPs). Essas práticas reduzem o risco-país que se atribui ao custo de capital intra-grupo e as despesas administrativas para cumprimento de obrigações fiscais, desonerando projetos industriais.

A consistência de normas e a ausência de barreiras ao comércio de serviços estimulam a plena inserção de diferentes países em tais cadeias. O sistema brasileiro opera em situação diametralmente oposta à recomendada. Por ter normas inconsistentes em *transfer pricing* (principalmente em se tratando de intangíveis), por impor barreiras à importação de serviços, por manter uma rede limitada de ADTs, e por, conseqüentemente, **não se utilizar das melhores práticas administrativas internacionais (tais como APAs bilaterais ou multilaterais e MAPs) o Brasil se mantém distante das melhores etapas das cadeias globais de valor.**

Vale observar a extensão<sup>23</sup> (e a maturidade) das redes de ADTs de outros países, o que serve como indicador do grau de compatibilidade de suas normas tributárias com os padrões internacionais.

20 Vide CNI, *Op. cit.* n. 9 *supra*, p. 9.

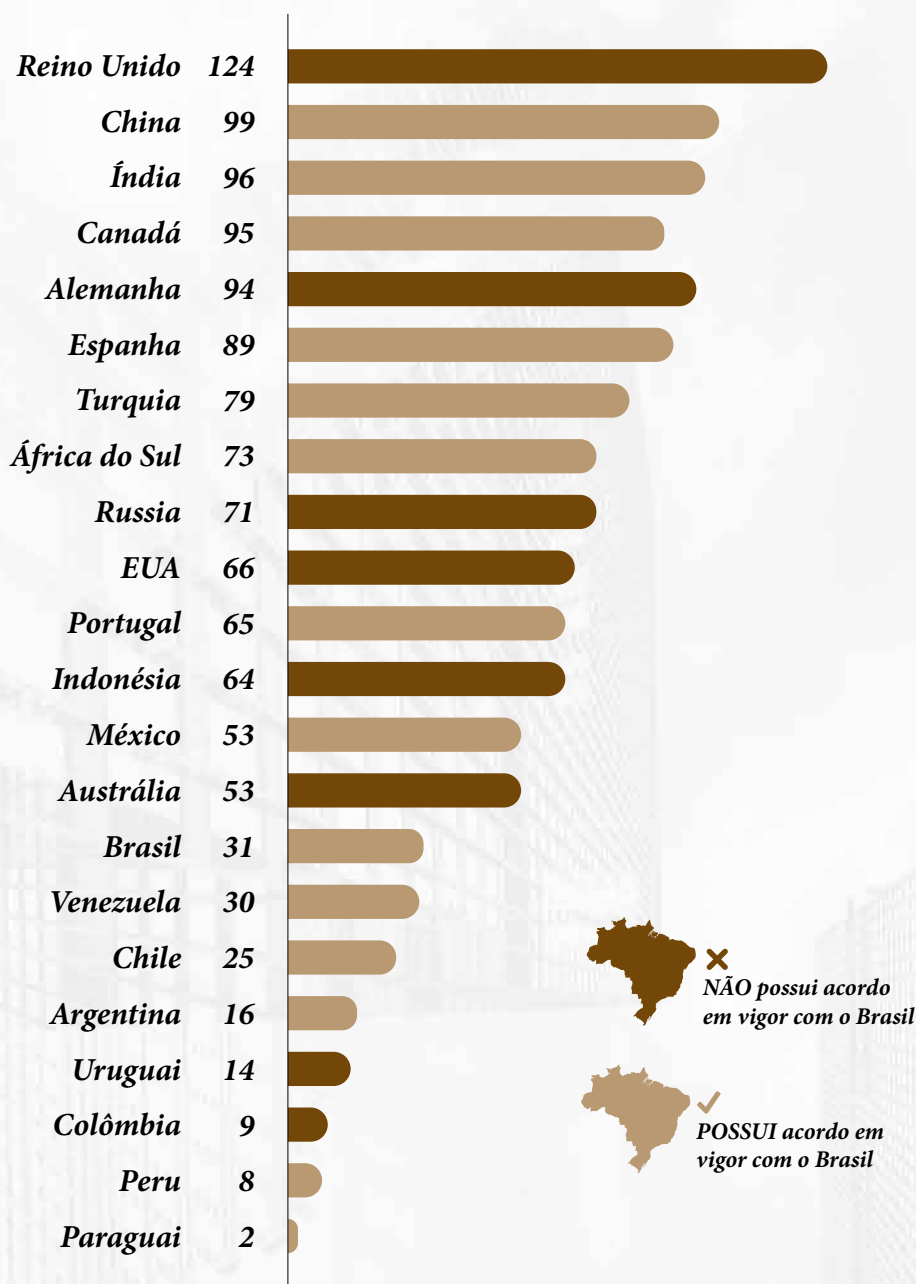
21 A União Europeia também é membro do G-20.

22 Por exemplo, a centralização e compartilhamento de custos das atividades-suporte de tais empresas, que resulta na cobrança internacional de serviços técnicos e não-técnicos, administrativos e assemelhados, é essencial para a eficiência destas cadeias.

23 Vide CNI/FET/EY, *Op. cit.* n. 9 *supra*.



**Figura 2: Extensão de Redes de Acordos para evitar a Dupla Tributação**



Fonte: Levantamento feito pela EY em Julho de 2015

Vê-se que há nítida correlação entre lograr participação intermediária relevante em CGVs (marcada pelo alto conteúdo importado das exportações), conforme ilustrado na Figura 1, e manter um alto número de ADTs, conforme demonstrado na Figura 2 acima. Uma rede extensa de tratados comumente representa (ou sinaliza) maior aproximação de normas nacionais e internacionais em matéria de imposto de renda. Dentre os países do G-20, Coréia do Sul, China e México, por exemplo, se destacam em ambos os indicadores. Alemanha, França, Índia e Turquia também demonstram esta correlação.

A análise da maturidade da rede de ADTs é ainda mais reveladora como indicador dos fluxos de investimentos estrangeiros compatíveis com o incremento na participação “intermediária” em CGVs. Entre 1985 e 1995 a China iniciou a formação de sua rede e concluiu 43 ADTs que contemplam todos os principais países que investiriam no país e entre 1996 e 2015 concluiu 57 novos ADTs para proteger também os investimentos chineses no exterior. A Índia, antes de 1985, tinha apenas 5 ADTs, entre 1985 e 1995 concluiu 25 e de 1996 a 2015 mais 66, tendo hoje acordos em vigor com todas os principais países investidores e destinos de seus investimentos.

Ou seja, no mesmo período em que expandiram suas redes de ADTs e convergiram a padrões internacionais (principalmente em *transfer pricing*), China e Índia conseguiram incrementar exponencialmente suas participações em CGVs e atraíram investimentos estrangeiros diretos adicionais aos que atraíam em razão dos seus mercados. Com isso, sua renda oriunda de CGVs cresceu entre 500% e 600% a despeito de não se destacarem na exportação de commodities (ao contrário, a China importou volumes substanciais de commodities brasileiras com preços crescentes, patrocinando os ganhos do Brasil no período). O Brasil já tinha 12 ADTs em 1980 e chegou a 20 em 1990, porém desde então aumentou sua rede para apenas 31 (sendo que a Alemanha denunciou o ADT justamente em razão da inconsistência entre as normas brasileiras e cláusulas importantes do tratado)<sup>24</sup>.

Note que há países que se apresentam como *canais de investimentos estrangeiros*, com vasta rede de ADTs e APPIs, além de boa infraestrutura, proximidade de mercados consumidores relevantes, baixo risco soberano e disponibilidade de mão-de-obra qualificada. Dentre os que servem a investimentos brasileiros no exterior, se destacam a Áustria (com nada menos que 91 ADTs e 62 *Bilateral Investment Treaties* ou BITs em vigor, além de 64 outros APPIs em vigor) e a Holanda (com 95 ADTs, 91 BITs e 53 outros APPIs em vigor)<sup>25</sup>. A despeito dos abusos e artificialidades combatidos pelo projeto BEPS (que por vezes se utilizavam de países como estes), a UNCTAD reconhece hoje o papel extra-fiscal relevante dos países que se colocam como *plataformas de reinvestimento* receptores de *atividades-sede e/ou de gestão de CGVs* e os vê como facilitadores do investimento estrangeiro<sup>26</sup>.

A coerência entre o sistema tributário de cada país e suas estratégias no que diz respeito a ambos os fluxos de investimento estrangeiro direto (IED) continua a ser buscada e redefinida unilateralmente. Participar deste *jogo multilateral* que interage com *reformas tributárias unilaterais*, buscando coerência entre as políticas tributária e comercial de cada país, considerando cooperativamente os movimentos dos demais *jogadores (Nash)*<sup>27</sup>, é a única postura que permite a cada país ganhar (ou não perder) competitividade e riqueza. Cabe ao Brasil reconhecer esta realidade.

A China assume a Presidência do G20 em 2016 e a sua autoridade tributária publicou versão em mandarim de todos os relatórios do Projeto BEPS publicados pela OCDE, após editar novas e robustas regras de preços de transferência já se aproveitando dos novos padrões que emergem do Projeto<sup>28</sup>. Além disso, anunciou que editará o pacote integral (e não seletivo) de medidas anti-BEPS, ainda que adaptado aos interesses da China em especial no que diz respeito a regras de *transfer pricing* (sem perder de vista sua estratégia de crescimento e de investimentos em infra-estrutura).

A União Europeia editou nova *Diretiva*<sup>29</sup> visando a promulgação de *todos os "padrões mínimos"* do Projeto BEPS que se instrumentarão através de legislação interna a ser editada por cada país-Membro. Diversos outros países já iniciam a implementação de reformas, e reestruturam suas práticas tributárias internacionais. A Índia, por seu enfoque no setor industrial e engajamento em CGVs, se aproximou dos seus principais investidores ocidentais (Estados Unidos e Alemanha) e implementa cooperação entre os fiscos visando a resolução de disputas através de procedimentos amigáveis, quer através de *Acordos Prévios de Precificação (Advance Pricing Agreements)* bilaterais ou multilaterais que facilitam a administração das Diretrizes OCDE de Preços de Transferência e reduzem conflitos, quer através da fiscalização conjunta de cadeias globais de valor<sup>30</sup>. Agora é a hora do Brasil se posicionar.

24 Vide CNI/FET/EY, *Op. cit.* n. 9.

25 UNCTAD, *Investment Policy Hub*, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/liasByCountry#iialnnerMenu>.

26 UNCTAD WIR 2015, *The importance of offshore investment hubs and transit FDI*, pp. 188 et seq.

27 Para um resumo da obra de John Nash e bibliografia sobre teoria dos jogos e equilíbrio em jogos finitos, e sua aplicabilidade na economia, sociologia e política internacional, *vide e.g.* Nobel Seminar (1994), *The Work of John Nash in Game Theory*, disponível online em [http://www.nobelprize.org/nobel\\_prizes/economic-sciences/laureates/1994/nash-lecture.pdf](http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1994/nash-lecture.pdf); e T.L. Turocy, B. von Stengel, *Game Theory*, CDAM Research Report LSE-CDAM-2001-09 (2001).

28 Vide Tavares e Owens, *Op. cit.* n. 7.

29 Vide European Commission, *Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market* COM/2016/026 final - 2016/011 (CNS).

30 Vide Tavares e Owens, *Op. cit.* n. 7.

*Política Tributária  
Internacional: OCDE, BEPS  
e G20 – Implicações  
para o Brasil*

3

## RESULTADOS PARCIAIS DO PROJETO BEPS

**Romero J. S. Tavares**

*Advogado em São Paulo, Consultor  
da CNI em Política Tributária, Mestre  
em Administração de Negócios  
Internacionais pela University of Detroit  
(Michigan, EUA), Professor e Doutorando  
em Tributação Internacional pela  
Wirtschaftsuniversität Wien (Áustria).*

**O PROJETO BEPS EM RESUMO**, tinha por objetivos<sup>31</sup>: (1) coibir de modo consistente o uso de empresas e estruturas “de papel”, artificiais, deslocadas das atividades econômicas, e dos regimes tributários nocivos que as acobertam (i.e., “Cash Boxes” e “IP Boxes”); (2) reduzir inconsistências jurídicas conceituais que resultam em inconsistências de tratamento de operações financeiras ou de pessoas jurídicas (i.e., estruturas ou instrumentos “híbridos”); (3) exigir o aperfeiçoamento consistente das regras de tributação de rendas passivas inclusive por presunção, enfatizando a necessidade de substância econômica de atividades operacionais (i.e., incrementar a eficácia de regras “CFC”); e (4) aperfeiçoar de modo consistente as normas e diretrizes de *transfer pricing* para dar maior refinamento ao Princípio de Comparação (de Preços ou Lucros) em Bases Comutativas (*Arm’s Length Principle* ou “ALP”), especialmente no que diz respeito a ativos intangíveis. O objetivo é obter maior alinhamento do reconhecimento de lucros com as jurisdições onde se desenvolvem funções e atividades de criação de valor (i.e., desenvolvimento e uso dos ativos intangíveis, ao invés do mero financiamento de atividades de pesquisa e da mera propriedade jurídica de patentes).

Por outro lado, vale salientar novamente que o Projeto BEPS não se direcionou ao debate das alíquotas de tributação de renda praticadas em diferentes países e não definiu como nocivos os regimes que utilizam alíquotas relativamente baixas. Além disso, continua a recomendar o regime de tributação definitiva de rendas ativas no país-destino como prática que mais conduz ao desenvolvimento econômico, aceitando o método de tributação residual diferida na origem (método norte-americano), em gritante contraste com a regra anti-diferimento brasileira. E a despeito do amplo debate sobre métodos alternativos, o Projeto BEPS não rejeitou o *Arm’s Length Principle* e serviu para aprimorar as Diretrizes de *Transfer Pricing* da OCDE, conferindo maior lucidez à análise econômica e funcional que orienta os métodos recomendados e maior robustez aos instrumentos jurídicos necessários à sua administração.

Com estes objetivos, o Projeto BEPS resultou principalmente na sistematização de novos **Padrões Mínimos**, novas regras anti-abuso que todos os países do G20 (inclusive o Brasil) concordaram em implementar o quanto antes. São estes os resultantes da Ação 5 sobre as “Práticas Tributárias Internacionais Nocivas” perpetradas por países que se engajaram na guerra fiscal internacional (*Countering Harmful Tax Practices More Effectively taking into account Transparency and Substance*); da Ação 6 sobre o “Uso Impróprio” (ou Abuso) de ADTs (*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*); da Ação 7 que Previne a Elisão Fiscal através da Não-Characterização Artificial de Estabelecimento Permanente (*Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status*); da Ação 13 sobre os novos padrões de Documentação de estudos de Preços de Transferência e Relatórios país-por-país (*Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting*); e da Ação 14 sobre a Resolução de Disputas Internacionais (*Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective*). Além destes, se tornam novos padrões mínimos as trocas automáticas de informações tributárias (AEOI) que emergem do Fórum Global inclusive para Ação 13 (CbCR)<sup>32</sup>.

31 Vide Tavares, *Op. cit.* n. 2.

32 Vide OCDE, *Op. cit.* n. 8.

Este pacote de **padrões mínimos** deverá se materializar em normas jurídicas de direito internacional tributário (*hard law*) alterando os ADTs através do **Instrumento Multilateral** da Ação 15 (*Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties*). Dentre os **padrões mínimos**, apenas o que emerge da Ação 5 não deverá ser objeto dos ADTs e sim da legislação interna, do direito tributário internacional de cada país (assim como a possível de adoção de regra geral anti-abuso em matéria de tratados como parte opcional da Ação 6). A promulgação de pacote de normas jurídicas que implementem todos estes **padrões mínimos** representa um grande avanço do sistema tributário internacional e responde a muitas das principais preocupações dos três pilares do Projeto BEPS (Coerência, Substância e Transparência).

Outros temas de grande importância, absolutamente complementares aos **padrões mínimos**, tomaram a forma de **Recomendações**, que devem se materializar em novos **Comentários** ao Modelo de Convenção da OCDE (*soft law*). É de se esperar que autoridades fiscais dos países-membros da OCDE se comprometerão a interpretar os tratados nos termos dos novos Comentários da OCDE caso não insiram **Observações** aos **Comentários** (funcionalmente equivalentes a **Reservas**) quando da publicação do novo Modelo e, obviamente, caso seus tratados bilaterais sejam consistentes com o Modelo OCDE (e caso não façam Reservas ao Instrumento Multilateral da Ação 15).

Ainda que com menos contundência, o mesmo se poderia argumentar no caso de países que não são membros da OCDE e participaram do Projeto BEPS *on equal footing*. Os Comentários da OCDE ao Artigo 9 do Modelo fazem referência às **Diretrizes** de Transfer Pricing como instrumentos de interpretação e aplicação do Princípio *Arm's Length*. Em se tratando do Artigo 9 da Convenção esta obrigação de registrar Observações aos Comentários é mais controversa, posto que as Diretrizes não integram diretamente os Comentários. De todo modo, as Diretrizes exercem grande influência e são usualmente reproduzidas (por vezes, adaptadas) nos termos do direito tributário de cada país em matéria de transfer pricing, sendo inclusive comumente utilizadas como instrumentos de interpretação por julgadores na resolução de litígios. Logo, o conteúdo do Relatório sobre *transfer pricing* (*Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10*), apesar de se materializar em *soft law*, terá grande eficácia jurídica.

Também se materializaram em **Recomendações** os Relatórios da Ação 2 sobre "Instrumentos ou Entidades Híbridas" (*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*) e da Ação 4 sobre os "Abusos na Dedutibilidade de Juros e outras Despesas Financeiras" (*Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments*). Tais reformas são opcionais, e se implementarão através da legislação interna de cada país. Nestas Ações 2 e 4, porém, vê-se que o alcance das medidas pode ir além do combate ao abuso e artificialidade e, inadvertidamente, afetar negativamente o investimento produtivo (nacional e estrangeiro). Há que se buscar a coerência entre o objetivo e propósito de tais regras anti-abuso e sua coerência com regras de preços de transferência e políticas nacionais indutoras do investimento.

Por fim, algumas das Ações do Projeto BEPS se materializaram apenas em **Relatórios de Melhores Práticas**. É o caso da Ação 3 sobre regras de tributação de rendas passivas inclusive por presunção (*Designing Effective Controlled Foreign Company Rules*). Como se era de esperar, a regra brasileira, que também tributa antecipadamente os lucros ativos reinvestidos em operações no exterior, não foi tida como uma das **melhores práticas**. O Brasil teria muito a ganhar com a adoção das mais rigorosas práticas internacionais em substituição à atual norma, única do mundo em sua espécie e no ônus que representa para as empresas transnacionais do país<sup>33</sup>.

Também a Ação 12, sobre a Divulgação Obrigatória de Posições Tributárias Incertas (*Mandatory Disclosure Rules*), se concluiu com a apresentação de **melhores práticas** conforme discutido adiante. Tais práticas frequentemente se inserem em contextos onde existe maior cooperação na relação fisco-contribuinte, ambientes regulatórios mais sofisticados e distintos do que se observa no Brasil (e.g. *cooperative compliance*, horizontal monitoring, compliance assurance process), conforme discutido adiante.

Já se observa a implementação em diversos países de medidas derivadas do Projeto BEPS, sendo que em alguns casos tais reformas *introduzem* normas anti-abuso e em outros casos *adequam* normas anti-abuso pré-existent, tipicamente visando *equilíbrio* entre normas internas e estrangeiras e considerando objetivos econômicos unilaterais mais amplos que os tributários<sup>34</sup>.

33 Vide Tavares, *Op. cit.* n. 2.

34 Vide J. Owens, **BEPS: Looking Back; Looking Forward**, Journal of the State Administration of Taxation (SAT) of the Peo-

Além da adesão à Convenção Multilateral que instrumenta a Ação 13, muitos países já anunciaram desde 2014 a implementação de CbCR ou medidas correlatas (inclusive EUA e Reino Unido, além de *e.g.* África do Sul, Austrália, Cingapura, Coreia do Sul, Eslováquia, França, Malásia, e México)<sup>35</sup>. Medidas unilaterais que foram adotadas ou anunciadas se relacionam, por exemplo, com a Ação 1 no Reino Unido e Austrália, além de Espanha, Índia, Israel e Japão; com a Ação 2 na União Européia, Austrália, **Áustria, Espanha**, EUA, França, Japão, México e Reino Unido; com a Ação 5 em toda União Européia e nos EUA; com a Ação 6 na União Européia, assim como Alemanha, China, Dinamarca, Espanha, Itália, Japão e Rússia; com as Ações 8, 9 e 10 na China e nos EUA, além de Chile e Dinamarca<sup>36</sup>.

### 3.1. Como adotar no Brasil os Padrões Mínimos Aceitos pelo G20?

Os problemas **técnicos** do sistema tributário internacional já eram amplamente conhecidos pelas autoridades fiscais e foram objeto de constantes estudos e reformas no âmbito da OCDE e de seus países membros (principalmente nos Estados Unidos) desde há mais de uma década<sup>37</sup>. O que impedia a resolução destes problemas era justamente a persistência da guerra fiscal internacional, alimentada pela estratégia norte-americana de incentivar excessivamente suas empresas multinacionais com um diferimento exacerbado de lucros auferidos no exterior e acumulados em paraísos fiscais.

No que diz respeito ao direito dos tratados (Ação 6) é notável e inovador que se tenha chegado a um consenso sobre a necessidade de um padrão mínimo de **substância e propósito** dos tratados, muito embora ainda haja significativas divergências sobre os padrões alternativos que se apresentam. Os países do G20 concordam que, além da alteração do preâmbulo dos tratados (esclarecendo que os tratados não devem se prestar a artificialidades e abusos), é necessário incluir em cláusula dos acordos **regra específica anti-abuso** através de um novo modelo de **Cláusula de Limitação de Benefícios** (*Limitation on Benefits* ou **LOB**) **e/ou** **regra geral anti-abuso** através de **Teste de Propósito Principal** (*Principal Purpose Test* ou **PPT**)<sup>38</sup>.

A Cláusula LOB deriva dos tratados norte-americanos e é detalhada e complexa, traz exceções para salvaguardar casos em que há substância econômica, e, se aprimorada no contexto pós-BEPS<sup>39</sup>, pode ser extremamente eficaz. É a alternativa preferida pelos EUA, que trabalham neste momento no aperfeiçoamento dos termos desta cláusula e redução do alcance de suas exceções (onde ainda poderia haver margem para abusos).

A Cláusula LOB dificulta (ou impede) a interposição de pessoas jurídicas em cadeias societárias com fins elisivos (*treaty shopping*), mas pode ser incompatível com o Direito da União Européia e com suas políticas econômicas desenvolvimentistas e liberais, que favorecem o investimento e a integração do mercado europeu<sup>40</sup>. O Reino Unido, por exemplo, rejeita a Cláusula LOB e favorece a regra geral PPT. Alguns países não-europeus todavia pretendem adotar ambas em seus tratados (e.g. Japão, China e Índia).

Porém, a aplicação (e o litígio) sobre regra geral anti-abuso tende a enfraquecer a eficácia deste tipo de norma, por reduzir a incerteza jurídica dela decorrente. Em matéria de tratados, isso pode resultar numa nova era de formalismos, resultado contrário ao objetivo de política tributária que se pretende alcançar. Já a aplicação de regra específica

ple's Republic of China (2016); J. Owens, J., *The Role of Tax Administrators in the Current Political Climate*, Bulletin of International Taxation, IBFD (2013); e Tavares e Owens, *Op. cit.* n. 7.

35 *Id.*

36 *Ibid.*

37 O trabalho sobre *Harmful Tax Competition* remonta ao Relatório da OCDE de 1998 e atividades do Forum que se estabeleceu para revisar práticas nacionais e coibir abusos de países; a discussão de incentivos à pesquisa e desenvolvimento onde se defende o uso de benefícios focados nas atividades de risco (input), e se condena o uso de incentivos focados no mero registro de patentes e direito de propriedade (output incentives) se desenvolve desde a década de 1990, e evoluiu sobremaneira antes do Projeto BEPS. A discussão das vantagens e desvantagens do ALP versus *Global Formulary Apportionment* perdura há quase um século e teve ênfase renovada desde 1995, inclusive influenciando no desenvolvimento desde 2001 de normas distintas que sofisticaram o ALP para atribuição de lucros a estabelecimentos permanentes (*Authorized OECD Approach* de dos *PE Reports* de 2008 e 2010) resultando em novos termos no Artigo 7 da Convenção Modelo da OCDE; a reestruturação de negócios com migração de intangíveis (inclusive através de *Cost Contribution Agreements* foi discutida amplamente desde 2005 nos EUA e na OCDE, tendo resultado na edição do Capítulo IX das Diretrizes OCDE em 2010; e a definição dentre outros aspectos de *transfer pricing* relativos a bens intangíveis tem estado em discussão na OCDE desde 2011. Até mesmo o trabalho sobre Economia Digital teve origem nos estudos de 2001 sobre e-commerce. O que o Projeto BEPS fez, em grande medida, foi reciclar e reeditar estes mesmos estudos e trabalhos da OCDE e/ou dos EUA.

38 Vide R.J.S. Tavares, *The "Active Trade or Business" Exception of the Limitation on Benefits Clause in Base Erosion and Profit Shifting: The Proposals to Revise the OECD Model Convention* (M. Lang et al. eds., Linde Verlag 2016); e M. Lang, *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*, *Tax Notes Intl.* p. 655 (2014).

39 *Id.*

40 Vide Tavares e Bogenschneider, *Op. cit.* n. 7.

anti-abuso tende a resultar no seu aprimoramento ao longo dos anos e a preservar a eficácia da política anti-abuso que se busca implantar.

Assim, a recomendação para o Brasil é que **adote o pacote de padrões mínimos da Ação 6** (novo preâmbulo, LOB e PPT) e, **com base neste novo padrão, possa aumentar substancialmente sua rede de ADTs**. Esta postura preservará os investimentos diretos brasileiros no exterior e tende a não prejudicar o investimento estrangeiro no Brasil. Servirá também para desencorajar a utilização por contribuintes de práticas de elisão que se utilizam dos tratados. Porém, é recomendado ao Fisco brasileiro priorizar a aplicação da Cláusula LOB na fiscalização de situações de risco e evitar o contencioso sobre a Cláusula PPT ou sobre o novo preâmbulo dos tratados, para não reduzir o efeito comportamental e a eficácia jurídica das normas gerais e aprimorar a eficácia da norma específica.

Os padrões mínimos resultantes da Ação 7, que reformam o conceito de **Estabelecimento Permanente** (*Permanent Establishment* ou *PE*), tendem a ser particularmente danosos para o Brasil. Isto porque, de um lado, o Brasil não se utiliza deste conceito para tributar o capital estrangeiro e nem transações envolvendo não residentes. O Brasil, por exemplo, não exerce jurisdição fiscal em matéria de imposto de renda sobre diversas atividades comerciais acobertadas por regimes aduaneiros especiais que possivelmente seriam caracterizáveis como PEs. Além disso, tributa através de retenção na fonte remessas ao exterior que possivelmente não se configurariam como renda produzida no Brasil sob o conceito de PE e logo não seriam no Brasil tributáveis (geralmente o caso da tributação de serviços exportados do exterior). Assim as mudanças resultantes do Projeto BEPS em nada adicionarão ao Tesouro Nacional.

Por outro lado, os grandes exportadores brasileiros se orientam com base no conceito de Estabelecimento Permanente para organizar **atividades preparatórias e auxiliares** no exterior, inclusive as relativas ao armazenamento de estoques sob regimes aduaneiros especiais em território estrangeiro e promoção de vendas por **agentes ou representantes comerciais**, ou de execução de serviços no exterior (p/ex. de engenharia), atividades que fomentam as exportações de bens e serviços do Brasil para mercados estrangeiros. Se orientam por este conceito do direito dos tratados para evitar a caracterização de fonte produtora de renda no exterior (o PE funciona como *presunção de atividade empresarial com lucro tributável no estrangeiro*) e assim poderem registrar integralmente no Brasil suas receitas e lucros oriundos de tais exportações.

Com as alterações resultantes da Ação 7 no texto dos tratados, é provável que em diversas jurisdições estrangeiras se passe a reconhecer a existência da PEs que não existiriam nos termos atuais dos ADTs brasileiros ou com base na legislação interna dos *países-mercados*. Para evitar a dupla tributação, tais exportadores serão forçados a modificar seus procedimentos e, por exemplo, *estruturar filiais no estrangeiro* que lhes permitirão reconhecer no exterior receitas e lucros hoje contabilizados no Brasil. Consequentemente, passarão a pagar, de modo regular, imposto de renda no estrangeiro. Isto redistribui a jurisdição fiscal entre o Brasil e o estrangeiro, passando a ser residual a jurisdição fiscal brasileira. Estes tributos estrangeiros, diante do sistema brasileiro atual de tributação em bases universais (TBU), se reverterão em *créditos* e representarão ônus efetivo para o Tesouro Nacional.

As empresas transnacionais brasileiras também estruturam suas operações no exterior de modo a permitir a máxima presença em mercados estrangeiros sem a caracterização de estabelecimentos permanentes. Frequentemente controlam CGVs em que algumas controladas no exterior, localizadas em determinados países (e.g. Áustria, Holanda, Bélgica, Suíça), coordenam operações em diversos outros *países-mercados*, também evitando o reconhecimento de PEs nestes outros países.

Os países de localização destes centros de coordenação e gerenciamento de CGVs usualmente mantêm alíquotas efetivas de tributação sobre a renda inferiores às de muitos países-mercados. Assim, a redistribuição da jurisdição fiscal para os países-mercados tende a incrementar o valor total de tributos pagos por transacionais brasileiras no exterior. Os países-mercados certamente alegarão uso impróprio dos tratados nos cenários em que os tratados restrinjam a caracterização de PEs, combinando os resultados das Ações 6 e 7 (principalmente com base no preâmbulo ou na Cláusula PPT). Em muitos casos os tratados se adequarão ao padrão mínimo da Ação 7 e os PEs serão reconhecidos por ambos os países, resultando no mesmo incremento de carga tributária no exterior mencionado acima. Assim como no caso dos grandes exportadores, diante do sistema brasileiro de TBU, este incremento de carga tributária no exterior se reverterá em créditos adicionais no Brasil, ou seja, em ônus para o Tesouro Nacional.

Ademais, o montante de lucros atribuíveis a PEs, em diversos países, não corresponde às Diretrizes OCDE de Preços de Transferência. Em muitos casos, pode também não corresponder aos critérios da OCDE sobre *Atribuição de Lucros a Estabelecimentos Permanentes* (decorrentes do *Authorized OECD Approach* ou AOA), de que tratam Relatórios da OCDE de 2008 e 2010<sup>41</sup>, e que influenciaram a nova redação do Artigo 7, inserida na Convenção Modelo da OCDE de 2010 e ainda utilizada por poucos países. Muitas das regras estrangeiras aplicam conceitos de arbitramento de lucro tributável com base em indicadores (p/ex., receita, ativos) que podem apresentar resultados incoerentes.

Diante da proliferação de PEs que deve ocorrer na era pós-BEPS, seria ideal se o *Instrumento Multilateral* da Ação 15 pudesse incluir o AOA para padronizar no maior número possível de tratados bilaterais o critério de alocação de lucros para PEs, porém isto não deve acontecer. A atribuição de lucros da matriz para filial ou PE continua a ser um procedimento unilateral ou, na melhor hipótese, bilateral, caso exista tratado em vigor.

**Para defender a jurisdição fiscal brasileira no que diz respeito aos grandes exportadores, evitar a proliferação indevida de PEs e a atribuição exacerbada de lucros para tais filiais, interessa ao Brasil aumentar sua rede de ADTs e utilizar efetivamente os Procedimentos de Acordo Mútuo (MAP) de que trata a Ação 14 sobre a Resolução de Disputas Internacionais.**

Os novos *padrões mínimos* de MAP (no sentido de que os países devem incrementar o acesso a MAP e envidar os melhores esforços para chegar a um acordo e evitar a bitributação num prazo razoável) ficaram aquém do necessário. Diante das incertezas que emergem do Projeto BEPS, seria necessário não apenas incrementar o *acesso* ao MAP como padrão mínimo, mas tornar a *resolução* entre os Estados obrigatória e em um prazo pré-determinado.

Ainda assim, os termos da Ação 14 representam um avanço e caberá a cada país utilizar mais ou menos este instrumento para proteger seus interesses e o seu tesouro. Pode vir a ser imprescindível para o Brasil, inclusive, adotar procedimentos de arbitragem como parte do MAP. Este é um procedimento que já consta da Convenção Modelo OCDE e que é praticado amplamente na Europa e nos EUA. Como parte do Projeto BEPS, foi formada uma coalizão de países que pretende desenvolver este instrumento de resolução de disputas entre países (dentre estes diversos que no passado viam com receio este procedimento e agora pretendem adotá-lo, notoriamente o Japão) e implementar um novo modelo de arbitragem como parte do MAP através do Instrumento Multilateral. É recomendado ao Brasil integrar este grupo e conciliar sua legislação interna (e.g. Processo Administrativo Fiscal) de modo a permitir o amplo acesso ao MAP e com a possibilidade de utilização de arbitragem internacional.

Diante do resultado da Ação 13, este risco se assevera no caso das transnacionais brasileiras. O Brasil deverá compartilhar com demais países um **Global Master File** que descreverá todas as operações das transnacionais brasileiras no mundo, contendo informações altamente sigilosas e sensíveis sobre as cadeias de valor destas empresas e seus diferenciais estratégicos. Este *Master File* mundial seria obtido pelo Fisco brasileiro como parte das informações prestadas anualmente pelos contribuintes (e.g. *Escrituração Contábil Fiscal* ou ECF) e servirá como uma base comum para a análise econômica (funcional e de riscos) das operações das transnacionais brasileiras. Além disso, orientará os estudos de *transfer pricing* segundo as Diretrizes da OCDE (e segundo os padrões recomendados também pela ONU) a serem executados em cada país. Estes estudos nacionais serão documentados separadamente em cada país através de um **Local File** que detalha apenas as operações relevantes naquele país.

Para os grupos de empresas transnacionais com receitas consolidadas superiores a 750 milhões de Euros (categoria em que se enquadram praticamente todas as transnacionais brasileiras), o Brasil também deverá coletar os *Relatórios país-por-país* (**Country-by-Country Reports ou CbCR**). Este relatório listará, país-por-país, as receitas (identificando as oriundas de transações com terceiros versus partes relacionadas), lucros ou perdas antes do imposto de renda, impostos pagos, capital subscrito e lucros acumulados, número de empregados e ativos tangíveis (exceto caixa e equivalentes). Caso o Brasil venha a aderir à *Convenção Multilateral entre Autoridades Competentes* resultante da Ação 13<sup>42</sup>, o

41 OECD, *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments* (OECD 2008), International Organizations' Documentation IBFD, and OECD, *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments* (OECD 2010), International Organizations' Documentation IBFD.

42 Vide n. 8.



Fisco brasileiro se comprometerá não somente a *coletar* estes Relatórios como também a *enviá-los automaticamente*, a cada ano, para todos demais países signatários através do sistema que será estabelecido por aquela Convenção.

O Brasil ainda não assinou esta Convenção, porém desde 2011 já é signatário de outra, a *Convenção Multilateral sobre Assistência Mútua em Matéria Tributária*, que também instrumenta *troca automática de informações* (AEOI), além da troca espontânea, das fiscalizações conjuntas e de outros procedimentos de cooperação internacional entre autoridades tributárias que o Brasil prometeu ratificar. Assim se o Brasil cumprir o que prometeu como membro do *Fórum Global*, e também o que assinalou para o G20 e OCDE como parte do BEPS, e instituir no direito brasileiro as obrigações acessórias de envio destas informações para o Fisco brasileiro, o Brasil também enviará (*ou automaticamente ou mediante soli citação de autoridade tributária estrangeira engajada em fiscalização*) o Master File Global e os CbCRs de transnacionais brasileiras **para até 95 países**.

Isto representa um avanço significativo para as autoridades fiscais em sua atividade de monitoramento de riscos em *transfer pricing*. Muito embora represente um ônus adicional relevante de "*compliance*" para as empresas transnacionais, além de um risco de quebra de sigilo fiscal (potencialmente com implicações comerciais estratégicas).

O Fisco brasileiro, todavia, não deverá soli citar estas informações do estrangeiro ou utilizar estas informações prestadas por empresas brasileiras como parte das suas fiscalizações de *transfer pricing* (à exceção, de modo limitado, do novo método brasileiro que se aplica ao setor de exploração de petróleo sob o regime de partilha<sup>43</sup>). Talvez apenas o faça como arguição de simulação ou abuso de forma, para desconsideração de pessoas jurídicas ou transações artificiais (seja em matéria de *transfer pricing* seja relativamente a remessas para o exterior ou lucros auferidos no exterior) Essas são hipóteses de *exceção* que não atingem a maior parte dos contribuintes transnacionais e não capturam o maior potencial de receita tributária decorrente da aplicação dos métodos de *transfer pricing* recomendados pela OCDE e pela ONU.

Sendo assim, se continuar com suas regras distintas de *transfer pricing*, com uma rede limitada de ADTs, e se não passar a se utilizar do conceito de *Estabelecimento Permanente* buscando incremento *coerente* da tributação sobre o capital estrangeiro, os padrões mínimos das Ações 6, 7 e 13 em nada trarão ganhos e certamente trarão perdas relevantes para o Tesouro Nacional.

Isto posto, resta claro ser de interesse tanto da Indústria quanto do Tesouro Nacional a convergência e cooperação internacional no que diz respeito aos padrões mínimos das Ações 6, 7, 13 e 14 do Projeto BEPS. Para defender seus interesses, o Brasil deve:

- (a) Ampliar sua rede de ADTs adotando aos *padrões mínimos* anti-abuso que emergem da Ação 6;
- (b) Enfatizar uma versão robusta da *Cláusula LOB* em seus tratados e em suas fiscalizações;
- (c) Passar a se utilizar do conceito de *Estabelecimento Permanente*, inclusive se utilizando assertivamente dos *padrões mínimos* da Ação 7, e exercer plenamente sua jurisdição tributária sobre o investimento estrangeiro no Brasil de modo coerente e consistente com os demais membros do G20 (abandonando o uso excessivo de retenções na fonte, especialmente eliminando a tributação de serviços de assistência técnica e administrativa que não representem abusos ou artificialidades);
- (d) Passar a se utilizar dos Procedimentos de Acordo Mútuo (MAP) perante outros fiscos, observando os *padrões mínimos* da Ação 14, para evitar a proliferação indevida de estabelecimentos permanentes de empresas brasileiras no exterior e a alocação indevida de lucros para tais presunções de estabelecimentos, inclusive se utilizando da arbitragem internacional como parte do MAP;

43 Os custos e investimentos necessários à execução de contratos de partilha de produção estabelecidos pela Lei 12.351/10 (Art. 6 e seguintes) serão dedutíveis e restituíveis aos contratados caso compatíveis com valores de mercado (em bases comutativas), em sistema semelhante ao método de partilha de lucros sob o *arm's length principle* da OCDE. Vide F. Gaspar e M. R. Oliveira, *The State Of The Arm's Length Standard In Brazil – Some Exciting Developments*, Informa (2016).

***E, apenas se adotar todos os padrões mínimos acima descritos,***

- (e) Adotar o padrão mínimo da Ação 13, editar obrigação acessória que lhe permitirá coletar o Master File Global e CbCR de transnacionais brasileiras e compartilhar estas informações com fiscos estrangeiros. Em contrapartida, o Brasil poderá se utilizar dos mesmos tipos de informação para melhor fiscalizar o capital estrangeiro e assegurar a caracterização apropriada no Brasil de PEs de exportadores estrangeiros e multinacionais estrangeiras, que acessam o mercado brasileiro.

Um outro padrão mínimo que surge do Projeto BEPS não se aplica diretamente ao Brasil, porém pode lhe servir de lição e motivar a revisão da política nacional de incentivos à inovação tecnológica. Para facilitar a transferência internacional de tecnologia e fomentar a produtividade e o desenvolvimento de CGVs, a OCDE recomenda a não retenção de imposto de renda na fonte pagadora de *royalties* no âmbito dos ADTs.

Esta política pró-desenvolvimento serve como um grande incentivo para a proliferação de ADTs. Todavia, sua lógica tributária pressupõe que o país que auferir a renda dos *royalties* tributaria tais receitas a alíquotas “justas” (de uma forma ou de outra) e seria o país verdadeiramente exportador de capital. Ou seja, seria o país que mantém infraestrutura relevante e ambiente favorável a atividades de pesquisa e desenvolvimento substanciais, local onde teria se criado o intangível (atividade empresarial de alto risco e de alto valor agregado) que viabiliza as operações no país-fonte e que é remunerado pelos *royalties*. Sendo assim, esta política pressupõe a não-interposição artificial de paraíso fiscal (ou equivalente) para deter a propriedade do intangível sem conduzir as atividades de desenvolvimento. E foi exatamente este o abuso que ocorreu nos anos antecedentes ao Projeto BEPS.

O Projeto BEPS condenou as práticas dos países que mantêm regimes do tipo “*Patent Boxes*” (ou *IP Boxes*), através dos quais a propriedade jurídica de ativos intangíveis (e.g., propriedade de marcas e patentes) é explorada em jurisdição onde não são desempenhadas funções econômicas relevantes (além da disponibilidade de capital intra-grupo para adquirir o ativo ou para financiar seu desenvolvimento “a risco”).

O incentivo fiscal de tais países se materializa na não-tributação dos rendimentos de *royalties* (ou tributação favorecida a alíquotas efetivas de por exemplo 5%), ao passo que a dedutibilidade dos *royalties* é garantida por seu valor justo com base no Artigo 9 dos tratados (conforme interpretado pela OCDE e pela ONU), valor que seria pago em bases comutativas para um terceiro que tivesse conduzido a empreitada de desenvolver o intangível. O caixa acumulado por tais países interpostos muitas vezes é utilizado para empréstimos e financiamentos entre as empresas do grupo, inclusive para o país que desenvolve o intangível, gerando despesas financeiras adicionais relevantes.

Este tipo de estrutura frequentemente prejudica não apenas o país que paga o *royalty* (pela redução indevida de retenção na fonte via *treaty shopping*), mas principalmente os países onde ocorrem atividades de pesquisa e desenvolvimento de alto valor e que requerem financiamento inclusive através das receitas de licenciamento. Não é à toa que este tipo de incentivo já era considerado ineficiente e danoso não apenas pela OCDE mas por diversos países exportadores de capital, tais como o a Alemanha, desde há anos, e sua manutenção representava um dos principais problemas da guerra fiscal internacional.

Para evitar este tipo de abuso e artificialidade que resulta na “dupla não-tributação” da renda, a Ação 5 traz um novo padrão mínimo a ser implantado por legislação interna pelos países que mantêm regimes especiais como os *Patent Boxes* (dentre outros). O novo padrão busca a coerência na identificação de atividades e funções “substanciais”, que criam valor, com a localidade onde os lucros são reconhecidos, e sugerem a adoção de um teste de substância ou de “nexo” (ou “nexo modificado” seguindo a experiência da Europa onde este problema se intensificou).

Por esta nova regra, regimes de tributação favorecida só poderiam ser aplicados na medida e na proporção dos dispêndios qualificados nas atividades e funções geradoras de valor, atividades de criação dos intangíveis. Diversos países (inclusive todos os 14 da Europa que mantêm este tipo de regime especial) se comprometeram a descontinuar gradativamente as regras nocivas e anunciaram novos regimes com os mesmos benefícios. Porém, condicionando-os à nova regra de proporcionalidade, ou seja, incentivando a transferência de despesas com mão-de-obra qualificada e atraindo não apenas receitas

de *royalties* mas atividades de pesquisa e desenvolvimento hoje dispersas em todo mundo.

O novo regime legitimamente utilizado com o selo de aprovação do G20 na era pós-BEPS, é o de *Knowledge Box* (e.g. Reino Unido, Holanda) ou *Innovation Box* (e.g. em debate nos EUA). O Brasil se vê imune a este problema por tributar maciçamente os *royalties* (efetivamente a 25%) e limitar sua dedutibilidade com base nos critérios de 1958. Porém, com isso, deixa de importar intangíveis e serviços de alto valor agregado que poderiam incrementar a produtividade da indústria nacional e sua inserção em cadeias globais de valor.

O Brasil, entretanto, corre um novo risco pós-BEPS. Sua política de incentivos à inovação tecnológica era avançada e inteligente, já focada no fator humano (i.e. ênfase na folha de pagamento e número de pesquisadores) e poderia até ser ampliada significativamente para atrair ainda mais atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação para o Brasil. No entanto, esta boa prática brasileira foi temporariamente suspensa em 2015. Caso não seja retomada, e diante da proliferação dos regimes especiais acima descritos, tanto as empresas transnacionais estrangeiras como as brasileiras passam a ter de considerar, por pressões competitivas relevantes, a possibilidade de reduzir atividades de inovação com impacto global hoje executadas no Brasil e transferi-las para Europa, Ásia ou Estados Unidos. Tais empresas manteriam em território nacional atividades secundárias voltadas exclusivamente para o mercado brasileiro. Ou nos casos em que for inviável a transferência (caso de algumas empresas brasileiras), perderiam competitividade. Em mais esta instância o Brasil se distanciaria do mundo, dos ganhos de produtividade e das cadeias globais de valor.

Seria importante para a defesa dos interesses do Brasil adotar as seguintes políticas que se relacionam com o padrão mínimo da Ação 5:

- (f) Reinstaurar e ampliar o incentivo à inovação tecnológica, permitindo a consolidação de despesas e cálculo do incentivo dentro de um período de até cinco anos (e não apenas as de cada ano em separado) e não limitando a dedução incentivada ao lucro real (podendo ser registrado prejuízo fiscal) – este sistema seria, por definição, rigorosamente compatível com o padrão mínimo de “nexo modificado” da Ação 5;
- (g) Favorecer a ampliação da rede de ADTs através da não imposição de imposto de renda sobre *royalties* nos termos do Artigo 12 da Convenção Modelo OCDE ainda que mantendo a Contribuição pela Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) que incide sobre *royalties* apenas como regra específica anti-abuso (semelhante à “Diverted Profits Tax” do Reino Unido e da Austrália relacionada com a Ação 1 do Projeto BEPS). A alíquota da CIDE seria aumentada de 10% para 15%, porém impositiva apenas nos casos em que a incidência de imposto sobre os lucros oriundos das receitas com *royalties* seja efetivamente inferior a 15% ou exceda aos limites impostos pelo novo padrão mínimo da Ação 5. Isto seria facilmente verificável através de procedimentos de troca de informações, especificamente dos CbCRs do exterior decorrentes da Ação 13.

### 3.1. Como Utilizar no Brasil as Recomendações da OCDE para o G20?

Além de perseguir o consenso internacional pelo fim de políticas tributárias agressivas de países que almejam exclusivamente a concorrência predatória representadas por regimes especiais que acobertam *Cash Boxes* e *Patent Boxes* em paraísos fiscais, duas reformas técnicas seriam essenciais no sistema jurídico-tributário internacional para se coibir o uso e a proliferação de regimes deste tipo e de estruturas artificiais que simulam a formação de CGVs intra-grupo:

- a. Reforma das regras de *transfer pricing* através da evolução das *Diretrizes* da OCDE e do direito interno dos países (principalmente no capítulo sobre bens intangíveis e reestruturações), permitindo a desconsideração de instrumentos jurídicos intra-grupo que exacerbam o peso do capital e dos direitos de propriedade sobre ativos de alta mobilidade (patentes) em detrimento das funções operacionais; e
- b. Reforma das regras CFC de diversos países com o objetivo de fechar as “brechas” que possibilitam o acúmulo de lucros residuais e rendas passivas no exterior, notadamente em paraísos fiscais. Essas deficiências pontuais e não

inerentes às regras (particularmente no sistema norte-americano) são absolutamente conhecidas pelos governos e sua permanência é motivada pelo interesses dos países em protegerem a competitividade de suas multinacionais.

Vê-se que nenhuma das reformas técnicas acima apontadas se materializou em novos **padrões mínimos**. Assim como não houve consenso técnico e político na OCDE para se debater *global formulary apportionment* em *transfer pricing*, também foi inviável o debate na OCDE de reformas nas regras nacionais de CFC, que as padronizariam e tornariam obrigatórias para todos os membros da OCDE e do G20. *Global formulary apportionment* tenderia a resultar em maior alocação de base tributária para países importadores de capital, em detrimento dos países exportadores de capital. Já a padronização e aprimoramento de regras CFC poderia resultar no reestabelecimento da tributação residual efetiva dos países exportadores de capital, **porém a alíquotas diferentes**, o que reduziria substancialmente a competitividade de empresas norte-americanas face às europeias e asiáticas.

Porém, as *Diretrizes* da OCDE em *transfer pricing* estão evoluindo significativamente através das **Recomendações** do Projeto BEPS. Os novos resultados da aplicação das *Diretrizes pós-BEPS podem* até mesmo se assemelhar ou aproximar de *global de formulary apportionments* e podem ser vistos como uma flexibilização do ALP. São, todavia, melhor compreendidos como uma evolução e sofisticação do sistema, nos termos das reformas essenciais elencadas no item “a” acima. Esta evolução coíbe abusos e artificialidades significativamente. Poderá ser ainda mais impactante com o resultado do debate sobre Ações 9 e 10, especialmente no que diz respeito à análise da **Função da Alocação de Capital Intra-Grupo** e da aplicação do **Método de Repartição de Lucros** (*Profit Split*), discussões que produzirão resultados em 2016 e que devem continuar para além de 2017.

Em resumo, os novos termos das *Diretrizes* da OCDE enfatizam a criação de valor através do desempenho de funções e atividades e limitam os retornos alocáveis para a disponibilidade de capital intra-grupo<sup>44</sup>. A ONU deverá re-editar o seu *Manual Prático de Preços de Transferência*<sup>45</sup> de modo consistente com as novas *Diretrizes pós-BEPS*.

A China, a Índia, os Estados Unidos, o Canadá, e o Japão, por exemplo, adotam interpretações distintas de termos das *Diretrizes* da OCDE. Ou seja, aplicam as *Diretrizes* sem comprometer a sua soberania, fazendo o que entendem ser justo na interpretação do ALP e necessário para proteger seus tesouros e evitar abusos.

Um dos conceitos especialmente relevantes para China e Índia diz respeito a *Vantagens Específicas de Localização* (*Location-Specific Advantages* ou LSAs), tema anteriormente pouco abordado nas *Diretrizes* da OCDE e que o Projeto BEPS incorpora às *Diretrizes* no capítulo que trata do *estudo de comparabilidade de transações ou empresas*.

Do ponto de vista da China, o conceito de LSAs pode inclusive implicar no reconhecimento de bem intangível valioso e único representado pelo acesso ao mercado interno chinês (*market premium*) e *fundo de comércio*, fundamentado, por exemplo, pela diferenciação de atividades de propaganda e marketing, carteira de clientes e contratos, dentre outros fatores. Mesmo na ausência de intangível distinto, valioso e único de mercado, o conceito de LSA pode invalidar a comparabilidade de transações (ou empresas) estrangeiras com as chinesas e resultar numa maior aplicação do *Método de Repartição de Lucros* que tende a favorecer a China. A Índia adota postura semelhante, com enfoque no valor agregado por sua mão-de-obra qualificada que participa de CGVs globais.

Todos estes países (EUA, Canadá, Índia e China), contudo, estão dispostos a resolver diferenças de interpretação na área de *transfer pricing* através de consultas mutuamente vinculantes ou APAs (em resposta a solicitação de contribuintes), unilaterais, bilaterais ou mesmo multilaterais (em conjunto com as autoridades tributárias de outros países, forma mais recomendada pela OCDE e ONU). Assim como estão dispostos a resolver conflitos de interpretação com outros países através dos procedimentos amigáveis (MAPs) dos ADTs. Todos estes países, e em especial a Índia e a China, servem como exemplos do que pode vir a ser a *convergência soberana* do Brasil às *Diretrizes* da OCDE e ao Manual da ONU.

Diante no novo e mais robusto sistema que emerge das Ações 8, 9 e 10, das boas práticas de outros países do G20 que cooperarão com o Brasil, da transparência que decor-

44 Vide Tavares e Owens, *Op. cit. n.*

45 Vide ONU, *Op. cit. n. 5.*

re da Ação 13 e tendo em vista a maior captação da Receita Federal do Brasil (que evoluiu significativamente tanto em recursos humanos como em recursos materiais desde a criação dos métodos brasileiros)<sup>46</sup>, passa a ser **viável** e de interesse do Brasil a convergência ao sistema internacional em matéria de *transfer pricing*. A experiência que o Brasil adquiriu com os métodos que utilizam margens fixas de lucros determinadas por lei, de grande eficiência administrativa e não prejudiciais em alguns casos, seria absolutamente aproveitável.

Sendo assim:

- (h) *Todos os métodos de margens fixas continuariam em vigor porém passariam a ser opcionais* (safe harbors), solução que se justifica por sua eficiência administrativa. Porém, **todos os demais métodos recomendados pela OCDE e pela ONU, nos termos das Diretrizes da OCDE e do Manual da ONU, seriam incorporados à legislação nacional**. Através da cooperação e fiscalização conjunta internacional, e se utilizando efetivamente das informações de Master Files, Local Files e CbCRs, a Receita Federal do Brasil seria capaz de administrar este novo sistema híbrido, que une a experiência brasileira aos melhores padrões internacionais.

Os Estados Unidos tiveram de concordar com os termos finais dados ao relatório da Ação 1 sobre a *Economia Digital*, que efetivamente **vincula** a não criação de regras especiais para tributar de modo diferenciado empresas do setor de alta tecnologia (defendida pelos EUA) à plena implementação dos padrões mínimos das demais Ações do Projeto BEPS e também da observância das *recomendações em transfer pricing*. Essa foi a contrapartida à não introdução de *padrões mínimos* ou *recomendações* nas regras CFC (que também não eram desejadas por diversos países europeus por razões de competitividade).

Caso países exportadores de tecnologia, como os EUA, não adotem os novos e mais robustos padrões e recomendações, será justificada a posição de países que resolvam adotar medidas especiais visando tributar transações onde detectem risco de BEPS. Empresas predominantemente norte-americanas e que se caracterizam por modelos de operação virtuais seriam o “alvo” (e.g. Google/Alphabet, Amazon, Facebook, etc.). Vale lembrar que as empresas de alta tecnologia já eram altamente visadas pelas autoridades de todos os membros do G20 (não apenas por razões fiscais como também por questões concorrenciais).

O Relatório elaborado sob a coordenação da delegação norte-americana foi correto em suas conclusões no sentido de que não se deve isolar (*ring fence*) parte da *economia digital* e sujeitar determinado setor como objeto de regras tributárias internacionais “especiais”<sup>47</sup>. Tal isolamento seria “se não impossível, inviável” nos termos do Relatório da OCDE, pois toda a economia, em maior ou menor grau, opera e gera valor através de tecnologias digitais. Não se trata apenas do caso daquelas empresas de maior visibilidade do setor de alta tecnologia. Os riscos de BEPS precisam ser devidamente compreendidos e qualificados para que medidas seletivas coibam apenas práticas nocivas e anti-isonômicas. Ou seja, toda a economia é a economia digital; e os riscos de BEPS se observam em diversos setores porém não são oriundos da conduta da maioria dos contribuintes; sendo assim, tributar um setor em separado (ou até mesmo tributar toda a economia indiscriminadamente) com maior rigor em razão de um risco não qualificado de BEPS seria altamente distorsivo, anti-isonômico e danoso ao desenvolvimento.

As tais *medidas especiais*, porém, não foram inteiramente descartadas e seriam justificáveis em casos onde persistam abusos e artificialidades, o que se pressupõe ocorrerá caso os novos *padrões* e *recomendações* do Projeto BEPS não sejam observados. Não houve consenso sobre quais medidas seriam mais recomendáveis (menos distorsivas e eficientes) nestes casos, porém as hipóteses consideradas foram:

- (i) Retenção na fonte de imposto de renda sobre remessas ao exterior que representem risco de BEPS (e.g. remessas de *royalties* a paraísos fiscais), ou;
- (ii) A criação de novo conceito de *estabelecimento permanente digital* para tributar no país fonte os lucros presumidos de operações realizadas pela internet, ou;

46 O sistema brasileiro que vigora em 2016 remonta a 1958 no caso de importação de propriedade industrial mediante pagamento de *royalties* (vide Portaria MF 236/58, Lei 4.131/62, Lei 4.506/64), e a 1996 (Lei 9.430/96 conforme alterada entre 1999 e 2015) nas demais transações internacionais.

47 Vide Tavares, *Op. cit.* n. 2.

- (iii) A criação de tributo especial (tal como o Diverted Profits Tax do Reino Unido) almejando operações abusivas ou artificiais não solucionadas pelo Projeto BEPS.

O Relatório também salienta que em transações digitais (*online*) diretas com consumidores (e.g., downloads de conteúdo virtual, obras protegidas por direitos autorais, software, etc), os países deveriam considerar a imposição de tributo sobre consumo (*Value-Added Tax* ou VAT) *no destino e não na origem*. Essa conclusão é consistente com a política da União Europeia neste tema (a aplicação de VAT no destino e não na origem passou a ser a regra na Europa a partir de 2015) e que serve para refrear a guerra fiscal na Europa.

Vê-se que o Brasil adota as medidas especiais da Ação 1, que deveriam ter caráter excepcional por seu potencial distorsivo, como regras gerais. Com isonomia, onera a todos, porém criando grande ineficiência econômica. Ao tributar todos os *royalties*, *copyrights* e serviços com retenção na fonte<sup>48</sup> de 15% a 25%, e ao impor CIDE de 10% sobre todas as importações de tecnologia, o Brasil onera cadeias de valor que se orientam ao mercado nacional, reduzindo-o, ou elevando os custos de exploração de recursos naturais. Aumentam-se os custos da indústria, o que pode deprimir salários ou compras de insumos nacionais, inflacionar preços ao consumidor brasileiro e/ou reduzir retornos sobre investimentos (inviabilizando alguns) – todos estes efeitos reduzem a eficiência econômica e o desenvolvimento do Brasil.

Esta característica do sistema brasileiro, combinada à inconsistência das regras de *transfer pricing* brasileiras com as dos demais membros do G20, inviabiliza a plena inserção do Brasil em CGVs via industrialização intermediária. Como visto, este tipo de atividade industrial pode atrair para o Brasil investimento estrangeiro direto do tipo *efficiency-seeking* e poderia alavancar investimentos e ganhos de produtividade em toda a Indústria Nacional. A importação de tecnologia e utilização de serviços do exterior é característica de tais CGVs que buscam eficiência.

A imposição inconsistente de tributos em tais cadeias, de modo divergente dos padrões internacionais e sem a devida cobertura de ADTs, gera enormes ineficiências e pode efetivamente resultar em dupla tributação. A dupla tributação jurídica ou econômica resultaria, por exemplo, caso o país fornecedor da tecnologia ou serviços não reconheça a fonte da renda como brasileira (o que pode ocorrer inclusive na hipótese de tecnologia integrada ao valor de componentes importados para re-exportação ou a indedutibilidade de *royalties* superiores aos limites de 1958), ou caso os tributos estrangeiros incidentes sobre o lucro destas atividades seja inferior ao imposto brasileiro retido na fonte.

Muitos destes possíveis problemas poderiam ser resolvidos através de uma rede maior de ADTs, e do uso de MAP conciliar as diferenças entre os países. Todas estas hipóteses de dupla tributação se materializariam na inserção do Brasil em CGVs para industrialização intermediária e, assim, inviabilizam tal inserção, reduzindo a eficiência da Indústria Nacional e o investimento no Brasil.

Outras recomendações do Projeto BEPS afetam diretamente o custo do investimento estrangeiro no Brasil e podem também trazer efeitos adversos para o investimento brasileiro no exterior. Visando evitar a artificialidade envolvendo *Operações ou Entidades Híbridas* (Ação 2), o Projeto BEPS busca eliminar os efeitos elisivos de operações financeiras estruturadas que exploram diferenças entre o direito civil ou comercial e o direito tributário de diferentes países. Busca também coibir o abuso de *Deduções de Juros* (Ação 4), limitando-as para além de regras de subcapitalização.

As operações financeiras estruturadas de que trata a Ação 2 ocorrem em regimes ou países através dos quais, por exemplo, títulos de crédito geram obrigações reconhecidas como juros dedutíveis no país pagador e como dividendos isentos no país receptor (ou sujeitos a tributação reduzida em estruturas artificiais e regimes opacos), ou onde uma obrigação gera múltiplas deduções<sup>49</sup>. As recomendações da Ação 2 buscam a coerência através de uma *regra de conexão* (*linking rule*) que permite, prioritariamente, a vedação seletiva de tal dedução no país pagador dos “juros”; ou, caso tal país não trate estes “juros” como indedutíveis, a regra permite a tributação seletiva no país receptor dos “dividendos” deduzidos como juros na fonte pagadora. Vários países seguirão esta recomendação (adotada por exemplo na União Europeia e no Japão).

48 Além de PIS/Cofins e ISS ou ICMS.

49 Vide Tavares, *Op. cit.* n. 2.

Este tiro disparado pela OCDE para coibir artificialidades e abusos pode, inadvertidamente, vitimar um instituto inocente da lei brasileira, os Juros sobre o Capital Próprio (JCP)<sup>50</sup>, política inteligente, transparente e não distorsiva utilizada no Brasil há 20 anos. Por se revestirem da forma de *pagamentos devidos aos sócios* e ao se aproximarem da forma de dividendos para sua declaração, os JCP se distanciam de sua origem técnica e podem ser interpretados como de natureza distinta da *Provisão de Patrimônio Líquido (Allowance for Corporate Equity ou ACE)*, muito embora esta seja a essência econômica do JCP brasileiro<sup>51</sup>. Igualmente, ao incidir na retenção na fonte sobre o JCP à mesma alíquota que se aplica aos juros, incidência que não ocorre no caso dos dividendos, o distanciamento se assevera (principalmente sob o direito dos tratados).

A PPL ou ACE é uma solução acadêmica brilhante desenvolvida a partir de 1984<sup>52</sup> para reduzir a favorabilidade fiscal do endividamento, solução que já se observava na contabilidade inflacionária brasileira (dedutibilidade de *prejuízos inflacionários*)<sup>53</sup>. A própria União Européia<sup>54</sup> considera os benefícios de sua utilização para evitar que as normas tributárias tenham efeitos distorsivos nas decisões de investir e também para eliminar o incentivo ao endividamento desnecessário que erode a base tributária. Deveria se operar não através de um pagamento para os sócios que implica em descapitalização da empresa, não através de rendimento para os sócios que incentiva o desinvestimento, e sim na **exclusão fiscal de presunção de juros sobre o capital social e lucros acumulados que permanecem reinvestidos**.

Obviamente, o ACE resultará na redução dos tributos incidentes sobre a pessoa jurídica investida (ainda que esta renúncia fiscal seja inferior à resultante do endividamento da empresa). Porém, o ACE em nada deve interferir na eventual tributação de dividendos, que podem ou não ser posteriormente declarados e pagos aos acionistas, e não deve tomar a forma de remuneração direta aos sócios. Se o JCP brasileiro tivesse adotado este formato distinto, remunerando o patrimônio líquido da empresa e não os seus sócios, não haveria dúvidas sobre a sua natureza de ACE. E não haveria risco de caracterização do JCP como instrumento híbrido passível dos efeitos da Ação 2 do Projeto BEPS.

O sistema brasileiro de tributação do lucro das pessoas jurídicas a alíquotas nominais elevadas (34%), enquanto isenta dividendos e permite dedução de JCP vinculada a remuneração dos sócios, estimula a descapitalização de empresas e o desinvestimento. **Se, ao contrário, a tributação das empresas fosse reduzida em contrapartida a um incremento do imposto de renda retido na fonte sobre dividendos**, e se a dedução de JCP se desse por exclusão do lucro real das empresas e não por remuneração direta aos sócios, o sistema incentivaria o investimento produtivo e a capitalização das empresas. Ademais, ao incentivar a capitalização em moeda nacional, remunerada por juros básicos (*risk-free*), o sistema desincentiva o endividamento privado em moeda forte, que além de gerar despesas a taxas mais altas de juros, tende a gerar despesas dedutíveis por variação cambial negativa que não configuram renda e não se sujeitam à retenção na fonte. Assim o sistema aqui sugerido, na medida em que resulte em menor endividamento, é favorável ao Tesouro Nacional<sup>55</sup>.

Redesenhar o equilíbrio entre tributação de pessoas jurídicas e retenções na fonte sobre dividendos também incrementará a posição de barganha do Brasil para ampliar sua rede de ADTs, pois poderá o Brasil utilizar nos ADTs alíquota inferior à geral. Isto incentivará outros países a buscarem tais tratados com o Brasil. Assim, o que se recomenda quanto à Ação 2 é:

- (i) Rever suas regras de dedutibilidade de juros em instrumentos financeiros que tenham a natureza jurídica de endividamento no direito brasileiro e que

50 Lei 9.249/95, art. 9.

51 Vide Mooij, R.A. e Devereux, M.P., **Alternative Systems of Business Tax in Europe: An Applied Analysis of ACE and CBIT Reforms**, Taxud Taxation Papers, European Union (2009), p. 9. Mooji e Devereux identificam os sistemas do Brasil e da Bélgica como representativos de ACEs, e menciona outros países que implementaram conceitos semelhantes, tais como Croácia, Itália e Áustria. A proposta é objeto de debates constantes na Alemanha.

52 Vide Boadway, R. e Bruce, N. **A General Proposition on the Design of a Neutral Business Tax**, Journal of Public Economics 24 (1984), pp. 231-39.

53 Vide, Tavares, R.J.S., Womack, J.T., e Wilson, D.E., **New Brazilian Equity Interest Rules: Efficient Financing for U.S.-Owned Subsidiaries**, Tax Notes International (Janeiro, 1997).

54 Vide Mooij e Devereux, *Op. cit.* n. 49 *supra*.

55 Esta característica favorável ao Tesouro Nacional poderia, inclusive, justificar a ampliação dos benefícios de JCP e aproximá-lo rigorosamente do ACE. Se poderia, por exemplo, utilizar a taxa de juros média devida sobre a dívida soberana do Brasil, e não vincular a dedução à existência de lucros, podendo inclusive aumentar prejuízos fiscais assim como ocorre com os juros e variações cambiais negativas em empréstimos. Ainda assim os JCP seriam mais favoráveis ao Tesouro Nacional do que o endividamento.

possam se qualificar como instrumentos patrimoniais no exterior (e.g. Debêntures com Participação nos Lucros ou DPLs Conversíveis), criando regra específica anti-abuso, nos termos da Ação 2 (linking rule)<sup>56</sup>, semelhante à que majora a retenção na fonte de remessas a paraísos fiscais; **a nova regra permitirá ao Brasil vetar dedução das despesas financeiras nestes instrumentos híbridos**;

- (j) Reformular os JCP, para que se torne **exclusão fiscal de presunção de juros sobre o capital social e lucros acumulados que permanecem reinvestidos**, ao invés de remuneração devida diretamente para os sócios.
- (k) Reduzir a alíquota nominal de tributação de pessoas jurídicas de 34% para 23% e ampliar a dedutibilidade de JCP, permitindo a dedutibilidade de taxa de juros equivalente ao risco soberano do Brasil nos seus instrumentos em moeda nacional (ainda inferior aos juros e variação cambial negativa decorrentes do endividamento dos contribuintes); e
- (l) Instituir retenção de imposto de renda na fonte sobre dividendos à alíquota de 20% e apresentar novo **Modelo de ADT** brasileiro com esta alíquota reduzida a 5%, motivando a renegociação de tratados existentes para adequá-los ao padrão anti-abuso pós-BEPS e a ampliação da rede de ADTs do Brasil.

No Relatório da Ação 4, a OCDE recomenda a utilização de regra limitadora da dedutibilidade de juros devidos a partes relacionadas, para além das usuais regras de subcapitalização (regras específicas anti-abuso que ditam o valor máximo de endividamento que pode resultar na dedução de despesas de juros entre partes relacionadas)<sup>57</sup> e da aplicação de métodos de *transfer pricing*<sup>58</sup>. O que se sugere é a adoção de norma semelhante às que vigoram nos Estados Unidos e Alemanha, através da qual se impõe um limite máximo para a dedutibilidade de juros correspondente a 30% do fluxo de caixa gerado pela empresa representado pelo índice *EBITDA* (*Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*). O Relatório sugere também uma comparação do endividamento global de uma empresa transnacional perante terceiros, de modo que grau de endividamento perante credores não-relacionados serviria não apenas para indicar o risco de endividamento artificial excessivo, mas para efetivamente limitar a dedutibilidade de juros decorrentes dos instrumentos entre partes relacionadas.

Ocorre que empresas transnacionais operam sob riscos diversificados. Tais riscos se diversificam de várias maneiras, por exemplo através de operações em ramos de negócios distintos, de operações em diferentes mercados, em diferentes projetos, ou em diferentes países, numa combinação fatorial extremamente complexa. O teste de endividamento consolidado será via de regra incapaz de indicar o nível de endividamento adequado para cada operação. Impor limitações pré-fixadas em lei, quer para o volume de endividamento, quer para o valor dos juros dedutíveis, pode inviabilizar projetos de alta intensidade de capital, tais como grandes plantas industriais, e investimentos em infra-estrutura.

Os métodos de *transfer pricing* que emanam das Diretrizes da OCDE permitem a análise da estrutura de capitalização de empresas relacionadas e o julgamento sobre o nível adequado de endividamento, através de estudo econômico e análise de riscos. O uso de limites pré-fixados por lei, todavia, reduz a complexidade e pode ser proveitoso em termos de eficiência administrativa, ainda que incrementar as Diretrizes ainda mais, caso necessário e visando coibir abusos e artificialidades, continue a ser o melhor caminho para evitar efeitos distorsivos e o desincentivo ao investimento estratégico. Assim o que se recomenda para o Brasil é:

- (m) Adotar recomendação da Ação 4 e instituir regra que limita a dedução de juros a 30% do EBITDA para os financiamentos intra-grupo, buscando a eficiência administrativa. A instituição desta regra deve ser acompanhada da conversão das atuais regras de subcapitalização em **safe harbors**, ou seja, regras simplificadas opcionais que permitam que o endividamento ou dedução de juros seja suportada através de estudo econômico, segundo as Diretrizes de *transfer pricing* da OCDE;

56 O Brasil se utilizaria dos instrumentos de cooperação internacional tais como a troca de informações com autoridades estrangeiras para identificar os casos de incoerência nos termos da Ação 2.

57 Arts. 24 e 25 da Medida Provisória 472/09, convertida em Lei 12.249/10, conforme regulada pela Instrução Normativa 1.154/11.

58 Lei 9.430/96, com as modificações das Leis 10.451/02, 11.196/05, 12.715/12, e 12.766/12, e conforme reguladas pelas Instruções Normativas 243/02, 1.312/12, 1.321/12 e 1.322/12, e Portaria 222/08.



- (n) Instituir retenção de imposto de renda na fonte sobre juros à alíquota de 20% e apresentar novo **Modelo de ADT** brasileiro com esta alíquota reduzida a 5% para financiamentos de longo prazo (e.g., amortização média em prazo superior a 5 anos), com isenção dos juros no caso de projetos de infraestrutura, para incentivar o investimento produtivo no Brasil. Assim como no caso dos dividendos, este posicionamento incentivará a renegociação de tratados existentes, para adequá-los ao padrão anti-abuso pós-BEPS, e a ampliação da rede de ADTs do Brasil.

### 3.1.3. Como Utilizar no Brasil as Melhores Práticas Sugeridas para o G20?

Muito já se discutiu sobre as regras anti-diferimento brasileiras<sup>59</sup>. O presente estudo não repetirá a análise das deficiências da norma brasileira, nem entrará em detalhes para comparar o sistema brasileiro com as práticas internacionais. O Relatório de **Melhores Práticas** resultado da Ação 3 já é cristalino ao omitir a prática brasileira dentre as que recomenda aos países do G20. Simplesmente, não se recomenda fazer o que faz o Brasil com suas empresas transnacionais. E a norma do Brasil foi objeto de discussões no âmbito do Projeto BEPS. Esta constatação deveria ser suficiente para motivar mudanças no sistema brasileiro.

O Relatório enfatiza a necessidade de se buscar o equilíbrio entre o objetivo fiscal anti-abuso e o objetivo econômico de não distorcer investimentos nem interferir indevidamente no ambiente concorrencial internacional. Exatamente o que falta ao sistema brasileiro. A OCDE e a ONU continuam a defender que sistema tributário internacional não deve desincentivar o investimento estrangeiro produtivo e direto. E a forma mais pura deste tipo de investimento é a que ocorre através do reinvestimento de lucros operacionais quando não há excedente de caixa – justamente o que é mais punido pelo sistema brasileiro.

Indubitavelmente, a coerência é essencial para o equilíbrio do sistema internacional. É necessário que os países exportadores de capital operem regimes que tributem efetivamente o lucro especulativo, passivo e improdutivo acumulado no exterior, especialmente quando mantidos em países opacos e paraísos fiscais. E é desejável que tais regimes sejam consistentes tanto quanto possível. Estas regras específicas anti-abuso e anti-diferimento poderiam ser inspirados pelo desenho original do modelo norte-americano, que evoluiu em diversos aspectos, mas que foi distorcido e corrompido nas últimas duas décadas e tem deficiências específicas e sanáveis<sup>60</sup>. O desenho ideal é o que combina o sistema norte-americano ao germânico e que concilia o método de tributação no destino dos lucros ativos com o método de tributação na origem dos lucros passivos através da mudança do método (“switch over”) de regime territorial para o de crédito.

Ao defender a competitividade de suas transnacionais, cada país exportador de capital defende o seu próprio mercado interno. Defende suas cadeias de valor que sustentam tais transnacionais, resultando em investimento e emprego sobretudo no país-sede. Defende o seu mercado de capitais e fundos de pensão que investem em tais empresas nacionais. Defende o ambiente concorrencial do país-sede por permitir que as grandes empresas nacionais não operem em desvantagem face às competidoras estrangeiras, resultando em bem-estar para o consumidor do país-sede.

O que fazem todos os países exportadores de capital ao evitarem sobrecarregar suas transnacionais se orienta por estas posturas de defesa do interesse nacional. Regras anti-diferimento devem ser regras anti-abuso e não regras anti-investimento. O investimento de transnacionais brasileiras no exterior (seja na busca de mercados ou de recursos naturais estrangeiros, seja na busca de eficiências) tende a beneficiar o Brasil, e a perda de competitividade destas empresas é prejudicial para o Brasil. O Brasil não deve, todavia, deixar de ter regra anti-abuso, regra anti-diferimento orientada por critério de neutralidade fiscal.

Assim, o Brasil deveria:

- (o) Adotar o que há de mais rigoroso e restrito dentre as *melhores práticas* anti-diferimento do mundo, identificadas pela Ação 3 do Projeto BEPS. Não

59 Vide Tavares, R.J.S., **Brazil's 2013 corporate tax reform: Policy and controversy aspects**, Transfer Pricing International Journal, BNA (2014); Tavares, R.J.S. e Castelo Branco, F., **O Risco de Expatriar Empresas**, Revista PIB (2014), e **Queremos Ser Grandes**, Folha de SP (2014); vide também Tavares, Op. cit. n. 2.

60 Vide Tavares, Op. cit. n. 2 supra, “os EUA praticam efetivamente uma territorialidade ‘velada’, mais complexa e mais agressiva que a dos demais países OCDE, sem limitações eficazes ao uso por empresas norte-americanas de Práticas Tributárias Nocivas no exterior”.

mais, nem menos. O Brasil deve instituir norma eficaz para combater o abuso, a artificialidade e o acúmulo de capital improdutivo no exterior. Pode inclusive instituir versão aprimorada do sistema que combina as melhores características da norma norte-americana com as melhores da norma germânica. Certamente coibirá abusos e artificialidades e o acúmulo irrazoável de lucros no exterior. Todavia deve instituir norma que não desestimule o investimento e o reinvestimento em operações estrangeiras, pondo um fim à regra punitiva que foi lançada em 2001. A era de transparência e cooperação internacional decorrente do Projeto BEPS permite esta evolução do sistema brasileiro.

Por fim, a Ação 12 traz um compêndio de melhores práticas de *Divulgação Obrigatória de Posições Tributárias Incertas (Mandatory Disclosure Rules)*. É certo que tais práticas comumente são partes de uma política mais ampla, que enfatiza a cooperação e a construção de confiança na relação fisco-contribuinte. Ambientes regulatórios mais sofisticados na prevenção e resolução de disputas, onde, por exemplo, as práticas administrativas de transação tributária são comuns.

O Relatório da OCDE sobre o *Cumprimento Cooperativo de Obrigações Tributárias (Cooperative Compliance)*<sup>61</sup> ilustra bem este ambiente, que se materializou em diversos países (e.g. *Horizontal Monitoring* na Holanda, *Enhanced Relationships* no Reino Unido, e *Compliance Assurance Process* ou *CAP* nos EUA). O Fisco norte-americano (Internal Revenue Service ou IRS), por exemplo, mantém departamento com função de *ombudsman (Taxpayer Advocate Service)* independente, cujo líder tem status de subsecretário e reporta diretamente para o Poder Legislativo, avaliando a qualidade dos serviços e a governança do IRS e prestando serviços relevantes para os contribuintes.

São ambientes bem mais evoluídos e distintos do que se observa no Brasil. A divulgação de posições incertas, mesmo nestes países, tende a ser opcional e/ou a resultar em vantagens reais relevantes para os contribuintes, inclusive a possibilidade de **transações tributárias** mais racionais e eficientes para ambas as partes do que se observou no Brasil em diferentes edições do *REFIS*.

Num ambiente de império da lei, no estado democrático de direito, posições incertas são incertas para ambas as partes, contribuinte e fisco. Pode ser ilegítimo o crédito tributário pretendido, ou pode ser ilegítima a posição do contribuinte. Ambas as partes correm risco e estão sujeitas a esta incerteza, que decorre da interpretação do direito e aumenta em função da qualificação dos fatos e de aspectos processuais, e ambas as partes dispõem recursos significativos para litigar. Ou seja, o valor econômico da disputa é incerto para ambas as partes e frequentemente se situa entre as pretensões de cada parte. E o custo do contencioso é alto para todos. Sendo assim, ao transacionarem por valor principal de crédito tributário inferior ao pretendido pelo fisco, atualizado por juros<sup>62</sup>, porém sem a incidência de multas, não tende a haver prejuízo econômico para nenhuma das partes, nem para o contribuinte nem para o fisco. É neste tipo de ambiente que ocorrem as melhores práticas de divulgação de posições incertas compiladas pela Ação 12 do Projeto BEPS.

Os programas de *cooperative compliance* têm resultados excelentes para os países que os instituíram. E em países evoluídos a transação é parte fundamental destes programas (este instituto é muito importante, por exemplo, no Japão). Mesmo não havendo transação que reduza o valor principal, é comum que a divulgação de posições incertas ocorra no exterior no contexto de programas de *cooperative compliance* que, no mínimo, eliminam as multas como estímulo para a cooperação fisco-contribuinte.

No Brasil, até o instituto da *denúncia espontânea* é objeto de contencioso tributário. Muito embora seja provável que os contribuintes não estejam obrigados ao pagamento da multa de até 20% conforme entendimento da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (Parecer PGFN/CAT 1.347/2001)<sup>63</sup>, este entendimento não foi pacificado perante a RFB. Note-se que muitas das *posições incertas* que seriam objeto das declarações da Ação 12 do Projeto BEPS são vistas pela RFB como planejamentos abusivos e usual-

61 Vide OCDE, *Co-operative Compliance: A Framework: From Enhanced Relationship to Co-operative Compliance* (2013). Vide também Owens (2013), *Op. cit.* n. 32, e Owens e Tavares, *Op. cit.* n. 11.

62 Cálculo de juros compostos, e não lineares.

63 Vide Conde, H.P., *Denúncia Espontânea em sede de Compensação*, em Munhoz, F., Assis, J., Munhoz, R. E Tavares, R.J.S. (coords.), *Jurisprudência Administrativa Tributária Federal – Estudos Técnicos de Acórdãos do CARF*, FiscoSoft/EY/ThomsonReuters (2014).

mente autuados com multa qualificada de 150%. Porém, em diversos casos levados a contencioso, tais posições são tidas como legítimas pelo próprio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) do Ministério da Fazenda e comumente não prevalece a multa qualificada de 150% e sim a multa de ofício de 75%<sup>64</sup>, pois em muitos casos não se reconhece dolo (fraude ou simulação) em operações transparentes, de interpretação complexa e passíveis de justificada controvérsia.

Apesar destas circunstâncias da prática de contencioso administrativo brasileiro, a RFB tentou implementar, no âmbito do *Programa de Redução de Litígios* (PRORELIT) da MP 686/15, a *Declaração de Informações e Operações Relevantes*, no que seria a primeira medida brasileira de implementação do Projeto BEPS. A intenção de implementação dos resultados do Projeto BEPS e de convergência a padrões internacionais é sem dúvida louvável. E é compreensível que a RFB considerasse como benéfica ao contribuinte a possibilidade de pagar multa de 20% em caso de desautorização pelo fisco de operações relevantes, pois seria um regime equivalente ao da denúncia espontânea. Mas também é compreensível que a RFB considerasse passível de incidência da mesma multa de 150% as operações não declaradas (no que seria qualificado de omissão dolosa).

Porém, diante da jurisprudência sobre ambos os tipos de multas, a medida não trazia perspectiva de vantagem para os contribuintes. Ao contrário do que era pretendido pela RFB, não resultaria em redução de litígios. Pelo contrário, haveria litígios tanto sobre a obrigatoriedade da declaração e incidência da multa de 150%, quanto sobre a legitimidade da multa de 20% através de equiparação ao instituto da denúncia espontânea.

Logo o que se recomenda para o Brasil em relação a Ação 12 é que adote as melhores práticas de *Cumprimento Cooperativo de Obrigações Tributárias* em sua inteireza e neste contexto institua:

- (p) Opcionalidade na adesão a um novo programa de *Cumprimento Cooperativo de Obrigações Tributárias* (“CCT”) destinado aos maiores contribuintes, que incorporará o PRORELIT e que qualificará o contribuinte a determinadas vantagens determinadas por lei, ao passo que vedará a adesão a futuros programas de redução de litígios que impliquem em redução de passivos tributários (e.g. não elegibilidade a futuro REFIS). Para os optantes ao CCT, impor a obrigatoriedade de Declaração de Posições Incertas a que se refere a Ação 12 e listar operações relevantes de modo exemplificativo e não exaustivo, permitindo aos contribuintes informarem outras operações relevantes e posições incertas;
- (q) Conceder de modo permanente aos inscritos no CCT a **não incidência de multas** para as operações declaradas tempestivamente (e.g. na declaração do primeiro ano-calendário em que surtirem efeitos fiscais) e *instituir a cobrança de juros compostos* à taxa SELIC para os casos em que a cobrança for considerada legítima após ampla defesa do contribuinte através de contencioso administrativo-fiscal perante o CARF;
- (r) Instituir sistema de transação que permita reduzir tal contencioso, considerando a probabilidade de êxito dos contribuintes nas discussões administrativas;
- (s) Instituir sistema de consultas mutuamente vinculantes (inclusive em matéria de transfer pricing, i.e. APAs) para os contribuintes participantes no CCT e incrementar o acesso dos casos destes contribuintes que forem objeto de consulta aos procedimentos MAP dos ADTs.

64 Vide Tavares, R.J.S., *Multa Qualificada – Fraude e Simulação*, e Villas, M., *Multa Qualificada por Ocorrência de Fraude*, em Munhoz, Assis, Munhoz e Tavares, Op. cit. n. 61 *supra*.



*Política Tributária  
Internacional: OCDE, BEPS  
e G20 – Implicações  
para o Brasil*

# 4

## CONCLUSÃO

**Romero J. S. Tavares**

*Advogado em São Paulo, Consultor  
da CNI em Política Tributária, Mestre  
em Administração de Negócios  
Internacionais pela University of Detroit  
(Michigan, EUA), Professor e Doutorando  
em Tributação Internacional pela  
Wirtschaftsuniversität Wien (Áustria).*

**NA ERA PÓS-BEPS**, é através da negociação multilateral de um novo *sistema de normas tributárias internacionais* que cada país busca redefinir sua posição nas *Cadeias Globais de Valor (CGVs)* de modo coerente e ascender em tais cadeias para capturar mais riqueza. Este embate afetará a competitividade de empresas multinacionais e, conseqüentemente, os mercados de capitais de diferentes países. Influenciará também a localização de avanços tecnológicos, a distribuição geográfica de ganhos de produtividade e de desenvolvimento de *capital humano* e, conseqüentemente, determinará o crescimento e prosperidade de cada nação.

**Adotar novas normas, mais rigorosas que as anteriores, de modo consistente e coerente permitirá a cada país coibir abusos na mesma medida que os seus concorrentes** – o que permite um equilíbrio concorrencial (*level playing field*). Esta medida de *neutralidade de normas anti-abuso* entre países que são grandes mercados produtores ou consumidores é essencial para viabilizar a competitividade destes países, que precisam proteger suas bases tributárias sem sacrificar sua eficiência econômica e bem-estar social. Ser seletivo e não adotar todo o pacote de medidas anti-abuso não resolveria o problema BEPS. Por outro lado, ser inconsistente e manter medidas unilaterais anti-abuso mais rigorosas que o padrão internacional causaria distorções econômicas igualmente graves, ao reduzir a inserção em CGVs e onerar o investimento estrangeiro. É esta dinâmica concorrencial e perspectiva de equilíbrio internacional que deveria orientar a política tributária internacional do Brasil.

O novo sistema internacional que emerge do Projeto BEPS se apresenta como uma alternativa viável para o Brasil. As novas regras e novas práticas se aplicarão num ambiente de transparência das cadeias globais de valor e das empresas multinacionais e de grande cooperação entre autoridades fiscais de todo o mundo, principalmente para os países que mantiverem rede ampla de tratados.

**Ampliar a rede de tratados e convergir aos novos padrões com soberania e altivez** utilizando as melhores práticas internacionais, em cooperação com a OCDE e em sintonia com as opções de política fiscais praticadas por economias emergentes de grande porte (como a Índia), é o único caminho que não trará prejuízos (**e sim ganhos**) para o Brasil. Protegerá o Tesouro Nacional e o investimento brasileiro no exterior e permitirá a inserção do Brasil em cadeias globais de valor, adicionando ao investimento estrangeiro no Brasil.

Por outro lado, se o Brasil continuar a manter uma rede limitada de tratados e a não ocupar o espaço na OCDE que lhe é acessível, se continuar divergindo do padrão mundial de normas tributárias estabelecido e aperfeiçoado através do Projeto BEPS, prejuízos substanciais se irão impor à Indústria e ao Tesouro Nacional.

O presente estudo apresentou as seguintes sugestões normativas e políticas de convergência para o Brasil:

- (a) Ampliar sua rede de ADTs adotando aos *padrões mínimos* anti-abuso que emergem da Ação 6, e enfatizar uma versão robusta da *Cláusula LOB* em seus tratados e em suas fiscalizações;
- (b) Passar a se utilizar do conceito de *Estabelecimento Permanente*, inclusive se utilizando assertivamente dos *padrões mínimos* da Ação 7, e exercer plenamente sua jurisdição tributária sobre o investimento estrangeiro no Brasil de modo coerente e consistente com os demais membros do G20 (abandonando o uso excessivo de retenções na fonte, especialmente eliminando a tributação de serviços de assistência técnica e administrativa que não representem abusos ou artificialidades);
- (c) Passar a se utilizar dos Procedimentos de Acordo Mútuo (MAP) perante outros fiscos, observando os *padrões mínimos* da Ação 14 para evitar a proliferação indevida de estabelecimentos permanentes de empresas brasileiras no exterior e alocação indevida de lucros para tais presunções de estabelecimentos, inclusive se utilizando da arbitragem internacional como parte do MAP;
- (d) ***Apenas se adotar todos os padrões mínimos acima descritos***, adotar o padrão mínimo da Ação 13, editar obrigação acessória que lhe permitirá coletar o Master File Global e CbCR de transnacionais brasileiras, e compartilhar estas informações com fiscos estrangeiros. Em contrapartida, o Brasil poderá se utilizar dos mesmos tipos de informação para melhor fiscalizar o capital estrangeiro e assegurar a caracterização apropriada no Brasil de estabelecimentos permanentes de exportadores estrangeiros e multinacionais estrangeiras que acessam o mercado brasileiro;
- (e) Reinstaurar e ampliar o incentivo à inovação tecnológica, permitindo a consolidação de despesas e cálculo do incentivo dentro de um período de até cinco anos (e não apenas as de cada ano em separado) e não limitando a dedução incentivada ao lucro real (podendo ser registrado prejuízo fiscal) – este sistema seria, por definição, rigorosamente compatível com o *padrão mínimo* de “nexo modificado” da Ação 5;
- (f) Favorecer a ampliação da rede de ADTs através da não imposição de imposto de renda sobre *royalties* nos termos do Artigo 12 da Convenção Modelo OCDE; porém manter a *Contribuição pela Intervenção no Domínio Econômico* (CIDE) que incide sobre *royalties* apenas como *regra específica anti-abuso* (semelhante à “Diverted Profits Tax” do Reino Unido e da Austrália relacionada com a Ação 1 do Projeto BEPS). A alíquota da CIDE seria aumentada de 10% para 15%, porém impositivo apenas nos casos em que a incidência de imposto sobre os lucros oriundos das receitas *royalties* seja efetivamente inferior a 15% ou exceda aos limites impostos pelo novo padrão mínimo da Ação 5. Isto seria facilmente verificável através de procedimentos de troca de informações e, especificamente, dos CbCRs do exterior decorrentes da Ação 13.
- (g) Diante do novo e mais robusto sistema que emerge das Ações 8, 9 e 10 do Projeto BEPS e das boas práticas de outros países do G20 que cooperarão com o Brasil (tais como Índia e China), e considerando a era de transparência que emerge pós-BEPS e que decorre da Ação 13 e tendo em vista a maior capa citação da Receita Federal do Brasil (que evoluiu significativamente tanto em recursos humanos como em recursos materiais desde a criação dos métodos brasileiros), é ***viável*** e benéfico para o Brasil ***a convergência ao sistema internacional em matéria de transfer pricing***. A experiência que o Brasil adquiriu com os métodos que utilizam margens fixas de lucros determinadas por lei, de grande eficiência administrativa e não prejudiciais em alguns casos, seria absolutamente aproveitável: ***todos os métodos de margens fixas continuariam em vigor porém passariam a ser opcionais (safe harbors)***, solução que se justifica por sua eficiência administrativa. Porém, ***todos os demais métodos recomendados pela OCDE e pela ONU, nos termos das Diretrizes da OCDE e do Manual da ONU, seriam incorporados à legislação nacional***. Através da cooperação internacional (inclusive por meio de APAs bilaterais ou multilaterais) e da fiscalização conjunta internacional, e se

utilizando efetivamente das informações de *Master Files*, *Local Files* e *CbCRs*, a Receita Federal do Brasil seria capaz de administrar este novo sistema *híbrido*, que une a experiência brasileira aos melhores padrões internacionais.

- (h) Rever suas regras de dedutibilidade de juros em instrumentos financeiros que tenham a natureza jurídica de endividamento no direito brasileiro e que possam se qualificar como instrumentos patrimoniais no exterior (e.g. Debêntures com Participação nos Lucros ou DPLs Conversíveis), criando regra específica anti-abuso nos termos da Ação 2 (linking rule)<sup>65</sup> e semelhante à que majora a retenção na fonte de remessas a paraísos fiscais; **a nova regra permitirá ao Brasil vetar dedução das despesas financeiras nestes instrumentos híbridos;**
- (i) Reformular os JCP, para que se torne **exclusão fiscal de presunção de juros sobre o capital social e lucros acumulados que permanecem reinvestidos**, ao invés de remuneração devida diretamente para os sócios.
- (j) Reduzir a alíquota nominal de tributação de pessoas jurídicas de 34% para 23% e ampliar a dedutibilidade de JCP, permitindo a dedutibilidade de taxa de juros equivalente ao risco soberano do Brasil nos seus instrumentos em moeda nacional (ainda inferior aos juros e variação cambial negativa decorrentes do endividamento dos contribuintes);
- (k) Instituir retenção de imposto de renda na fonte sobre dividendos à alíquota de 20% e apresentar novo **Modelo de ADT** brasileiro com esta alíquota reduzida a 5%, motivando a renegociação de tratados existentes para adequá-los ao padrão anti-abuso pós-BEPS e a ampliação da rede de ADTs do Brasil;
- (l) Adotar recomendação da Ação 4 e instituir regra que limita a dedução de juros a 30% do EBITDA para os financiamentos intra-grupo. A instituição desta regra deve ser acompanhada de conversão das atuais regras de subcapitalização em **safe harbors**, regras simplificadas opcionais que permitam que o endividamento ou dedução de juros seja suportada através de estudo econômico segundo as Diretrizes de *transfer pricing* da OCDE;
- (m) Instituir retenção de imposto de renda na fonte sobre juros à alíquota de 20% e apresentar novo **Modelo de ADT** brasileiro com esta alíquota reduzida a 5% para financiamentos de longo prazo (e.g., amortização média em prazo superior a 5 anos), com isenção dos juros no caso de projetos de infra-estrutura, incentivando o investimento produtivo no Brasil. Assim como no caso dos dividendos, este posicionamento incentivará a renegociação de tratados existentes, para adequá-los ao padrão anti-abuso pós-BEPS, e a ampliação da rede de ADTs do Brasil.
- (n) Adotar o que há de mais rigoroso e restrito dentre as *melhores práticas* anti-diferimento do mundo, identificadas pela Ação 3 do Projeto BEPS, e instituir norma eficaz para combater o abuso, a artificialidade e o acúmulo de capital improdutivo no exterior. Sugere-se instituir versão aprimorada do sistema que combina as melhores características da norma norte-americana com as melhores da norma germânica. Certamente coibirá abusos e artificialidades e o acúmulo irrazoável de lucros no exterior. Todavia deve instituir norma que não desestimule o investimento e o reinvestimento em operações estrangeiras, pondo um fim à regra punitiva que foi lançada em 2001. A era de transparência e cooperação internacional decorrente do Projeto BEPS permite esta evolução do sistema brasileiro.
- (o) Adotar as melhores práticas de *Cumprimento Cooperativo de Obrigações Tributárias* em sua inteireza nos seguintes termos:
- (p) Instituir um novo programa de *Cumprimento Cooperativo de Obrigações Tributárias* (“CCT”) de adesão opcional, destinado aos maiores contribuintes, que incorporará o PRORELIT e que qualificará o contribuinte a vantagens determinadas por lei, ao passo que vedará a adesão dos contribuintes inscritos a futuros programas de redução de litígios que impliquem em redução de

65 O Brasil se utilizaria dos instrumentos de cooperação internacional tais como a troca de informações com autoridades estrangeiras para identificar os casos de incoerência nos termos da Ação 2.



passivos tributários (e.g. não elegibilidade a futuro REFIS); para os optantes ao CCT, impor a obrigatoriedade de *Declaração de Posições Incertas* a que se refere a Ação 12, e listar operações relevantes (de informe obrigatório) de modo exemplificativo e não exaustivo, permitindo aos contribuintes informarem outras operações relevantes e posições incertas;

- (q) Conceder de modo permanente aos inscritos no CCT a **não incidência de multas** para as operações declaradas tempestivamente (e.g. na declaração do primeiro ano-calendário em que surtirem efeitos fiscais), e *instituir a cobrança de juros compostos* à taxa SELIC para os casos em que a cobrança for considerada legítima após ampla defesa do contribuinte através de contencioso administrativo-fiscal perante o CARF;
- (r) Instituir sistema de transação que permita reduzir tal contencioso considerando a probabilidade de êxito dos contribuintes nas discussões administrativas;
- (s) Instituir sistema de consultas mutuamente vinculantes (inclusive em matéria de transfer pricing, i.e. APAs) para os contribuintes participantes no CCT e incrementar o acesso dos casos destes contribuintes que forem objeto de consulta aos procedimentos MAP dos ADTs.

Como defender os interesses do Brasil? Através da convergência ampla e soberana aos novos padrões e melhores práticas do sistema tributário internacional.

