UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

JAQUELINE DE PAULA LEITE ZANETONI

ESTRUTURAS TRIANGULARES E ABUSO DE TRATADOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: A REGRA DO ESTABELECIMENTO PERMANENTE NO TERCEIRO ESTADO

MARÍLIA
2020

JAQUELINE DE PAULA LEITE ZANETONI

ESTRUTURAS TRIANGULARES E ABUSO DE TRATADOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: A REGRA DO ESTABELECIMENTO PERMANENTE NO TERCEIRO ESTADO

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito à Banca Examinadora da Universidade de Marília, sob a orientação da Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro.

MARÍLIA

2020

Zanetoni, Jaqueline de Paula Leite

Estruturas triangulares e abuso de tratados em matéria tributária: a regra do estabelecimento permanente no terceiro estado / Jaqueline de Paula Leite Zanetoni - Marília: UNIMAR, 2020.

196f.

Dissertação (Mestrado em Direito – Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília, 2020.

Orientação: Prof. Dra. Maria de Fátima Ribeiro

1. Abuso de Tratados 2. Estabelecimento Permanente 3. Estruturas Triangulares 4. Terceiro Estado I. Zanetoni, Jaqueline de Paula Leite

CDD – 341.2

JAQUELINE DE PAULA LEITE ZANETONI

ESTRUTURAS TRIANGULARES E ABUSO DE TRATADOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: A REGRA DO ESTABELECIMENTO PERMANENTE NO TERCEIRO ESTADO

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito à Banca Examinadora da Universidade de Marília, sob a orientação da Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro.

Aprovada pela banca examinadora em: ___/___/_____

Membros da banca examinadora

_____

Prof.ª. Dr.ª Maria de Fátima Ribeiro
Orientadora

_____

Prof. Dr. Bruno Bastos de Oliveira

_____

Prof.ª. Dr.ª Liziane Angelotti Meira

Ao Jonathan, por ser minha fonte de inspiração diária. Por estar ao meu lado em todos os momentos e por me fazer ser uma pessoa melhor a cada dia. Muito obrigada por tudo! Uma vida inteira não seria suficiente para retribuir.

AGRADECIMENTOS

Convencida estou do quão difícil traduzir em palavras o que a alma sente. Em todo o caso, alguns agradecimentos se fazem necessários.

Agradeço à Universidade de Marília (UNIMAR), em especial, à **Professora Doutora Fernanda Mesquita Serva** e ao **Professor Doutor Jefferson Aparecido Dias**, pela generosidade despendida em nome da minha formação e pela delicadeza do acolhimento. Serei eternamente grata à UNIMAR por tonar possível a concretização desta pesquisa e por todas as oportunidades que me foram proporcionadas.

À minha orientadora, **Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro**, que de forma extraordinária acompanhou a realização e evolução deste trabalho. Agradeço por estimular o desenvolvimento da ciência do Direito Tributário e por ampliar os meus horizontes neste campo. Foi uma honra ser sua orientanda.

Ao Coordenador do Programa, **Professor Doutor Jonathan Barros Vita**, presto minhas homenagens. Além do brilhantismo inestimável, possui uma generosidade ímpar. Suas ideias inovadoras somadas ao seu conhecimento de mundo, tornaram-no em um dos maiores juristas da atualidade. Agradeço o apoio incondicional.

Agradeço ao **Professor Doutor Bruno Bastos de Oliveira** por todos os comentários e anotações que foram de maior relevância para o aprimoramento desta pesquisa.

À **Professora Doutora Mariana Ribeiro Santiago**, que por inúmeras vezes destacou o meu nome e me fez ser lembrada junto à Academia. Além de estimular um saber disciplinado, instiga o saber humano. Deixo aqui registrada a minha gratidão por todos os caminhos que me foram abertos através da sua direção.

Agradeço ao **Professor Doutor Valter Moura do Carmo** pelo estímulo à pesquisa cientifica e por trabalhar ativamente para a formação de novos pesquisadores. Muito obrigada por não desistir de todos nós.

Aos professores integrantes do Programa de Mestrado, agradeço a dedicação e profissionalismo.

A todos os amigos e colegas que contribuíram na elaboração desta pesquisa.

Não poderia deixar de agradecer à minha família pelo apoio prestado durante todos esses anos e por sempre me fazerem acreditar que tudo é possível.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

APA	Advance Pricing Agreement
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
BRICS	Brazil, Russia, India, China and South Africa
CIDE	Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico
COFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
COMSEFAZ	Comitê dos Secretários de Fazenda dos Estados e Distrito Federal
CPM	Cost Plus Method
CUP	Comparable Uncontrolled Price Method
DOU	Diário Oficial da União
EP	Estabelecimento Permanente
EUA	Estados Unidos da América
G20	Grupo dos 20
GAAR	General Anti-Abuse Rule
IBS	Imposto sobre Bens e Serviços
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços
IOF	Imposto sobre Operações Financeiras
IP	Intellectual Property
IPI	Imposto sobre Produtos Industrializados
ISS	Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza
IVA	Imposto sobre o Valor Adicionado
LoB	Limitation of Benefits Clause
MAP	Mutual Agreement Procedure
MLI	Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
ONU	Organização das Nações Unidas
PDL	Projeto de Decreto Legislativo
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PIS	Programa de Integração Social
PPT	Principal Purpose Test

PSM	Profit Split Method
RFB	Receita Federal do Brasil
RPM	Retail Price Method
SAAR	Specific Anti-Abuse Rule
TNMM	Transactional Net Margin Method
UN	United Nations
US	United States

LISTA DE FIGURAS E TABELAS

Figura 1 – Evolução dos tratados em matéria tributária firmados pelos Brasil.....40
Figura 2 – Número de acordos para evitar a dupla tributação e prevenir à evasão fiscal firmados por países selecionados.....43
Figura 3 – Ilustração *matching credit*.....56
Figura 4 – Ilustração *tax sparing*.....59
Figura 5 – Adesões do Brasil aos instrumentos legais e órgãos da OCDE.....66
Figura 6 – Estrutura triangular elusiva.....82
Figura 7 – Aplicação do artigo 29(8) do Modelo OCDE (visão geral).....119
Figura 8 – Aplicação do método de crédito.....126
Figura 9 – Aplicação do método de isenção.....127
Figura 10 – Aplicação do requisito de baixa tributação.....131
Figura 11 – Estrutura Normativa do artigo 29(8).....143
Figura 12 – Recompensas do Dilema dos Prisioneiros.....155
Figura 13 – Penalidades para estruturas triangulares: aplicação do artigo 29(8).....166
Figura 14 – Penalidades para estruturas triangulares: padrão hipotético.....168
Tabela 1 – Estrutura dos Modelos de Convenção da OCDE e ONU.....26
Tabela 2 – Redução de alíquotas dos rendimentos passivos dos tratados firmados pelo Brasil (relação por país).....47
Tabela 3 – Aplicação do *matching credit*.....57
Tabela 4 – Aplicação do *tax sparing*.....60
Tabela 5 – Propostas da PEC n. 45/2019 e PEC n. 110/2019.....69
Tabela 6 – Cálculo do imposto devido em casos de tripla tributação.....86
Tabela 7 – Cálculo do imposto devido em casos de baixa ou zero tributação.....86
Tabela 8 – Cláusulas antiabusos para estruturas triangulares no tratado firmado pelos EUA e Holanda em 1993.....100
Tabela 9 – Aplicação do Método de crédito.....126
Tabela 10 – Aplicação do Método de isenção.....128
Tabela 11 – Cálculo para o cumprimento do requisito de baixa tributação.....132
Tabela 12 – Exceção prevista no artigo 29(8), “c” e uma comparação com o comentário ao artigo 29(6) do Modelo OCDE.....139
Tabela 13 – Penalidades para estruturas triangulares: aplicação do artigo 29(8)....166
Tabela 14 – Penalidades para estruturas triangulares: aplicação do artigo 29(8).....167

Tabela 15 - Penalidades para estruturas triangulares: cálculo para verificação.....168

ESTRUTURAS TRIANGULARES E ABUSO DE TRATADOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: A REGRA DO ESTABELECIMENTO PERMANENTE NO TERCEIRO ESTADO

RESUMO: O Programa de Mestrado da UNIMAR tem como área de concentração: Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social. Esta pesquisa foi desenvolvida no âmbito da linha 1: Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais. Assim, a contribuição deste estudo foi fornecer uma avaliação crítica do artigo 29(8) do Modelo OCDE, o qual autoriza que um Estado Contratante negue os benefícios de um tratado em matéria tributária firmado com outro Estado Contratante em situações consideradas abusivas através da utilização de estruturas triangulares elusivas utilizando um estabelecimento permanente. O primeiro capítulo analisou comparativamente os principais Modelos de Convenção para evitar a dupla tributação; apresentou a rede de tratados tributários e as políticas de negociações do Brasil para exibir os impactos internos da possível entrada do país na OCDE. O segundo capítulo promoveu uma análise sistemática da utilização de estruturas triangulares com estabelecimento permanente com o fim elusivo. O terceiro capítulo apresentou à evolução das regras antiabuso junto aos principais Modelos de Convenção. O quarto capítulo promoveu uma análise semântica, pragmática e lógico-sintática do artigo 29(8), decompondo seus enunciados e criando sua norma de incidência, e realizou um paralelo com o Modelo da ONU e o MLI. No quinto capítulo analisou se o dispositivo poderá influenciar investimentos e tratados tributários, bem como examinou o caráter penal da nova cláusula incluindo suas externalidades positivas e negativas. Concluiu-se que, a cláusula atingiu seus objetivos, entretanto restaram obstáculos procedimentais e uma solução mais acertada para resolução de controvérsias, o que poderia ser superado com uma mudança nos comentários do Modelo. Todo o trabalho foi realizado utilizando como método o empírico-dialético através de ferramentas de pesquisa bibliográfica e tendo como sistema de referência o Construtivismo Lógico-Semântico acoplado ao *Law and Economics*.

Palavras-chave: Abuso de Tratados. Estruturas Triangulares. Estabelecimento Permanente. Terceiro Estado.

TRIANGULAR CASES AND TREATY ABUSE: THE THIRD STATE PERMANENT ESTABLISHMENT'S RULE

ABSTRACT: The Master's Program of the University of Marília focuses on: Economic Enterprises, Development and Social Change. This research was developed within the scope of line 1: Business Relations, Development and Social Demands. Thus, the contribution of this study was to provide a critical assessment of Article 29 (8) of the OECD Model, which authorizes a Contracting State to deny the benefits of a tax treaty signed with another Contracting State in situations considered abusive through the use of elusive triangular structures, which includes a permanent establishment. The first chapter analyzed comparatively the main Convention Models to avoid double taxation; presented Brazil's network of tax treaties and negotiation policies to show the internal impacts of the country's possible entry into the OECD. The second chapter promoted a systematic analysis of the use of triangular structures with permanent establishment for the elusive purpose. The third chapter presented the evolution of anti-abuse rules with the main Convention Models. The fourth chapter promoted a semantic, pragmatic and logical-syntactic analysis of Article 29 (8), decomposing its enunciates and creating its rule of incidence, and its parallel with the UN Model and the MLI. The fifth chapter analyzed whether the device could influence investments and tax treaties, as well as examined the penal nature of the new clause including its positive and negative externalities. It was concluded that the clause reached its objectives, however, there remained procedural obstacles and a more correct solution for dispute resolution, which could be overcome with a change in the comments of the Model. All the work was carried out using the empirical-dialectic method through bibliographic research tools and using the Logical-Semantic Constructivism coupled with Law and Economics as a reference system.

Keywords: Treaty Abuse. Triangular Cases. Permanent Establishment. Third State.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 14

1 O BRASIL E OS TRATADOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: PASSADO, PRESENTE E FUTURO 20

1.1 OS MODELOS DE CONVENÇÃO PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO . 21
1.1.1 As definições de estabelecimento permanente: entre os Modelos OCDE e ONU..... 29
1.1.2 A tributação de rendimentos: entre os Modelos OCDE e ONU 33

1.2 A REDE DE TRATADOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA DO BRASIL 39

1.3 A POLÍTICA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA NA NEGOCIAÇÃO DE TRATADOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA 45

1.4 A POLÍTICA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS DO PROJETO BEPS..... 61

1.5 OS IMPACTOS NO DIREITO INTERNO DA POSSÍVEL ENTRADA DO BRASIL NA OCDE..... 63

2 ESTRUTURAS TRIANGULARES ELUSIVAS 72

2.1 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO: O CASO *McDONALD'S* 73

2.2 UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA DAS ESTRUTURAS TRIANGULARES 76
2.2.1 Elusão fiscal através de estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado 77
2.2.2 Identificando estruturas triangulares com o uso de estabelecimento permanente e sua consequência junto ao Modelo de Convenção da OCDE 81

2.3 PARTES ENVOLVIDAS EM UMA ESTRUTURA TRIANGULAR COM ESTABELECIMENTO PERMANENTE..... 88
2.3.1 A empresa residente em um dos Estados Contratantes..... 89
2.3.2 O estabelecimento permanente no terceiro Estado 93

3 A EVOLUÇÃO DAS REGRAS ANTIABUSO DE TRATADOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: OS MODELOS DE CONVENÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS, DA OCDE E DA ONU..... 97

3.1 AS CLÁUSULAS ANTIABUSO NO MODELO DE CONVENÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA DOS ESTADOS UNIDOS..... 97

3.2 AS CLÁUSULAS ANTIABUSO NO MODELO DE CONVENÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA DA OCDE 103
3.2.1 O projeto BEPS 107
3.2.2 O MLI (*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*) 110

3.3 AS CLÁUSULAS ANTIABUSO NO MODELO DE CONVENÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA DA ONU..... 111

4 ARTIGO 29(8): UM PARALELO ENTRE OS MODELOS DE CONVENÇÃO DA OCDE E ONU 115

4.1 ANÁLISE DO TEXTO E ESCOPO DO ARTIGO 29(8) 117
4.1.1 Alusão ao termo "rendimento" 117
4.1.2 Atribuível à estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado 120
4.1.4 O requisito da baixa tributação 128
4.1.5 Exceções à aplicação do artigo 29(8) do Modelo OCDE 132
4.1.6 Redação alternativa para a cláusula antiabuso 140

4.2 ESTRUTURA NORMATIVA DA REGRA DO ESTABELECIMENTO PERMANENTE NO TERCEIRO ESTADO 142

4.3 A NOVA CLÁUSULA JUNTO AO MODELO DE CONVENÇÃO DA ONU 145

4.4 UMA ANÁLISE DA CLÁUSULA CONTIDA NO ARTIGO 29(8) DO MODELO OCDE NO PLANO DO MLI 146

5 UMA ANÁLISE CRÍTICA DA REGRA DO ESTABELECIMENTO PERMANENTE NO TERCEIRO ESTADO: DA ECONOMIA À PRAGMÁTICA 152

5.1 O DILEMA DOS PRISIONEIROS E OS AGENTES RACIONAIS ENVOLVIDOS NA CONCORRÊNCIA TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL 153
5.1.1 Uma breve introdução ao dilema dos prisioneiros 154
5.1.2 Aplicação do dilema dos prisioneiros à concorrência tributária internacional 156

5.2 ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES E CARÁTER PENAL DA NOVA CLÁUSULA CONTIDA NO ARTIGO 29(8) NAS ESTRUTURAS TRIANGULARES 163

5.3 A NOVA CLÁUSULA ANTIABUSO ATINGIU SEU OBJETIVO? 170

CONCLUSÃO 176

REFERÊNCIAS 180

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, os modelos de negócios sofreram profundas modificações e as empresas multinacionais se tornaram mais móveis à medida que o foco passou da manufatura substancial para serviços e intangíveis.

Em uma era de fronteiras abertas com uma economia globalizada, algumas empresas multinacionais conduziram com sucesso suas estratégias de planejamento tributário (abusivo) através da exploração de lacunas e assimetrias (*mismatches*) nas regras de Direito Internacional Tributário, a fim de transferir artificialmente os lucros para jurisdições de baixa tributação, especialmente em paraísos fiscais.

Melhor dizendo, sabe-se que os tratados em matéria tributária foram concebidos – *a priori* – para evitar a dupla tributação, todavia, atualmente são instrumentos utilizados para promover o comércio internacional, bem como política tributária para atrair investimento estrangeiro e impulsionar o desenvolvimento (econômico) [1] de determinada jurisdição.

Ocorre que, quando os benefícios concedidos através de um determinado tratado em matéria tributária são abusados pelos contribuintes, o nível e equilíbrio dos fluxos de renda e capital são alterados, resultando em uma distorção na parcela de receita tributável relevante dos Estados Contratantes.

O cálculo desses fatores resultou na não tributação da renda transfronteiriça devido ao planejamento tributário abusivo, à evasão fiscal e ao uso das estruturas mencionadas em vários relatórios da OCDE, especialmente no início do século XXI.

Considerando o cenário em apreço, as práticas de elusão fiscal por empresas multinacionais são uma questão global.

No entanto, a transferência de lucros dos países em desenvolvimento pode ter um impacto negativo significativo em suas finanças públicas, impedindo – por

---

[1] O termo “desenvolvimento” será utilizado indistintamente, podendo representar as suas variadas dimensões, como: econômico, sustentável, financeiro. Para compreender melhor estas dimensões do desenvolvimento, eis que não serão objeto de análise neste trabalho, ver: SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ANDRADE, Sinara Lacerda. A construção complexa do desenvolvimento: uma análise pelo prisma da teoria da complexidade**, Revista Brasileira de Direito**, v. 14, n. 2 (2018), pp. 180-197. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2667> Acesso 08 de fevereiro de 2020; AZEVEDO, Marcelo Tobias da Silva; CLARK, Giovani. Direito ao Desenvolvimento: Reflexões a partir do Direito Econômico sobre o Desenvolvimento Sustentável, **Direito & Desenvolvimento**, Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado em Direito e Desenvolvimento Sustentável, volume 10, número 2, jul/dez 2019, pp. 73-87. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/781/651> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

exemplo - a prestação de serviços públicos essenciais, vez que estes países não tiveram acesso ao chamado *fair share* das receitas tributárias das atividades que foram práticas em seu território e que utilizaram-se de serviços públicos para serem realizadas.[2]

Estima-se que US$ 100 bilhões em prejuízos fiscais anuais sejam suportados pelos países em desenvolvimento devido apenas à condução de investimentos estrangeiros diretos por meio de paraísos fiscais, por exemplo.[3]

Em reação, as Organizações Internacionais concentraram seus esforços na solução de problemas relacionados à evasão e elusão fiscal.[4] Nesse sentido, a OCDE, a pedido do G20, criou o projeto *Base Erosion and Profit Shifting* (projeto BEPS[5]), no qual várias medidas foram implementadas e cristalizadas em 15 ações.[6]

---

[2] Para mais informações sobre o impacto negativo que a tributação pode acarretar as finanças públicas de um Estado, ver: RIBEIRO, Maria de Fátima. Considerações sobre as Medidas Fiscais estabelecidas para fazer frentes às crises econômicas e as repercussões no Desenvolvimento Econômico *in* FERREIRA, Eduardo Paz; TÔRRES, Heleno Taveira; PALMA, Clotilde Celorico (org.), **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier**, Vol. II**,** Portugal: Almedina, 2013, pp. 223-250.

[3] De acordo com: AVI-YONAH, Reuven S.; XY, Haiyan. Global taxation after the crisis: Why BEPS and MAATM are inadequate responses, and can be done about it?, **University of Michigan Public Law Research Paper n. 494**, 2016, p. 4.

[4] Para as definições de evasão e elusão fiscal ver: TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito tributário e direito privado**. Autonomia privada, simulação e elusão tributária. São Paulo: RT, 2000.

[5] Em relação ao projeto BEPS, Francisco Lisboa Moreia explica: "*Base Erosion and Profit Shifting (BEPS),* ou Erosão da Base Tributável e Transferência de Lucros", é o termo utilizado para descrever o projeto de iniciativa da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) que tem por objetivo identificar estratégias de planejamento tributário abusivo, que se aproveitam de lacunas nas leis internas e nos acordos para evitar a dupla tributação, normalmente com a utilização de outras jurisdições para promover a transferência destes lucros para localidades com pouca ou nenhuma atividade real, mas que apresenta carga tributária efetiva menor que a do país onde a renda foi auferida. A principal razão para a OCDE ter assumido a tarefa ocorreu da necessidade de uma ação coordenada, para que os países não implementassem uma série de medidas unilaterais que resultariam em dupla tributação." MOREIRA, Francisco Lisboa. O Projeto de Combate à Erosão das Bases Tributárias e Movimentação de Lucros (BEPS) da OCDE e a Política Tributária Internacional Brasileira: Algumas Reflexões *in* ROCHA, Sergio André Rocha; TÔRRES, Heleno (coords.), **Direito Tributário Internacional Homenagem ao Professor Alberto Xavier**, São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2016, pp. 212-213.

[6] São elas: Action 1-Addressing the tax challenges of the digital economy; Action 2 - Neutralize the effects of hybrid mismatch arrangements; Action 3 - CFC Rules; Action 4 – Limitation on interest deduction; Action 5 - Harmful tax practices; Action 6 - Prevent Treaty Abuse; Action 7 - Prevent the Artificial Avoidance of PE Status; Action 8/10 – Transfer pricing; Action 11 - Measuring and Monitoring BEPS; Action 12 – Mandatory Disclosure Rules; Action 13 – Country-by-Country Report; Action 14 – Mutual Agreement Procedure e Action 15 - Develop a multilateral instrument. Os relatórios finais das 15 ações do projeto BEPS estão disponíveis em: http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/ (acesso 08 de fevereiro de 2020). Para saber mais sobre o projeto BEPS e suas ações, ver: AVI-YONAH, Reuven S.; XY, Haiyan. Global taxation after the crisis: Why BEPS and MAATM are inadequate responses, and what can be done about it?, **University of Michigan Public Law Research Paper n. 494**, 2016; GOMES, Lívio Marcus. Relatório do Projeto de Pesquisa Coletiva "Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)" *in*: SCHOUERI, Luís Eduardo; GOMES, Marcus Lívio (Coord.). **A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

Particularmente, a publicação do Modelo de Convenção da OCDE (*OECD Model Tax Convention on Income and on Capital)* em 2017, resultou na inclusão de diversas disposições que tratam da elusão fiscal[7] no Modelo da OCDE, que são principalmente (se não totalmente) derivadas do projeto BEPS.

Assim, a contribuição deste estudo será fornecer uma avaliação crítica do novo artigo 29(8) do Modelo OCDE, o qual autoriza que um Estado Contratante (Estado da fonte) negue os benefícios de um tratado em matéria tributária firmado com outro Estado Contratante (Estado de residência) em situações consideradas abusivas, porém de forma específica: quando o contribuinte faz uso de estruturas triangulares para transferir ativos geradores de renda para um estabelecimento permanente localizado em um terceiro Estado de baixa ou zero tributação. A chamada regra do estabelecimento permanente no terceiro Estado.

A partir desta pesquisa pretende-se verificar se o artigo 29(8) do Modelo da OCDE atingiu seu objetivo através da confirmação ou infirmação de sua aplicabilidade em exemplos hipotéticos. Ainda, pretende-se apresentar pontos de melhoria para sua aplicação.

Para tanto, fez-se necessária a menção e/ou utilização de demais dispositivos (específicos) contidos no Modelo da OCDE. Caso contrário, não seria possível a realização deste trabalho.[8]

Como última hipótese traçada para este trabalho, objetiva-se verificar se a regra contida no artigo 29(8) do Modelo OCDE influenciará os investimentos e tratados

---

[7] A OCDE utiliza a o termo "*tax avoidance*", o que será traduzido como elusão fiscal. No que tange a impropriedade do termo elisão e a figura classificatória denominada elusão, Heleno Taveira Tôrres dispõe que: "No es que se tenga la elusión como algo lícito, sino como algo que se concreta a partir de la ordenación de actos lícitos de Derecho privado que pueden generar reacciones por parte del ordenamiento tributario. Por ello, el término portugués <<elisão>> no debería haber sido usado para representar la postura lícita del contribuyente en la economía de tributos. <<Elisão>>, del latín elisione, significa acto o efecto de elidir; eliminar, suprimir. Y no es eso lo que ocurre con la legítima economía de tributos. [...] <<Eludir>>, del latín eludere, significa evitar o esquivar con destreza; escapar con habilidad o astucia, al poder o influencia de otro. Elusivo es aquel que tiende a escapullirse, que se muestra esquivo, evasivo. Así, reflexionamos que la <<elusión tributaria>> es el fenómeno por el que el contribuyente, mediante la organización planificada de actos lícitos, pero sin <<causa>> (simulados o en fraude a la leí), intenta evitar la subsunción de lacto o negocio jurídico al concepto normativo del hecho típico y la respectiva imputación de la obligación tributaria." TÔRRES, Heleno Taveira. **Derecho tributário y Derecho privado.** Autonomia privada, simulación y elusión tributaria, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008, p. 157.

[8] Esclarece-se que, nesta pesquisa não se pretendeu analisar a aplicação de cada dispositivo de forma individual, mas apenas de utilizá-los como meios para o fim aqui traçado. Nesse sentido, não há qualquer pretensão por parte da autora do conhecimento profundo do escopo de aplicação dos demais dispositivos que não o artigo 29(8) do Modelo OCDE.

em matéria tributária dos Estados envolvidos na operação e de forma mais abrangente, a rede de tratados.

Neste ponto, algumas observações se mostram relevantes. Primeiramente, aqui não se propõe apresentar um exame acerca da teoria geral do Direito Internacional Tributário.[9] Fato é que, vários autores já o fizeram com mestria, beirando o esgotamento da matéria, especialmente, no campo acadêmico.

De tal modo que, quando a elucidação de algum conceito inserido no campo da teoria geral do Direito Internacional Tributário se fez necessário para atingir os objetivos traçados nesta pesquisa, isto se deu através das observações constantes em nota de rodapé e não no corpo do texto.

Secundariamente, todo o aqui proposto direciona-se somente ao plano internacional e, portanto, situações domésticas e unilaterais (tais como: medidas unilaterais para evitar a dupla tributação, o processo de incorporação de um tratado em matéria tributária em determinada jurisdição e/ou o sistema tributário desta) encontram-se fora do escopo do presente trabalho.[10]

Todavia, a fim de consagrar o contexto histórico no qual este trabalho encontra-se inserido, excepcionalmente, foi descrita a rede de tratados em matéria tributária brasileira, bem como a política de negociação adotada pelo país e os impactos da possível entrada na OCDE.

Para tanto, o primeiro capítulo irá realizar uma análise comparativa sobre os principais Modelos de Convenção para evitar a dupla tributação[11], além de tecer

---

[9] No que tange à diferenciação entre Direito Tributário Internacional e Direito Internacional Tributário e a relação entre Direito Internacional e Matéria Tributária, ver: VITA, Jonathan Barros. **Teoria Geral do Direito:** Direito Internacional e Direito Tributário, São Paulo: Quartier Latin, 2011. Ainda, para a indistinção entre Direito Tributário Internacional e Direito Internacional Tributário, ver: SCHOUERI, Luís Eduardo. **Preços de Transferência do direito tributário brasileiro,** 2ª edição, São Paulo: Dialética, 2006.

[10] Esclarece-se que, quando este trabalho apresentou alguma situação doméstica e/ou medida unilateral, objetivou-se – exclusivamente – testar a aplicação das regras internacionais tributárias.

[11] Esclarece-se que, os textos retirados destes Modelos de Convenção serão apresentados em sua redação original nos termos do artigo 33 da Convenção de Viena, eis que qualquer tradução será imperfeita em relação aos textos originários. O dispositivo em tela aduz que os tratados devem ser interpretados em sua língua original.

Artigo 33 - Interpretação de Tratados Autenticados em Duas ou Mais Línguas

1. Quando um tratado foi autenticado em duas ou mais línguas, seu texto faz igualmente fé em cada uma delas, a não ser que o tratado disponha ou as partes concordem que, em caso de divergência, prevaleça um texto determinado.

2. Uma versão do tratado em língua diversa daquelas em que o texto foi autenticado só será considerada texto autêntico se o tratado o previr ou as partes nisso concordarem.

3. Presume-se que os termos do tratado têm o mesmo sentido nos diversos textos autênticos.

4. Salvo o caso em que um determinado texto prevalece nos termos do parágrafo 1, quando a comparação dos textos autênticos revela uma diferença de sentido que a aplicação dos artigos 31 e 32

algumas considerações no que tange aos principais pontos de divergências entre eles identificados.

Ainda, será apresentada a rede de tratados em matéria tributária do Brasil e as políticas tributárias adotadas nas negociações destes tanto no pré como pós BEPS era.

Finalmente, verificar-se-á os impactos internos da possível entrada no Brasil na OCDE.

O segundo capítulo apresentará a estrutura utilizada pelo grupo *McDonald's* na Irlanda. Para então, promover uma análise sistemática da utilização, por empresas multinacionais, de estruturas triangulares com estabelecimento permanente com o fim específico de evitar o pagamento de tributos para demonstrar que, até 2017, os tratados em matéria tributária não endereçavam à utilização de estruturas triangulares elusivas eis que envolvem um terceiro Estado não-contratante, contribuindo assim, para a elusão fiscal no cenário internacional.

Através do terceiro capítulo, será apresentada à evolução das regras antiabuso de tratados em matéria tributária junto aos principais Modelos de Convenção utilizados no cenário internacional e, (sempre) tendo como plano fundo, o combate à utilização de estruturas triangulares com estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado.

O quarto capítulo, a primeira principal contribuição deste estudo, promoverá uma análise semântica e pragmática do artigo 29(8) do Modelo OCDE, evidenciando a aplicação do método empírico-dialético. Posteriormente, promover-se-á uma análise lógico-sintática do dispositivo em tela, a fim de construir sua norma padrão de incidência ao estabelecer analiticamente cada um de seus elementos componentes.

Mais ainda, no quarto capítulo, será realizado um paralelo entre os modelos de tratados em matéria tributária da OCDE e ONU no que tange – especificamente – ao artigo 29(8) neles contidos e o impacto da nova cláusula sob à ótica do *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting (*MLI*).*

---

não elimina, adotar-se-á o sentido que, tendo em conta o objeto e a finalidade do tratado, melhor conciliar os textos. **Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais**, concluída em Viena, em 21 de março de 1986.

O quinto capítulo, a segunda principal contribuição deste estudo, analisará como as regras contidas no artigo 29(8) do Modelo da OCDE poderão influenciar os investimentos e tratados em matéria tributária nos Estados envolvidos sob à ótica da concorrência tributária internacional e utilizando como plano de fundo o dilema dos prisioneiros evidenciado a aplicação de ferramentas específicas do *Law and Economics*.

Posteriormente, verificar-se-á se a cláusula antiabuso contida no artigo 29(8) do Modelo da OCDE configura sanção pela utilização de estruturas triangulares com estabelecimento permanente, vez que esta pode agir para conter a falha de mercado da espécie assimetria de informações. Ainda, no quinto capítulo, será averiguado se o dispositivo em análise atingiu o seu objetivo e quais externalidades podem ser intuídas, bem como serão apresentados pontos de melhoria para sua aplicação.

Finalmente, para atingir os objetivos traçados nesse artigo, o qual foi construído sob a técnica de pesquisa bibliográfica através do método empírico-dialético, e utilizando como sistema de referência a conjugação entre o Construtivismo Lógico-Semântico de Barros Carvalho[12] e ferramentas específicas do *Law and Economics* [13], o que é bem evidenciado, respectivamente, nos capítulos 4º e 5º.

[12] Ver CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário:** linguagem e método. 2ª edição. São Paulo: Noeses, 2008.
[13] Para mais informações: CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do direito:** uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008; CARVALHO, Cristiano Rosa de. **Teoria do sistema jurídico:** direito, economia, tributação. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005.

1 O BRASIL E OS TRATADOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: PASSADO, PRESENTE E FUTURO

O presente capítulo, inicialmente, traçará um pequeno panorama evolutivo da rede de tratados em matéria tributária global a fim de contextualizar o surgimento dos Modelos de Convenção utilizados como ponto de partida para as negociações de tratados. Posteriormente, será promovida uma análise comparativa sobre os principais Modelos de Convenção para evitar a dupla tributação promovido pelas duas principais Organizações Internacionais, qual seja, Modelo da OCDE e Modelo da ONU (1.1).

Neste ponto, importante observar que, foge aos objetivos delineados neste capítulo traçar à rota histórica dos Modelos de Convenção em tela, bem como ponderar as alterações e/ou inclusões dos dispositivos legais neles contidos eis que diversos autores assim já o fizeram com mestria.[14]

Ainda, tecer-se-á considerações em relação aos principais pontos de divergências entre os Modelos de Convenção da OCDE e ONU que foram identificados a partir desta pesquisa.

Prosseguindo, ainda neste capítulo, a rede de tratados em matéria tributária brasileira será estudada (1.2), bem como serão abordadas as medidas adotadas pelo Brasil nas negociações de seus tratados em matéria tributária no pré/pós BEPS era e sua atuação no combate à dupla tributação (1.3 e 1.4).

Finalmente, a fim de se beneficiar do contexto histórico no qual este trabalho encontra-se inserido, examinar-se-á os impactos internos caso as recomendações da OCDE em matéria tributária venham a ser implantadas para possibilitar a entrada do Brasil nesta Organização (1.5). Para tanto, será apresentada uma visão geral dos atuais obstáculos em matéria tributária para o ingresso do Brasil junto à OCDE. [15]

---

[14] Nesse sentido: VOGEL, Klaus. **Double Taxation Conventions,** edited by REIMER, Ekkehart; RUST, Alexander, 4th edition, 2015, The Netherlands: Kluwer Law International, 2015; UCKMAR, Victor. Double Taxation Convention *in:* AMATUCCI, Andrea. **International Tax Law,** The Netherlands: Kluwer Law International, 2012, chapter VI; SCHOUERI, Luís Eduardo. **Notas sobre os tratados internacionais sobre tributação:** Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira, São Paulo: Lex Editora S.A./Aduaneiras, 2005, pp. 201-205, entre outros.

[15] Conforme bem delimitado na introdução desta pesquisa, aqui não será analisado – por exemplo – as regras de preços de transferências brasileiras e internacionais, bem como não serão testados sua aplicação sob o ponto de vista prático. Ademais, não será objeto de análise profunda à tributação indireta brasileira.

1.1 OS MODELOS DE CONVENÇÃO PARA EVITAR A DUPLA TRIBUTAÇÃO

A principal contribuição deste item será promover uma análise comparativa sobre o texto base para evitar a dupla tributação, especialmente, dos Modelos de Convenção para evitar a dupla tributação promovidos pelas principais Organizações Internacionais.

Nesse sentido, algumas considerações iniciais se fazem necessárias. Primeiramente, que os tratados são acordos entre nações soberanas e, portanto, manifestam-se no plano internacional. Não há que se falar de tratados apenas a nível doméstico.

Secundariamente, para alcançar os objetivos propostos nesta pesquisa, a expressão "tratados em matéria tributária" será utilizada em alusão ao acordo de vontades entre dois Estados Contratantes, podendo ser aqui classificados também como "Convenção(ões)" ou "Acordo(s)"[16] eis que os termos utilizados são sinônimos e não possuem qualquer diferença pragmática.[17]

Assim, sob o ponto de vista prático, os tratados em matéria tributária foram concebidos – *a priori* – para mitigar a dupla tributação através: (i) da harmonização das definições tributárias; (ii) fixação das bases tributáveis; (iii) designação das jurisdições tributárias e (iv) indicação dos mecanismos a serem utilizados na eliminação da dupla tributação.[18]

---

[16] Artigo 2. 1. Para os fins da presente Convenção:
a)"tratado" significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica; [...] **Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais**, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969.

[17] Ainda nesse sentido, Jonathan Barros Vita: "Reitera-se que tal divisão de nomenclatura não é aceita, uma vez que as supracitadas generalizações (classificação) sobre cada um dos termos não encontram ressonância na pragmática dos mesmos, sendo, portanto, os termos mencionados sinônimos em sua significação." VITA, Jonathan Barros. **Teoria Geral do Direito:** Direito Internacional e Direito Tributário, São Paulo: Quartier Latin, 2001, p. 206. Ainda, de acordo com Paulo de Barros de Carvalho: "a variação se dá de acordo com as preferências de quem as utiliza." CARVALHO, Paulo de Barros, Tratados Internacionais destinados a evitar a dupla tributação e incidência de imposto sobre a renda no Brasil: análise do regime jurídico tributário das atividades de navegação marítima envolvendo o Brasil e Itália, **Revista Tributária das Américas**, n.1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.355.

[18] Heleno Taveira Tôrres aponta como finalidades dos tratados: "de harmonizar este relacionamento, evitando indesejáveis concursos de pretensões impositivas, com critério para evitar, reduzir ou eliminar a formação destes, prevenir o combate à evasão fiscal e elusão tributária internacional, impedir a discriminação e garantir maior segurança jurídica aos contribuintes pela certeza do direito aplicável." TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 591.

A título de esclarecimento, faz-se necessário mencionar que o primeiro tratado em matéria tributária para evitar a dupla tributação fora firmado pela Prússia e Áustria-Hungria em 1899.[19] Desde então, o número de tratados em matéria tributária vem aumentando constantemente, sendo que, no início, estes eram celebrados apenas pelos países industrializados ou exportadores de capital.[20]

Importante ressaltar ainda, que depois dos anos 90, observou-se um crescimento acelerado nas negociações e assinaturas de tratados em matéria tributária, sendo que cerca de 60% dos tratados em vigor foram assinados nos últimos 20 anos.[21] Este crescimento, pode ser atribuído, principalmente: (i) a liberalização do capital; (ii) a independência das colônias dos países europeus; (iii) ao avanço das tecnologias de comunicação e transporte e (iv) a participação das economias em transição nas operações internacionais após o colapso da União Soviética.[22]

Particularmente, somente nas últimas duas décadas é que as economias em desenvolvimento ou importadores de capital[23] foram de fato integradas à rede global de tratados em matéria tributária. Melhor dizendo, neste período, verificou-se que os tratados firmados entre países em desenvolvimento (e não somente entre países desenvolvidos e/ou entre países desenvolvidos e em desenvolvimento) aumentaram consideravelmente.[24]

De tal modo que, com o crescimento da participação dos países em desenvolvimento na rede global de tratados em matéria tributária, observou-se uma extensão das finalidades destes, pois agora, além de evitar a dupla tributação e combater à evasão fiscal, os tratados em matéria tributária servem como mecanismos

---

[19] O tratado firmado entre Prússia e Áustria-Hungria tornou-se modelo para uma série de tratados em matéria tributária firmados antes da Primeira Guerra Mundial.

[20] BRAUN, Julia; ZAGLER, Martin. An Economic Perspective on Double Tax Treaties with(in) Developing Countries**, World Tax Journal,** October, 2014, p. 243.

[21] BRAUN, Julia; ZAGLER, Martin. An Economic Perspective on Double Tax Treaties with(in) Developing Countries**, World Tax Journal,** October, 2014, p. 243.

[22] BAKER, Paul L. An Analysis of Double Taxation Treaties and their Effect on Foreign Direct Investment, **International Journal of the Economics of Business**, 2014, p. 122-123.

[23] Para alcançar os objetivos propostos neste trabalho, os países em desenvolvimento ou importadores de capital são aqueles que preencham dois requisitos: não são membros da OCDE e entram na lista de economias em desenvolvimento divulgada no relatório UNITED NATIONS. **World Economic Situation Prospects 2020**. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/WESP2020_FullReport.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[24] BAKER, Paul L. An Analysis of Double Taxation Treaties and their Effect on Foreign Direct Investment, **International Journal of the Economics of Business**, 2014, p. 122-123.

de desenvolvimento econômico e estimulo à participação destes países no mercado internacional.[25]

Movendo-se mais especificamente, com o aumento do número de tratados em matéria tributária e consequentemente, com o início da consolidação de uma rede global na segunda metade do século XX, a pressão por uma harmonização tributária cresceu junto às Organizações Internacionais, tais como a OCDE e ONU.

Neste período, identificou-se a necessidade de desenvolver um Modelo de Convenção a funcionar como ponto de partida para as negociações de tratados em matéria tributária, sendo as partes livres para negociar apenas as cláusulas do Modelo que desejam alterar.[26]

Particularmente, existem dois influentes Modelos de Convenção para evitar a dupla tributação – o Modelo de Convenção da OCDE e o Modelo de Convenção da ONU. Corroborando com o entendimento aqui exposto, atualmente, mais de 3.000 tratados (bilaterais) em matéria tributária estão em vigor, sendo que a grande maioria se baseia nos modelos aqui aduzidos.[27]

Além disso, de forma individual, alguns países possuem seus próprios modelos de tratados em matéria tributária, como é o caso dos Estados Unidos da América (EUA). Neste ponto, ressalta-se que, a primeira versão do Modelo de Convenção americana fora publicada em 1996 e em termos gerais, o modelo americano é muito similar ao Modelo da OCDE e por isso não será analisado de forma individual neste capítulo.

---

[25] Nesse sentido, ver: SCHOUERI, Luís Eduardo. Tratados e convenções internacionais sobre tributação, **Revista Direito Tributário Atual**, n. 17, São Paulo: Dialética, 2003, p. 46; ROCHA, Sérgio André. **Interpretação dos tratados para evitar a bitributação da renda,** 2ª edição, São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 83.

[26] LANG, Michael. **Introduction to the Law of Double Taxation Convention,** 2nd edition, Vienna: Linde, 2013, p. 27.

[27] Para maiores informações, ver: ARNOLD, Brian J. **An introduction to tax treaties,** 2015, pp. 4-16. Disponível em: <https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/10/TT_Introduction_Eng.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

Paralelamente, a OCDE possui 36[28] Estados-Membros constituídos por muitos dos principais países industrializados. Sendo que o primeiro Modelo da OCDE fora publicado em 1963 em forma de rascunho, sendo revisada em 1977 e 1992.[29]

Desde então, as atualizações são realizadas com frequência e a mais recente fora publicada em 2017.[30]

Em termos gerais, o Modelo da OCDE favorece os países desenvolvidos ou exportadores de capital[31] em detrimento dos países em desenvolvimento ou importadores de capital. Como se assim não o fosse, a eliminação (ou mitigação) da dupla tributação se dá através da exigência de que os Estados da fonte abdiquem em parte ou ao todo dos impostos incidentes em determinadas categorias de rendimentos auferidos por residentes em outro Estado Contratante.[32]

Sob o ponto de vista prático, o Modelo da OCDE utiliza-se da abordagem da tributação de residência (*residence taxation*), através do qual, aloca os direitos tributários ao Estado de residência. Portanto, o contribuinte que se qualificar como residente de um dos Estados Contratantes estará subordinado à tributação imposta pelo Estado de residência em relação a sua renda total. Observe que, a presente abordagem segue o princípio da universalidade.[33]

---

[28] São eles: Alemanha, Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, Coréia, Dinamarca, Eslovênia, Espanha, Estados Unidos, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Islândia, Israel, Itália, Japão, Letônia, Luxemburgo, México, Noruega, Nova Zelândia, Países Baixos (Holanda), Peru, Polônia, Portugal, Reino Unido e República Tcheca. OECD. **List of OECD Member countries - Ratification of the Convention on the OECD**. Disponível em: <https://www.oecd.org/about/document/list-oecd-member-countries.htm> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[29] Tais Convenções serão mais bem abordadas no próximo capítulo, particularmente no que tange às regras antiabuso. Todavia, para mais informações relativas aos Modelos de 1963, 1977 e 1992, ver: ARNOLD, Brian J. **An introduction to tax treaties,** 2015, p. 4. Disponível em: <https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/10/TT_Introduction_Eng.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[30] O Modelo de Convenção da OCDE de 2017 será mais bem abordado no próximo capítulo, particularmente no que tange às regras antiabuso. Todavia, para mais informações relativa ao Modelo de 2017, ver: OECD. **The 2017 Update to the OECD Model Tax Convention,** november/2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/2017-update-model-tax-convention.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[31] Para alcançar os objetivos propostos neste trabalho, os países desenvolvidos ou exportadores de capital são aqueles que preencham dois requisitos: são membros da OCDE e entram na lista de economias desenvolvidas divulgada no relatório UNITED NATIONS. **World Economic Situation Prospects 2020**. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/WESP2020_FullReport.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[32]ARNOLD, Brian J. **An introduction to tax treaties,** 2015, p. 4. Disponível em: <https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/10/TT_Introduction_Eng.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[33] A relação entre o princípio da residência e o princípio da universalidade, Alberto Xavier dispõe: "Embora conceitualmente várias combinações de critérios sejam possíveis, certo é que os sistemas fiscais modernos tendem, quando adotam o elemento de conexão residência, a estabelecer uma obrigação tributária ilimitada, no sentido de que o residente de um país, seja pessoa física ou pessoa

Portanto, a utilização do Modelo da OCDE torna-se adequada nos casos em que o fluxo de comércio e investimento for razoavelmente similar entre os Estados Contratantes e o Estado de residência tributar os rendimentos isentos no Estado da fonte. Em sentido contrário, não nos parece adequado a utilização deste Modelo nas negociações realizadas por países em desenvolvimento.[34]

O primeiro Modelo da ONU fora publicado em 1928, neste período a Organização ainda atendia pela denominação de Liga das Nações (*League of Nations*). Sendo que, apenas em 1980, fora publicada a Convenção Modelo das Nações Unidas entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.[35]

Desde então, as atualizações foram realizadas em apenas poucas oportunidades e a mais recente foi publicada em 2017.[36]

A principal diferença entre os dois Modelos aqui abordados é que o Modelo da ONU institui menos restrições aos direitos de tributação do Estado da fonte, bem como concede direitos tributários majorados sobre a receita comercial de não-residentes ao Estado da fonte.

Portanto, o Modelo da ONU utiliza-se da abordagem da tributação da fonte (*source taxation*), através da qual, os direitos à tributação serão alocados ao Estado Contratante da origem dos rendimentos, independentemente da residência do contribuinte. Observe que, a presente abordagem segue o princípio da territorialidade.[37]

---

jurídica, é tributável por todos os seus rendimentos, tanto de fonte interna, quanto de fonte externa: e daí que se fale num princípio da universalidade ou do *world-wide-income*." XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil,** Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp.258-259.

[34] Nesse sentido, ver: KOSTERS, Bart. The United Model Tax Convention and Its Recent Developments, **Asia-Pacific Tax Bulletin**, 2004, p.4; ARNOLD, Brian J. **An introduction to tax treaties,** 2015, p. 4. Disponível em: <https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/10/TT_Introduction_Eng.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[35] A presente Convenção será mais bem abordada no próximo capítulo, particularmente no que tange às regras antiabuso. Todavia, para mais informações relativas aos Modelos de 1928 e 1980, ver: LENNARD, Michael. The Purpose and Current Status of the United Nations Tax Work, **Asia-Pacific Tax Bulletin**, 2008, pp. 23-30; KOSTERS, Bart. The United Model Tax Convention and Its Recent Developments, **Asia-Pacific Tax Bulletin**, 2004.

[36] O Modelo de Convenção da ONU de 2017 será mais bem abordado no próximo capítulo, particularmente no que tange às regras antiabuso. Todavia, para mais informações relativa ao Modelo de 2017, ver: FALCÃO, Tatiana. Recent Developments in the Workflow of the U.N. Tax Committee of Experts, **Tax Notes International**, 2018, pp. 525-552.

[37] A relação entre o princípio da fonte e o princípio da territorialidade, Heleno Taveira Tôrres dispõe: "Em um sistema territorial puro, a tributação justifica-se exclusivamente pela localização da categoria residual como tendo sido produzida no interior dos limites territoriais, definida por critérios de conexão de natureza material, ou objetiva, presentes na fonte efetiva de rendimentos, ou subjetivas, pela presença do beneficiário, residente ou não residente, no território, a depender do tipo de rendimento. E para determinar a fonte efetiva de rendimentos, o legislador pode utilizar critérios de conexão materiais, levando em consideração o lugar de localização dos bens, de produção da tenda, etc.; ou

Ainda, diferentemente do Modelo da ONU, o Modelo da OCDE reflete as posições dos países membros ao conferir liberdade para aqueles que discordem de qualquer um dos preceitos contidos do Modelo (OCDE) possam registrar uma reserva para indicar que determinada disposição específica não será adotada em seus tratados em matéria tributária.[38]

Como se assim não o fosse, nos comentários à Convenção do Modelo OCDE ainda é possível encontrar observações de países que indicaram discordância em relação à interpretação do tratado fornecida pelo Modelo para um artigo específico, por exemplo.[39] Neste ponto, importante ressaltar que, ao contrário da reserva, o objetivo da observação é indicar que o país concorda em incluir o dispositivo em seu tratado em matéria tributária, todavia, interpretará e aplicará tal norma de maneira diversa da adotada nos comentários.

Não obstante, de forma surpreendente, a partir de 1997, a OCDE abriu espaço para alguns países não-membros[40] apresentarem sua posição em relação aos artigos e comentários do Modelo da OCDE.[41]

Resumidamente, a estrutura e as principais disposições de um tratado em matéria tributária típico baseado nos Modelos da OCDE e ONU poderão ser mais bem observados na tabela prática abaixo:

Tabela 1 – Estrutura dos Modelos de Convenção da OCDE e ONU

Capítulo 1	*Âmbito de aplicação da Convenção*
Artigo	**Descrição**
1	Identifica as pessoas cujas obrigações tributárias são afetadas pelo tratado
2	Indica os tributos dos Estados Contratantes cobertos pelo tratado
Capítulo 2	*Definições*

formais, se considerar o lugar de celebração dos contratos, lugar de constituição das pessoas jurídicas etc., respectivamente." TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 591.

[38] Nesse sentido, ver parágrafo da 31 da Introdução. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 19.

[39] Nesse sentido, ver: comentaries on Articles. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, pp. 55-606.

[40] São eles: Albânia, Argentina, Armênia, Azerbaijão, Bielorrússia, Brasil, Bulgária, Colômbia, Costa Rica, Croácia, Republica do Congo, Gabão, Geórgia, Hong Kong, Índia, Indonésia, Costa do Marfim, Cazaquistão, Lituânia, Malásia, Marrocos, China, Filipinas, Romênia, Rússia, África do Sul, Sérvia, Singapura, Tailândia, Tunísia, Ucrânia, Emirados Árabes e Vietnã. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, pp. 609-652.

[41] A posição dos países não-membros encontra-se disponível em: Non-OECD Economies Positions on the OECD Model Tax Convention. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, pp. 609-652.

Continuação Tabela 1

Capítulo 2	*Definições*
Artigo	**Descrição**
3	Definições gerais dos termos do tratado
4	Definição do termo “residente”
5	Definição do termo “estabelecimento permanente”
Capítulo 3	*Tributação dos rendimentos **
Artigo	**Descrição**
6	Rendimentos de bens imobiliários
7	Lucro de empresas
8	Navegação marítima e aérea
9	Empresas associadas
10	Dividendos
11	Juros
12	*Royalties*
12A	Serviços técnicos (apenas Modelo da ONU)
13	Ganhos de capital
14	Serviços profissionais independentes (apenas Modelo da ONU) **
15	Profissões dependentes
16	Remunerações de direção
17	Artistas e desportistas
18	Pensões
19	Remunerações públicas
20	Estudantes
21	Outros rendimentos
Capítulo 4	*Tributação de capital ****
Artigo	**Descrição**
22	Capital
Capítulo 5	*Disposição para eliminar dupla tributação*
Artigo	**Descrição**
23A	Método de isenção
23B	Método de crédito
Capítulo 6	*Disposições especiais*
Artigo	**Descrição**
24	Não discriminação ****
25	Métodos de solução de controvérsias
26	Troca de informações
27	Assistência na cobrança de impostos
28	Membros das Missões Diplomáticas e Postos Consulares

Continuação Tabela 1

Capítulo 6	*Disposições especiais*
Artigo	**Descrição**
29	Limitação de benefícios
30	Extensão territorial (apenas Modelo da OCDE)
Capítulo 7	*Disposições finais*
Artigo	**Descrição**
31 Art. 30 (ONU)	Entrada em vigor
32 Art. 30 (ONU)	Denúncia

*(Tabela elaborada pela autora com base nos dados obtidos em: (i) OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page1> Acesso 08 de fevereiro de 2020 e (ii) UNITED NATIONS. **Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**, 2017. Disponível em: <https://www.un.org/esa/ffd//wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020)*

* Contém as regras distributivas do tratado e em termos gerais, os artigos 6 a 21. versam dos rendimentos obtidos por um residente de um ou de ambos os Estados Contratantes
** O presente artigo fora excluído do Modelo OCDE em 29 de abril de 2000
*** Dispõe da tributação do capital (não do rendimento deste)
**** Fornece proteção contra várias formas de tributação discriminatória pelos países de origem e de residência

Em termos gerais, o Modelo da ONU baseia-se fortemente no Modelo da OCDE eis que fora desenvolvido com base no mesmo, contendo apenas algumas variações (ainda que importantes) na redação e âmbito de incidência dos seguintes dispositivos[42], são eles: artigo 5 (estabelecimento permanente); artigo 7 (lucros de empresas); artigo 8 (navegação marítima e transporte aéreo); artigo 10 (dividendos); artigo 11 (juros); artigo 12 e 12-A (*royalties* e serviços técnicos); artigo 13 (ganhos de capital) e artigo 21 (outros rendimentos).

[42] Nestes termos: "The similarities between these two leading Models reflect the importance of achieving consistency where possible. On the other hand, the important areas of divergence exemplify, and allow a close focus upon, some key differences in approach or emphasis as exemplified in country practice. Such differences relate, in particular, to the issue of how far one country or the other should forego, under a bilateral tax treaty, taxing rights which would be available to it under domestic law, with a view to avoiding double taxation and encouraging investment." UNITED NATIONS. **Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, 2017**, p. iii. Ainda, ver: TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 547.

E assim o é, em decorrência do favorecimento à aplicação do princípio da territorialidade promovido pelo Modelo da ONU ao privilegiar a retenção na fonte dos rendimentos (maiores direitos tributários ao Estado da fonte).

Assim, para os fins almejados neste trabalho, optou-se somente por tecer algumas considerações no que tange aos principais pontos de divergências mencionados no parágrafo anterior.

1.1.1 As definições de estabelecimento permanente: entre os Modelos OCDE e ONU

Primeiramente, através da presente pesquisa, constatou-se que a definição de estabelecimento permanente (*basic rule)* converge para o mesmo resultado em ambos os Modelos de Convenção, qual seja: a instalação fixa de negócios por meio da qual as atividades de uma empresa são exercidas, no todo ou em parte.[43]

Ainda, quanto à enumeração positiva de casos típicos[44], a definição de estabelecimento permanente, também, abrange[45]:

(i) Sede de direção;
(ii) Sucursal;
(iii) Escritório;
(iv) Fábrica;
(v) Oficina;
(vi) Mina, pedreira ou qualquer outro local de extração de recurso.

---

[43] CALIENDO, Paulo. BEPS e o Abuso do *Status* de Estabelecimento Permanente *in* ROCHA, Sergio André; TÔRRES, Heleno (coords.). **Direito Tributário Internacional Homenagem ao Professor Alberto Xavier**, São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2016, p. 590.

[44] Para à enumeração positiva de casos típicos, ver: CALIENDO, Paulo. BEPS e o Abuso do *Status* de Estabelecimento Permanente *in* ROCHA, Sergio André; TÔRRES, Heleno (coords.). **Direito Tributário Internacional Homenagem ao Professor Alberto Xavier**, São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2016, p. 590.

[45] Article 5. 2.The term “permanent establishment” includes especially:
a) a place of management;
b) a branch;
c) an office;
d) a factory;
e) a workshop, and
f) a mine, an oil or gas well, a quarry or any other place of extraction of natural resources. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017.
Por conveniência, optou-se por transcrever apenas à redação contida no Modelo OCDE eis que atinge a finalidade aqui proposta.

Quanto à enumeração positiva de casos atípicos[46], de acordo com o artigo 5(3) do Modelo OCDE, a definição de estabelecimento permanente abrange um canteiro de construção ou de montagem cuja duração exceda 12 meses. Todavia, diversamente, o dispositivo do Modelo da ONU além de reduzir o prazo anterior para o período de 6 meses, expandiu o enquadramento do caso atípico em referência, também, para as atividades de montagem ou instalação e atividades de supervisão relacionadas ao projeto.[47]

Certamente, o prazo de 6 meses contido no Modelo da ONU objetivou beneficiar à tributação na fonte eis que o período reduzido para reconhecimento de um estabelecimento permanente promoverá (preferencialmente) à alocação dos direitos de tributação – especialmente em relação às regras de alocação dos lucros de uma empresa – para o Estado de origem dos rendimentos.[48]

Paralelamente, através da presente pesquisa, restou evidenciado que, o prazo de 12 meses contido no Modelo da OCDE deu margem para abusos de tratados.[49]

Como se assim não o fosse, de forma particular, o Modelo da ONU, inseriu uma cláusula do "estabelecimento permanente de serviços" (*services permanent establishment clause)*[50], através da qual, o fornecimento de serviços - incluindo

---

[46] Para à enumeração positiva dos casos atípicos, ver: CALIENDO, Paulo. BEPS e o Abuso do *Status* de Estabelecimento Permanente *in* ROCHA, Sergio André; TÔRRES, Heleno (coords.). **Direito Tributário Internacional Homenagem ao Professor Alberto Xavier**, São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2016, p. 590.

[47] Article 5. 3. The term "permanent establishment" also encompasses:
a) A building site, a construction, assembly or installation project or supervisory activities in connection therewith, but only if such site, project or activities last more than six months; (…). UNITED NATIONS. Model **Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**, 2017, p.11.
Por conveniência, optou-se por transcrever apenas à redação contida no Modelo da ONU eis que atinge a finalidade aqui proposta.

[48] Nesse sentido, Heleno Taveira Tôrres: "As modificações procedidas pelas Nações Unidas quanto à definição de estabelecimento permanente objetivam ampliar a sua força de atração, na medida em que estendem o critério de conexão para a tributação das rendas de empresas estrangeiras apresentando um conceito mais amplo, abarcando, assim, outras tipologias de manifestação: prestação de serviços e de consultoria, canteiros caracterizáveis como forma de estabelecimento permanente quando a permanência seja superior apenas a seis meses, além de ser introduzida uma nova hipótese relativa ao fornecimento de serviços por parte das empresas estrangeiras, incluídos os serviços de consultoria, quando a prestação de tais serviços supere um período de seis meses, em doze meses." TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, pp. 547-548.

[49] Nesse sentido, Paulo Caliendo: "Diversos abusos foram relatados com base na cláusula dos 12(doze) meses. Algumas empresas dividiam seus contratos em diversos contratos menores, cada um realizado por uma empresa e com prazo menores do que 12 (doze) meses." CALIENDO, Paulo. BEPS e o Abuso do *Status* de Estabelecimento Permanente *in* ROCHA, Sergio André; TÔRRES, Heleno (coords.). **Direito Tributário Internacional Homenagem ao Professor Alberto Xavier**, São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2016, p. 606.

[50] Article 5. 3. The term "permanent establishment" also encompasses: [...]

serviços de consultoria - por uma empresa através de funcionários ou terceiros contratados somente para tal finalidade alcança o conceito de estabelecimento permanente (enumeração positiva de casos atípicos) desde que realizada por um período único ou mais períodos de mais de 183 dias no prazo de 12 meses.[51]

Confirmando, novamente, o favorecimento do local de origem dos rendimentos (Estado da fonte) no que diz respeito à alocação dos lucros de uma empresa.

Prosseguindo, ainda no campo da enumeração positiva de casos atípicos[52], nos termos do artigo 5(5) de ambos os Modelos de Convenção, a definição de estabelecimento permanente abrange a figura do agente (dependente). E sob tal perspectiva, uma pessoa que atue em um Estado Contratante em nome de uma empresa de outro Estado Contratante será considerada como estabelecimento permanente no primeiro Estado mencionado quando possuir autoridade para concluir contratados em nome da empresa se assim à exerça de modo habitual, desde que suas atividades não sejam limitadas a compra de bens ou mercadorias para a empresa.[53]

---

b) The furnishing of services, including consultancy services, by an enterprise through employees or other personnel engaged by the enterprise for such purpose, but only if activities of that nature continue within a Contracting State for a period or periods aggregating more than 183 days in any 12-month period commencing or ending in the fiscal year concerned. UNITED NATIONS. Model **Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**, 2017, p.11.

[51] Para maiores informações em relação ao conceito do estabelecimento permanente de serviços, ver: CHATLANI, Ravi. Recent Modification of Article 5 to Prevent the Avoidance of the PE Status *in*: BINDER, Ana Binder; WOHRER, Viktoria (eds.). **Special Features of the UN Model Convention**, 1st edition, Vienna: Linde, 2019, pp. 531-554.

[52] CALIENDO, Paulo. BEPS e o Abuso do *Status* de Estabelecimento Permanente *in* ROCHA, Sergio André; TÔRRES, Heleno (coords.). **Direito Tributário Internacional Homenagem ao Professor Alberto Xavier**, São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2016, p. 590.

[53] Article 5. 5. Notwithstanding the provisions of paragraphs 1 and 2 but subject to the provisions of paragraph 6, where a person is acting in a Contracting State on behalf of an enterprise and, in doing so, habitually concludes contracts, or habitually plays the principal role leading to the conclusion of contracts that are routinely concluded without material modification by the enterprise, and these contracts are

a) in the name of the enterprise, or

b) for the transfer of the ownership of, or for the granting of the right to use,

property owned by that enterprise or that the enterprise has the right to use, or

c) for the provision of services by that enterprise,

that enterprise shall be deemed to have a permanent establishment in that State in respect of any activities which that person undertakes for the enterprise, unless the activities of such person are limited to those mentioned in paragraph 4 which, if exercised through a fixed place of business (other than a fixed place of business to which paragraph 4.1 would apply), would not make this fixed place of business a permanent establishment under the provisions of that paragraph. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 32.

Por conveniência, optou-se por transcrever apenas à redação contida no Modelo OCDE eis que atinge a finalidade aqui proposta.

Logo, o Estado da fonte estará autorizado a tributar os lucros relacionados às atividades exercidas em seu território ainda que o critério de "local fixo de negócios" não seja preenchido, pois as atividades estão sendo realizadas através de um agente.

Contudo, ainda com fulcro no dispositivo em análise, o Modelo da ONU – exclusivamente – disciplina que, as atividades de agentes (dependentes), ainda que estes não celebrem contratos e nem desempenhem um papel primordial que leve à celebração destes, poderá ser considerada como um estabelecimento permanente caso a empresa de um Estado Contratante mantenha, habitualmente, em outro Estado Contratante, estoque de bens ou mercadorias que são entregues pelo agente em nome desta.[54]

Ademais, o Modelo da ONU, incluiu um dispositivo específico a fim de tutelar os direitos de tributação relativos as companhias de seguro. Nesse sentido, quando uma empresa de seguros de um Estado Contratante realizar em outro Estado Contratante coleta de prêmios ou garantir riscos situados neste outro Estado através de uma pessoa, tais atividades serão suficientes para constituir um estabelecimento permanente (exceto atividades de resseguro).[55]

Finalmente, no campo da enumeração negativa de casos atípicos[56], de acordo com o Modelo da OCDE, o conceito de estabelecimento permanente não abrange, entre outras[57], as atividades decorrentes da:

---

[54] Article 5. 5. […] (b) the person does not habitually conclude contracts nor plays the principal role leading to the conclusion of such contracts, but habitually maintains in that State a stock of goods or merchandise from which that person regularly delivers goods or merchandise on behalf of the enterprise. UNITED NATIONS. Model **Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**, 2017, p.13.

[55] Article 5. 6. Notwithstanding the preceding provisions of this Article but subject to the provisions of paragraph 7, an insurance enterprise of a Contracting State shall, except in regard to reinsurance, be deemed to have a permanent establishment in the other Contracting State if it collects premiums in the territory of that other State or insures risks situated therein through a person. UNITED NATIONS. Model **Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**, 2017, p.13.

[56] Para a enumeração negativa de casos atípicos, ver: CALIENDO, Paulo. BEPS e o Abuso do *Status* de Estabelecimento Permanente *in* ROCHA, Sergio André; TÔRRES, Heleno (coords.). **Direito Tributário Internacional Homenagem ao Professor Alberto Xavier**, São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2016, p. 591.

[57] Article 5. 4. Notwithstanding the preceding provisions of this Article, the term "permanent establishment" shall be deemed not to include:

a) the use of facilities solely for the purpose of storage, display or delivery of goods or merchandise belonging to the enterprise;

b) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of storage, display or delivery;

c) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of processing by another enterprise;

d) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of purchasing goods or merchandise or of collecting information, for the enterprise;

(i) Utilização de instalações unicamente para fins de armazenagem, exposição e entrega de bens ou mercadorias pertencentes à empresa;
(ii) Manutenção de estoque de bens ou mercadorias pertencentes à empresa unicamente para fins de armazenagem, exposição e entrega.

Neste contexto, o Modelo da ONU entendeu por bem não incluir o termo "entrega" no campo da enumeração negativa de casos atípicos de estabelecimento permanente. Sob o ponto de vista prático, a intenção do Modelo da ONU fora expandir a definição de estabelecimento permanente a fim de enquadrar a estrutura de armazéns diante do número elevado de varejistas *on-line* localizados nos países em desenvolvimento e garantir a tributação no Estado da fonte decorrentes da realização de tais atividades. [58]

1.1.2 A tributação de rendimentos: entre os Modelos OCDE e ONU

Paralelamente, quanto aos lucros de empresas (artigo 7 dos Modelos de Convenção[59]), importante observar que, tanto no Modelo da OCDE como no Modelo da ONU, os direitos tributários foram atribuídos – via de regra – ao Estado de residência salvo se a atividade desenvolvida no outro Estado Contratante for realizada através de um estabelecimento permanente.[60] Portanto, em último caso, os lucros atribuíveis ao estabelecimento permanente serão tributados pelo Estado de origem dos rendimentos (ou Estado da fonte).

---

e) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of carrying on, for the enterprise, any other activity;
f) the maintenance of a fixed place of business solely for any combination of activities mentioned in subparagraphs a) to e),
provided that such activity or, in the case of subparagraph f), the overall activity of the fixed place of business, is of a preparatory or auxiliary character. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 32. Ver ainda: disposição contida no artigo 5(6) e 5(7), OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 32.

[58] Nesse sentido, ver: PETRUZZI, Rafaelle; WOHRER, Viktoria. Business Profits, Permanent Establishments and Associated Enterprises i*n* LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus Staringer. **The UN Model Convention and Its Relevance for the Global Tax Treaty Network**, pp. 28–29.

[59] O artigo será transcrito oportunamente. Aqui objetivou-se somente apresentar uma visão geral do dispositivo ao leitor.

[60] FARO, Maurício Pereira Faro; MEIRA, Thaís de Barros. As Novas Regras de Tributação de Lucros no Exterior e o Artigo 7 dos Tratados *in* ROCHA, Sergio André; TÔRRES, Heleno (coords.). **Direito Tributário Internacional Homenagem ao Professor Alberto Xavier**, São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2016, pp.525-526.

Nesse campo, o Modelo da ONU admite uma maior base tributável ao Estado onde se localizada o estabelecimento permanente (ou Estado da fonte) na medida que autoriza tal jurisdição a tributar também os lucros provenientes[61] da:

(i) Venda de mercadorias do mesmo tipo ou similares daquelas vendidas pelo estabelecimento permanente;
(ii) Outras atividades comerciais do mesmo tipo ou similares daquelas realizadas pelo estabelecimento permanente.

Não parece haver dúvidas que no presente caso, estamos diante da aplicação, ainda que limitada, do princípio da força atrativa (*limited "force of attraction rule"*)[62], eis que em tais casos, haverá tributação na fonte de alguns rendimentos que – *a priori* – não seriam atribuíveis a um estabelecimento permanente. Em outras palavras, através da regra da força atrativa, estende-se à atribuição dos rendimentos além daqueles originários pelo próprio estabelecimento permanente.[63]

Como se assim não o fosse, de acordo com as regras de alocação dos lucros contidas no Modelo da ONU, algumas despesas poderão ser deduzidas quando da determinação do lucro auferido pelo estabelecimento permanente, desde que, sucedidas para a finalidade do negócio (o que não é provido pelo Modelo da OCDE).[64]

---

[61] Article 7. 1. […] the profits of the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them as is attributable to (a) that permanent establishment; (b) sales in that other State of goods or merchandise of the same or similar kind as those sold through that permanent establishment; or (c) other business activities carried on in that other State of the same or similar kind as those effected through that permanent establishment. UNITED NATIONS. Model **Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**, 2017, pp.15-16.

[62] Para maiores informação relativas à força de atração limitada ou *limited force of attraction*, ver: SAGAR, Suhas. How "Limited" Is Limited Force of Attraction? An Analysis of the Relevant Case Law and the Potential Implications of the OECD/G2O BEPS Initiative, IBFD, **Bulletin for International Taxation**, March/April, 2017, pp.180-213.

[63] Em que pese opinião em sentido contrário, aqui defende-se que a regra da força de atração não se estende aos rendimentos do capital (dividendos, juros e *royalties*) e nem as vendas através de agentes de comissão independentes, por exemplo (por isso, diz-se limitada). Para aqueles que defendem a aplicação do dispositivo, a regra produz benefícios administrativos pois não é necessário determinar com precisão se determinadas comissões ou atividades de compra se tornariam atribuíveis a sede da empresa.

[64] Article 7.3. In the determination of the profits of a permanent establishment, there shall be allowed as deductions expenses which are incurred for the purposes of the business of the permanent establishment including executive and general administrative expenses so incurred, whether in the State in which the permanent establishment is situated or elsewhere. However, no such deduction shall be allowed in respect of amounts, if any, paid (otherwise than towards reimbursement of actual expenses) by the permanent establishment to the head office of the enterprise or any of its other offices, by way of royalties, fees or other similar payments in return for the use of patents or other rights, or by way of commission, for specific services performed or for management, or, except in the case of a banking enterprise, by way of interest on moneys lent to the permanent establishment. Likewise, no account

Continuando, em conformidade com o artigo 8 dos Modelos da OCDE e da ONU, os lucros das operações de navegação marítima ou transporte aéreo no tráfego internacional serão tributadas somente pelo Estado de residência.[65]

Entretanto, o Modelo da ONU fornece duas redações para a aplicação da tributação dos rendimentos de tais atividades, a primeira foi apresentada no parágrafo anterior (*Alternative A*); já segunda (*Alternative B*[66]*)* dispõe que quando a navegação marítima ou o transporte aéreo forem realizados em caráter não eventual (ou casual), o Estado da fonte poderá tributar tais atividades com base em uma alocação apropriada do lucro líquido global obtido pela empresa em suas operações.[67]

Particularmente, no que tange à tributação dos chamados rendimentos passivos ou do capital (dividendos, juros e *royalties*), a regra geral, contida em ambos os Modelos de Convenção, segue a máxima de que estes serão tributados no Estado de residência do destinatário, podendo sofrer uma tributação (limitada) no Estado da fonte conforme redação contida nos artigos 10, 11 e 12[68], respectivamente.

A diferença primordial, todavia, reside na estipulação da alíquota a ser aplicada para fins de retenção na fonte. Em síntese, o Modelo da OCDE oferece uma alíquota padrão de retenção na fonte (5% e 15% para dividendos e 10% para juros, por exemplo), já o Modelo da ONU aduz que a alíquota deverá ser estabelecida nas

---

shall be taken, in the determination of the profits of a permanent establishment, for amounts charged (otherwise than towards reimbursement of actual expenses), by the permanent establishment to the head office of the enterprise or any of its other offices, by way of royalties, fees or other similar payments in return for the use of patents or other rights, or by way of commission for specific services performed or for management, or, except in the case of a banking enterprise, by way of interest on moneys lent to the head office of the enterprise or any of its other offices. UNITED NATIONS. Model **Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**, 2017, p. 16

[65] Article 5. 1. Profits of an enterprise of a Contracting State from the operation of ships or aircraft in international traffic shall be taxable only in that State. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 34.

[66] Article 8. 1. Profits of an enterprise of a Contracting State from the operation of aircraft in international traffic shall be taxable only in that State.

2. Profits of an enterprise of a Contracting State from the operation of ships in international traffic shall be taxable only in that State unless the shipping activities arising from such operation in the other Contracting State are more than casual. If such activities are more than casual, such profits may be taxed in that other State. The profits to be taxed in that other State shall be determined on the basis of an appropriate allocation of the overall net profits derived by the enterprise from its shipping operations. The tax computed in accordance with such allocation shall then be reduced by ___ per cent. (The percentage is to be established through bilateral negotiations.)

3. The provisions of paragraphs 1 and 2 shall also apply to profits from the participation in a pool, a joint business or an international operating agency. UNITED NATIONS. Model **Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**, 2017, p.34.

[67] Nesse sentido, ver: ORLANDI, Marco. Article 8: Are the Underlying Reasons for Granting a Special Rule Still Valid? *in*: BINDER, Ana Binder; WOHRER, Viktoria (eds.). **Special Features of the UN Model Convention**, 1st edition, Vienna: Linde, 2019, pp. 237-261.

[68] Os artigos serão transcritos oportunamente. Aqui objetivou-se somente apresentar uma visão geral dos dispositivos ao leitor.

negociações pelos Estados Contratantes a fim de garantir um resultado mais justo para os países em desenvolvimento ou importadores de capital.[69]

Movendo-se especificamente para a definição do termo "*royalties",* importante observar que o mesmo fora ampliado pelo Modelo da ONU em comparação ao Modelo da OCDE. Veja-se:

A definição de *royalties* oferecida pelo Modelo da OCDE compreende os pagamentos de qualquer espécie recebidos como remuneração pelo uso, ou o direito de uso, de um direito de autor sobre uma obra literária, artística ou científica (incluindo filmes cinematográficos), de qualquer patente, marca de indústria ou comércio, desenho ou modelo, plano, fórmula ou processo secretos ou por informações relativas a experiência adquirida no setor industrial, comercial ou científico.

Conversamente, a definição de *royalties* oferecida pelo Modelo da ONU além de compreender os rendimentos descritos acima, também, abrange o pagamento pelo uso, ou direito do uso, de um equipamento industrial, comercial ou científico (arrendamento mercantil).[70]

Neste ponto, faz-se imprescindível referir que, de acordo com o Modelo da OCDE, os rendimentos provenientes de arrendamento mercantil são considerados como lucro de empresas e, portanto, sujeitam-se à regra contida no artigo 7 do Modelo.

Paralelamente, a última versão do Modelo da ONU publicada em 2017, apresentou um novo artigo 12-A. Entretanto, a qualificação de um pagamento abrangido pelo artigo 12-A não reconhece tal pagamento como *royalties* nos termos das disposições contida no artigo 12.

Sinteticamente, de acordo com o artigo 12-A do Modelo da ONU, os pagamentos realizados pela prestação de serviços de natureza gerencial, técnica ou

---

[69] Em relação a estipulação das alíquotas pelos Estados Contratantes, ver: LENNARD, Michael. The UN Model Tax Convention as Compared with the OECD Model Tax Convention – Current Points of Difference and Recent Developments, IBFD, **Asia-Pacific Tax Bulletin**, 2009, p. 4.

[70] Article 12. 3. The term "royalties" as used in this Article means payments of any kind received as a consideration for the use of, or the right to use, any copyright of literary, artistic or scientific work including cinematograph films, or films or tapes used for radio or television broad- casting, any patent, trademark, design or model, plan, secret formula or process, or for the use of, or the right to use, industrial, commercial or scientific equipment or for information concerning industrial, commercial or scientific experience. UNITED NATIONS. Model **Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**, 2017, p.22.

de consultoria serão tributados pelo Estado da fonte pelo valor bruto com base em uma alíquota definida pelos Estados Contratantes. [71]

De tal modo que, através da presente pesquisa, restou evidenciado que o termo “serviços” aparece em várias ocasiões em que pese não haver uma definição clara deste conceito Modelos de Convenção aqui considerados.

Assim junto ao Modelo da OCDE, este termo deverá ser analisando diante da qualificação de serviços como lucro empresarial (artigo 7) ou *royalties* (artigo 12).[72]

Polarmente, o termo “serviços” junto ao Modelo da ONU, deverá ser analisado diante: (i) das disposições da cláusula de “estabelecimento permanente de serviços” do artigo 5 (*services permanent establishment clause*); (ii) dos serviços técnicos referidos no artigo 12-A e (iii) da prestação de serviços profissionais independentes conforme artigo 14.[73]

Prosseguindo, o artigo 13[74] de ambos os Modelos de Convenção apresentam uma abordagem semelhante em relação à tributação dos ganhos de capital. Todavia, exclusivamente, o Modelo da ONU além de conceder os direitos de tributação para o Estado da fonte nos ganhos decorrentes da alienação de bens móveis que fazem parte da propriedade comercial de um estabelecimento permanente (similar ao Modelo OCDE), atribui ao Estado da fonte o direito tributário dos ganhos decorrentes[75]:

---

[71] Para maiores informação relativas ao âmbito de incidência do imposto contido no artigo 12-A do Modelo da ONU e uma comparação entre os prós e contras de sua aplicação, ver: MORENO, Andrés Báez. The Taxation of Technical Services under the United Nations Model Double Taxation Convention: A Rushed – Yet Appropriate – Proposal for (Developing) Countries? **World Tax Journal**, 2015, volume 7, n. 3.

[72] Para maiores informações, ver: TÔRRES, Heleno Taveira. A Qualificação dos Serviços não Técnicos como lucros de Empresas nas Convenções para Evitar a Dupla Tributação *in* ROCHA, Sergio André; TÔRRES, Heleno. **Direito Tributário Internacional Homenagem ao Professor Alberto Xavier**, São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2016, pp.249-267.

[73] Nesse sentido, ver: MORENO, Andrés Báez. The Taxation of Technical Services under the United Nations Model Double Taxation Convention: A Rushed – Yet Appropriate – Proposal for (Developing) Countries? **World Tax Journal**, 2015, volume 7, n. 3.

[74] Article 13. 1. Gains derived by a resident of a Contracting State from the alienation of immovable property referred to in Article 6 and situated in the other Contracting State may be taxed in that other State. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 37. Por conveniência, optou-se por transcrever apenas à redação contida no Modelo OCDE eis que atinge a finalidade aqui proposta.

[75] Article 13. 2. Gains from the alienation of movable property forming part of the business property of a permanent establishment which an enterprise of a Contracting State has in the other Contracting State or of movable property pertaining to a fixed base available to a resident of a Contracting State in the other Contracting State for the purpose of performing independent personal services, including such gains from the alienation of such a permanent establishment (alone or with the whole enterprise) or of such fixed base, may be taxed in that other State. UNITED NATIONS. Model **Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**, 2017, p.25.

(i) Da alienação de bens móveis pertencentes a uma base fixa à disposição de um residente de um Estado Contratante no outro Estado Contratante com o objetivo de executar serviços pessoais independentes (artigo 14 do Modelo da ONU), incluindo ganhos provenientes da alienação de um estabelecimento permanente (sozinho ou com toda a empresa) ou dessa base fixa.

Particularmente, o Modelo da ONU, incluiu uma disposição contida no artigo 13(5) a fim de autorizar a tributação pelo Estado da fonte nos casos de ganhos derivados da alienação de ações de uma empresa ou interesses comparáveis, como interesses de uma parceria ou confiança desde que o alienador, a qualquer momento durante os 365 dias anteriores a essa alienação, possua direta ou indiretamente pelo menos um percentual do capital dessa empresa ou entidade (o percentual deverá ser definido nas negociações pelos Estados Contratantes).[76]

Mais ainda, de acordo com o Modelo da ONU, os ganhos de capital derivados da alienação de ações de uma empresa ou de interesse compatível poderá ser tributado pelo Estado da fonte desde que, o alienador, a qualquer momento durante os 365 dias anteriores a essa alienação, possua – direta ou indiretamente – uma porcentagem do capital dessa empresa (a porcentagem do capital será definido pelo Estados Contratantes).

Concluindo parcialmente, no que tange aos rendimentos não tratados nos artigos específicos dos Modelos de Convenção ora disciplinados, importante observar que, o artigo 21 do Modelo da OCDE propõe que estes deverão ser tributados no Estado de residência e em sentido oposto, o Modelo da ONU autoriza, também, a tributação pelo Estado da fonte a fim de beneficiar os países em desenvolvimento ou importadores de capital.[77]

---

[76] Article 13. 5. Gains, other than those to which paragraph 4 applies, derived by a resident of a Contracting State from the alienation of shares of a company, or comparable interests, such as interests in a partnership or trust, which is a resident of the other Contracting State, may be taxed in that other State if the alienator, at any time during the 365 days preceding such alienation, held directly or indirectly at least ___ per cent (the percentage is to be established through bilateral negotiations) of the capital of that company or entity. UNITED NATIONS. Model **Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**, 2017, p.26.

[77] Article 21.1. Items of income of a resident of a Contracting State, wherever arising, not dealt with in the foregoing Articles of this Convention shall be taxable only in that State.
2. The provisions of paragraph 1 shall not apply to income, other than income from immovable property as defined in paragraph 2 of Article 6, if the recipient of such income, being a resident of a Contracting

Portanto, apesar de algumas variações na redação e âmbito de incidência dos dispositivos analisados, fato é que, sob o ponto de vista prático, a aplicação e os resultados destes podem ser diferentes em relação aos Estados Contratantes. Dentro deste contexto, países em desenvolvimento, por exemplo, são predominantemente países da origem dos rendimentos e menos proeminentes como exportadores de capital, além de não possuírem regras abrangentes antiabusos (legislação interna) e enfrentarem consideráveis dificuldades na negociação/aplicação de tratados em matéria tributária.[78]

Finalmente, quanto aos métodos para evitar dupla tributação internacional, citem-se os institutos do *matching credit* e *tax sparing*. Estes que serão mais bem abordados no item (1.3) a seguir.

1.2 A REDE DE TRATADOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA DO BRASIL

Até o presente momento, o Brasil assinou e promulgou 33 acordos para evitar a dupla tributação e prevenir à evasão fiscal, os quais abrigam as 34 jurisdições aqui listadas: África do Sul (08 de novembro de 2003); Alemanha (27 de junho de 1975); Argentina (17 de maio de 1980); Áustria (24 de maio de 1975); Bélgica (23 de junho de 1972); Canadá (04 de junho de 1984); Chile (03 de abril de 2001); China (05 de agosto de 1991); Coreia do Sul (07 de março de 1989); Dinamarca (27 de agosto de 1974); Equador (26 de maio de 1983); Eslováquia (26 de agosto de 1986); Espanha (14 de novembro de 1974); Filipinas (29 de setembro de 1983); Finlândia (02 de abril de 1996); França (10 de setembro de 1971); Hungria (26 de julho 1986); Índia (26 de abril de 1988); Israel (12 de dezembro de 2002); Itália (03 de outubro de 1978); Japão (24 de janeiro de 1967); Luxemburgo (08 de novembro de 1978); México (25 de setembro de 2003); Noruega (21 de agosto de 1980); Países Baixos/Holanda (08 de março de 1990); Peru (17 de fevereiro de 2006); Portugal (16 de maio de 2000);

State, carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein, or performs in that other State independent personal services from a fixed base situated therein, and the right or property in respect of which the income is paid is effectively connected with such permanent establishment or fixed base. In such case the provisions of Article 7 or Article 14, as the case may be, shall apply.
3. Notwithstanding the provisions of paragraphs 1 and 2, items of income of a resident of a Contracting State not dealt with in the foregoing Articles of this Convention and arising in the other Contracting State may also be taxed in that other State. UNITED NATIONS. Model **Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**, 2017, pp.30-31.

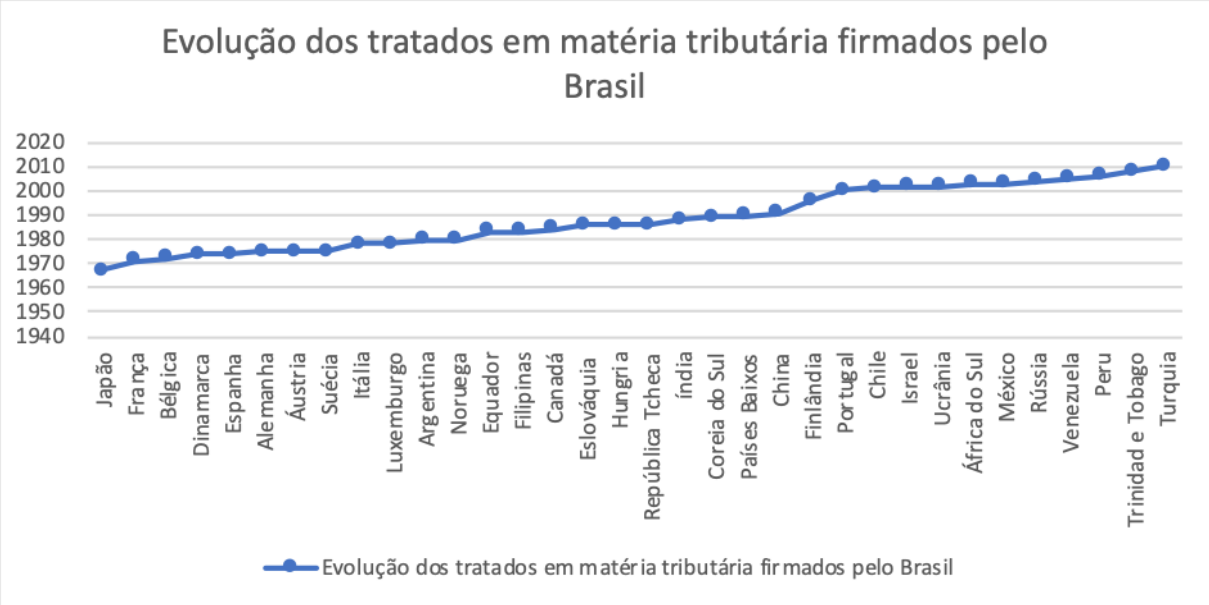
[78] O que será abordado no capítulo 5 do presente trabalho.

República Tcheca (26 de agosto de 1986), Rússia (22 de novembro de 2004); Suécia (25 de abril de 1975); Trinidad e Tobago (23 de julho de 2008); Turquia (16 de dezembro de 2010); Ucrânia (16 de janeiro de 2002) e Venezuela (14 de fevereiro de 2005). [79]

Destes, apenas 32 estão em vigor, eis que, o tratado em matéria tributária firmado com a Alemanha está sem efeito sem desde 1º de janeiro de 2006.[80]

Corroborando com o acima exposto, através da presente pesquisa, fora possível traçar a evolução dos tratados em matéria tributária firmados pelo Brasil conforme dados inseridos no gráfico abaixo.

Figura 1 – Evolução dos tratados em matéria tributária firmados pelos Brasil



(Gráfico elaborado pela autora com base nos dados obtidos em: BRASIL. Receita Federal. ***Acordos para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal****. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/acesso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/argentina/decreto-no-9-482-de-27-de-agosto-de-2018> Acesso 08 de fevereiro de 2020)*

O gráfico acima demonstra que, em um período de 52 anos compreendido desde a assinatura do primeiro tratado em matéria tributária (1967) até o presente momento, a rede de tratados brasileira cresceu inexpressivamente.

---

[79] BRASIL. Receita Federal. **Acordos para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal**. Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/acesso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/argentina/decreto-no-9-482-de-27-de-agosto-de-2018> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[80] BRASIL. **Ato Declaratório Executivo SRF n. 72 de 22 de dezembro de 2005**, D.O.U. de 26.12.2005, o qual dispõe sobre a data do término de vigência do Acordo para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda e o Capital firmado entre o Brasil e Alemanha.

E em que pese as negociações/assinaturas de tratados em matéria tributária não terem sido suspensas em todas as décadas seguintes pelo Brasil após o primeiro acordo firmado, fato é que, a política tributária brasileira neste quesito se mostrou lenta e com algumas peculiaridades.

Sob a perspectiva brasileira, a assinatura de um tratado para evitar a dupla tributação não se evidenciava como um caminho a ser percorrido em razão da aplicação do princípio da territorialidade prevalecente. Este pensamento, todavia, fora transformado com o início do regime militar em 1964, o qual conferiu papel fundamental ao capital estrangeiro para desenvolver a indústria local. [81]

De tal modo que, nos anos 60 um único acordo para evitar a dupla tributação e prevenir à evasão fiscal fora firmado com o Japão. Todavia, nos anos 70, houve um crescimento significativo na então (quase inexistente) rede de tratados brasileira, sendo que 9 acordos para evitar a dupla tributação e prevenir à evasão fiscal foram firmados com jurisdições localizadas apenas no continente europeu (Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Itália, Luxemburgo e Suécia).

Portanto, na primeira fase da política tributária de negociação de tratados, compreendida entre os anos 60 e 70, o Brasil buscou firmar acordos com países desenvolvidos e exportados de capital a fim de captar capital estrangeiro para rematar seu desenvolvimento econômico, em atendimento às diretrizes delineadas pelo regime militar. [82]

Particularmente, neste período, fora reportado que a principal dificuldade em firmar um tratado em matéria tributária com o Brasil era a posição interna amplamente favorável à tributação na fonte em contraste aparente com a orientação adotada pelos países desenvolvidos, qual seja: tributação no Estado de residência.[83]

O fôlego nas negociações fora mantido durante os anos 80, sendo que, neste período, 10 acordos para evitar a dupla tributação e prevenir à evasão fiscal foram assinados pelo Brasil com a Argentina, Noruega, Equador, Filipinas, Canadá, Eslováquia, Hungria, Republica Tcheca, Índia e Coreia do Sul. Observe que, neste período, além dos países desenvolvidos, passou-se a realizar acordos para evitar a

---

[81] Nesse sentido, ver: SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição à História dos Acordos de Bitributação: a Experiência Brasileira**, Revista Direito Tributário Atual**, 22, São Paulo: Dialética, 2008, pp. 268-269.
[82] Nesse sentido, ver: SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição à História dos Acordos de Bitributação: a Experiência Brasileira**, Revista Direito Tributário Atual**, 22, São Paulo: Dialética, 2008, pp. 268-269.
[83] SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição à História dos Acordos de Bitributação: a Experiência Brasileira, **Revista Direito Tributário Atual**, 22, São Paulo: Dialética, 2008, pp. 273-277.

dupla tributação também com países em desenvolvimento, particularmente, localizados na América Latina.

Prosseguindo, nos anos 90, apenas 3 tratados em matéria tributária foram firmados pelo Brasil neste período, são eles: China, Finlândia e Países Baixos/Holanda.

Portanto, até este período a política tributária brasileira de negociação de tratados, por questões óbvias, focou-se em atrair os investidores tradicionais no Brasil (por exemplo: países europeus), para então firmar acordos com países vizinhos (por exemplo: países da América Latina) e outras jurisdições (tais como a China).[84]

Dentro do contexto aqui proposto, somente nos anos 2000 é que fora possível constatar uma mudança em tais políticas tributárias – atribuídas, especialmente, às novas políticas econômicas e a internacionalização das empresas brasileiras.[85]

Corroborando com o entendimento aqui exposto, nos anos 2000, o Brasil assinou 10 tratados em matéria tributária (África do Sul, Chile, Israel, México, Peru, Portugal, Rússia, Trinidad e Tobago, Ucrânia e Venezuela), com países que não eram considerados investidores tradicionais ou não possuíam qualquer relação regional com o país. [86]

Concluindo parcialmente, na década de 2010, apenas 1 tratado em matéria tributária fora firmado pelo Brasil com a Turquia.

De tal forma que, através da presente pesquisa, não restou evidenciado que a assinatura de tratados em matéria tributária pelo Brasil de forma isolada aumentou os investimentos estrangeiros realizados pelos Estados Contratantes. Assim, a atração de fluxos de investimentos estrangeiros (diga-se altos fluxos de investimentos) pode ser atribuída ao processo de liberalização da economia e a privatização de inúmeras empresas estatais *versus* o aumento da competitividade do setor privado.[87]

---

[84] SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição à História dos Acordos de Bitributação: a Experiência Brasileira, **Revista Direito Tributário Atual**, 22, São Paulo: Dialética, 2008, p. 271.

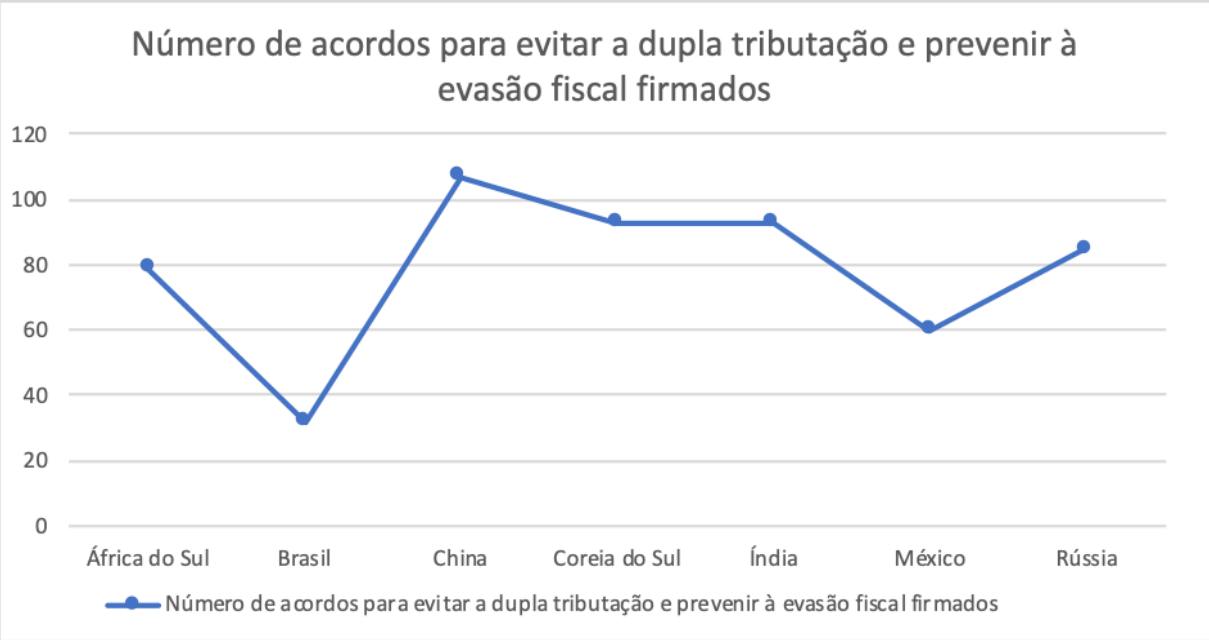
[85] Nesse sentido, Luís Eduardo Schoueri: "Nos últimos anos, as mudanças na economia global – e, especialmente, quanto à importância de empresas brasileiras no cenário internacional – é refletida na nova política de negociação do País. De fato, algumas empresas brasileiras são agora *global players* e, embora não seja correto incluir o Brasil entre os exportadores de capital, é notório o aumento substancial no número dessas empresas." SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição à História dos Acordos de Bitributação: a Experiência Brasileira, **Revista Direito Tributário Atual**, 22, São Paulo: Dialética, 2008, p. 277.

[86] SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição à História dos Acordos de Bitributação: a Experiência Brasileira, **Revista Direito Tributário Atual**, 22, São Paulo: Dialética, 2008, pp. 277.

[87] Em relação ao aumento de investimentos estrangeiros no Brasil e os tratados em matéria tributária firmados pelo país, ver: BRAUN, Julia; ZAGLER, Martin. An Economic Perspective on Double Tax Treaties with(in) Developing Countries, **World Tax Journal**, October/2014, pp. 261-262; CARVALHO,

Partindo-se para uma perspectiva comparativa (internacional), nos parece que, além do Brasil ter iniciado tardiamente sua rede de tratados em matéria tributária, não fora bem-sucedido na construção e expansão desta em comparação aos países com desenvolvimento econômico análogo (pertencentes ao Grupo BRICS[88] ou não). Veja-se:

Figura 2 – Número de acordos para evitar a dupla tributação e prevenir à evasão fiscal firmados por países selecionados



(Gráfico elaborado pela autora com base nos dados obtidos em: (i) ÁFRICA DO SUL. ***South Africa Revenue Services.*** *Disponível em: <https://www.sars.gov.za/Pages/default.aspx> Acesso 08 de fevereiro de 2020; (ii) BRASIL. Receita Federal.* ***Acordos para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal****; (iii) CHINA.* ***State Taxation Administration of the People's Republic of China****. Disponível em: <http://www.chinatax.gov.cn/eng/c101270/c101275/c5112209/content.html> Acesso 08 de fevereiro de 2020; (iv) COREIA DO SUL.* ***National Tax Service****. Disponível em: <https://www.nts.go.kr/eng/resources/resour_02.asp?minfoKey=MINF76200802201734O6> Acesso 08 de fevereiro de 2020; (v) ÍNDIA.* ***Income Tax Department Governament of India.*** *Disponível em: <https://www.incometaxindia.gov.in/Pages/international-taxation/old-treaties.aspx> Acesso 08 de fevereiro de 2020; (vi) PWC.* ***Mexico. Individual - Foreign tax relief and tax treaties****. Disponível em: <http://taxsummaries.pwc.com/ID/Mexico-Individual-Foreign-tax-relief-and-tax-treaties> Acesso 08 de fevereiro de 2020; (vii) RÚSSIA.* ***Federal Tax Services of Russia****. Disponível em: <https://www.nalog.ru/eng/international_cooperation/dta/> Acesso 08 de fevereiro de 2020).*[89]

Marcela Santos de. **Os acordos para evitar a dupla tributação assinados pelo Brasil e as negociações com os Estados Unidos: Históricos e Desafios,** dissertação apresentada à Universidade de Brasília (UnB), 2013, pp. 77-87. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/14541/1/2013_MarcelaSantosCarvalho.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[88] BRICS é um termo utilizado para designar o grupo de países de economias emergentes formado por Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul.

[89] Através dessa pesquisa, identificou-se que (i) a África do Sul firmou 79 tratados em matéria tributária para evitar a dupla tributação; (ii) a China firmou 107 tratados em matéria tributária para evitar a dupla tributação; (iii) a Coreia do Sul firmou 93 tratados em matéria tributária para evitar a dupla tributação; (iv) a Índia firmou 93 tratados em matéria tributária para evitar a dupla tributação; (v) o México firmou

Por questões objetivas, como exemplo específico, a China assinou o seu primeiro tratado em matéria tributária em 1983, e atualmente, após apenas 36 anos deste, possui 107 acordos para evitar a dupla tributação em vigor. Isto pode ser atribuído, provavelmente, em razão da política tributária adotada pelo governo chinês com vistas ao desenvolvimento e internalização das empresas nacionais (especialmente após a *Belt and Road Initiative*[90]), bem como o crescente interesse de investidores estrangeiros no mercado chinês.

Assim, a fim de contornar as deficiências aqui descritas, o Brasil vem promovendo, desde meados de 2019, avanços consideráveis no que tange à expansão e modernização da sua rede de tratados em matéria tributária.

Nessa acepção, em 23 de maio de 2019, foi apresentado o Projeto de Decreto Legislativo de Acordos, tratados ou atos internacionais (PDL 203/2019) a fim de aprovar o texto do Acordo entre República Federativa do Brasil e a República de Singapura para eliminar a dupla tributação em relação aos tributos sobre a renda e prevenir a evasão e elisão fiscal e seu protocolo assinados em 7 de maio de 2018. O projeto está em fase de tramitação na Câmara dos Deputados. [91]

Ainda, em 17 de outubro de 2019, foi apresentado o Projeto de Decreto Legislativo de Acordos, tratados ou atos internacionais (PDL 667/2019) a fim de aprovar o texto da Convenção entre República Federativa do Brasil e os Emirados Árabes para eliminar a dupla tributação em relação aos tributos sobre a renda e prevenir a evasão e elisão fiscal e seu protocolo assinados em 12 de novembro de 2018. O projeto está em fase de tramitação na Câmara dos Deputados e aguarda deliberação em plenário. [92]

---

60 tratados em matéria tributária para evitar a dupla tributação e (vi) a Rússia firmou 85 tratados em matéria tributária para evitar a dupla tributação.

[90] Em suma, o *Belt and Road Initiative* é uma estratégia de desenvolvimento adotada pelo governo chinês envolvendo desenvolvimento de infraestrutura e investimentos em países da Europa, Ásia e África.

[91] BRASIL. Câmara dos Deputados. **PDL 203/2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2198954> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[92] BRASIL. Câmara dos Deputados. **PDL 667/2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2225914> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

1.3 A POLÍTICA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA NA NEGOCIAÇÃO DE TRATADOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Como ponto de partida, faz-se necessário delimitar o escopo da análise aqui pretendida. De tal modo que, serão abortadas as medidas adotadas pelo Brasil nas negociações de seus tratados em matéria tributária e como estes atuam no combate à dupla tributação.

Para tanto, optou-se pela análise, primeiramente, do Modelo adotado pelo Brasil para então partir para análise dos dispositivos nele contidos.

Nesse sentido, por critérios objetivos e para alcançar as finalidades aqui traçadas, foram eleitos os dispositivos que possuem maior influência nas diretrizes adotadas pelo país em suas Convenções.

Movendo-se mais especificamente, o Brasil não possui um modelo de convenção próprio, sendo que os tratados em matéria tributária assinados pelo Brasil são adaptações dos Modelos de Convenção já existentes com pequenas inclusões de cláusulas específicas quando se fez necessário.[93]

Como resultado desta pesquisa, constatou-se que, os tratados em matéria tributária firmados pelo Brasil seguem predominantemente o Modelo OCDE com a utilização de algumas premissas do Modelo ONU, apesar do Brasil não ser membro signatário da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico e ainda possuir o *status* de país em desenvolvimento.[94]

Neste ponto, algumas ressalvas fazem-se necessárias. De forma geral, todos os tratados em matéria tributária firmados pelo Brasil aplicam-se aos residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes, salvo dispositivo o firmado com o Japão.[95]

No que tange ao âmbito de aplicação, somente abrange o Imposto Federal sobre a Renda, não incluindo qualquer referência aos tributos sobre patrimônio, salários ou outros listados no Modelo da OCDE.

---

[93] VITA, Jonathan Barros. As Convenções para evitar a Dupla Tributação Brasileiras: Técnicas de Negociações e Análise Estrutural segundo os Modelos OCDE e ONU, **Revista Direito Tributário Atual, 2010**, p. 305.

[94] Nesse sentido, ver comentários em relação à importância de empresas brasileiras em: SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição à História dos Acordos de Bitributação: a Experiência Brasileira, **Revista Direito Tributário Atual**, 22, São Paulo: Dialética, 2008, p. 277. Ainda, ver: VITA, Jonathan Barros. As Convenções para evitar a Dupla Tributação Brasileiras: Técnicas de Negociações e Análise Estrutural segundo os Modelos OCDE e ONU, **Revista Direito Tributário Atual, 2010**, pp. 303-319.

[95] Podendo ser aplicado inclusive para não-residentes, de acordo com: VITA, Jonathan Barros. As Convenções para evitar a Dupla Tributação Brasileiras: Técnicas de Negociações e Análise Estrutural segundo os Modelos OCDE e ONU, **Revista Direito Tributário Atual, 2010**, p. 304.

Paralelamente, em que pese não existir a figura do estabelecimento permanente no direito interno brasileiro, a mesma fora recepcionada nos tratados em matéria tributária firmados pelo Brasil como critério para tributação dos lucros de empresas.

Todavia, no que tange à redação do artigo correspondente (artigo 7) do Modelo OCDE, o Brasil reserva sua posição de adotar, em seus tratados em matéria tributária, um artigo específico para lidar com o "estabelecimento permanente de serviços", cláusula contida no Modelo da ONU.[96]

Ainda, no que tange às despesas incorridas fora do seu território, o Brasil reserva sua posição em relação ao artigo 7(4) eis que estas não serão necessariamente aceitas para dedução do imposto devido. Como se assim não o fosse, o Brasil reserva sua posição de não adotar a redação do artigo 7(4)(5)(6) do Modelo OCDE em seus tratados em matéria tributária.[97]

Portanto, o Brasil – via de regra – adota nos seus tratados em matéria tributária, a definição de estabelecimento permanente contida no Modelo da ONU, sobretudo no que tange ao prazo de 6 meses para constituição de estabelecimento permanente nos casos de canteiro de construção, instalação ou montagem e a menção expressa no que tange a tributação de seguros e resseguros.[98] As exceções são observadas nos acordos para evitar a dupla tributação e prevenir à evasão fiscal firmados com Equador, Israel, Portugal, Rússia, Turquia e Ucrânia.

Já no que tange às regras de preços de transferências, o Brasil adota, em seus tratados em matéria tributária, somente a disposição contida no artigo 9(1) do Modelo OCDE, não adotando (plenamente[99]) o princípio do *arm's length*.

---

[96] Ver: Positions on article 7. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital,** 2017, pp. 628-269.

[97] Ver: Positions on article 7. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital,** 2017, pp. 628-269.

[98] VITA, Jonathan Barros. As Convenções para evitar a Dupla Tributação Brasileiras: Técnicas de Negociações e Análise Estrutural segundo os Modelos OCDE e ONU, **Revista Direito Tributário Atual, 2010**, p. 308.

[99] Como autor que defende (com algumas ressalvas) a incorporação do *arm's length* no direito brasileiro, ver: VITA, Jonathan Barros. **Preços de transferência:** atualizado com as Leis 12.715 e 12.766 e a instrução normativa 1.312, com as alterações das INs 1.322 e 1.395. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais : FISCOSoft Editora, 2014. v. 1. 472p. Diversamente, como autor que defende a inexistência da incorporação do *arm's length* no direito brasileiro: BARRETO, Paulo Ayres. **Imposto sobre a renda e preços de transferência**. São Paulo: Dialética, 2001.

Dessa forma, o Brasil reserva o direito de aplicar seus ajustes correlativos de acordo com a legislação interna (margens fixas[100]), além de não aplicar o *Transfer Princing Guidelines for Multinacional Enterprises and Tax Administrations.* Ainda, reserva a sua posição de não adotar o artigo 9(2).

Especificamente, no que tange à aplicação das alíquotas (máximas) do imposto de retenção na fonte dos rendimentos passivos (juros, dividendos e *royalties*), os resultados das negociações de tratados em matéria tributária poderão ser mais bem observados na tabela prática abaixo:

Tabela 2 – Redução de alíquotas dos rendimentos passivos dos tratados firmados pelo Brasil (relação por país)

Países (em ordem alfabética)	**Redução de Alíquotas**					
	Dividendos		**Juros**		***Royalties***	
	Artigo	**Alíquota**	**Artigo**	**Alíquota**	**Artigo**	**Alíquota**
África do Sul	10º	10%*1 15%*2	11º	15%	12º	10%*2 15%*3
Argentina	10º	10%*4 15%*2	11º	15%	12º	10%*2 15%*3
Áustria	10º	15%	11º	15%	12º	10%*5 15%*2 25%*3
Bélgica	10º	10%*6 15%*2	11º	15%*7	12º	10%*5 15%*2 25%*3
Canadá	10º	10%*6	11º	10%*8 15%*2	12º	15%*2 25%*3
Chile	10º	10%*1 15%*2	11º	15%	12º	15%
China	10º	15%	11º	15%	12º	15%*2 25%*3
Coreia do Sul	10º	10%*7 5%	11º	10%*9 15%*2	12º	15%*2 25%*3
Dinamarca	10º	25%	11º	15%	12º	15%*2 25%*3

[100] Para o sistema de margens fixas utilizado unicamente pelo Brasil, ver: VITA, Jonathan Barros. **Preços de transferência:** atualizado com as Leis 12.715 e 12.766 e a instrução normativa 1.312, com as alterações das INs 1.322 e 1.395. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais : FISCOSoft Editora, 2014. v. 1. 472p.

Continuação Tabela 2

Países (em ordem alfabética)	**Redução de Alíquotas**					
	Dividendos		**Juros**		***Royalties***	
	Artigo	**Alíquota**	**Artigo**	**Alíquota**	**Artigo**	**Alíquota**
Equador	10º	15%	11º	15%	12º	15%[*2] 25%[*3]
Eslovênia	10º	15%	11º	10%[*10] 15%[*2]	12º	15%[*2] 25%[*3]
República Tcheca	10º	15%	11º	10%[*10] 15%[*2]	12º	15%[*2] 25%[*3]
Espanha	10º	15%	11º	10%[*10] 15%[*2]	12º	10%[*11] 15%[*2]
Filipinas	10º	15%[*12] 25%[*2]	11º	15%	12º	25%[*11] 15%[*2]
Finlândia	10º	10%	11º	15%	12º	10%[*11] 15%[*2] 25%[*3]
França	10º	15%	11º	15%	12º	10%[*11] 15%[*2] 25%[*3]
Hungria	10º	15%	11º	10%[*13] 15%[*2]	12º	15%[*2] 25%[*3]
Índia	10º	15%	11º	15%	12º	15%[*2] 25%[*3]
Israel	10º	10%[*1] 15%[*2]	11º	15%	12º	10%[*2] 15%[*3]
Itália	10º	15%	11º	15%	12º	15%[*2] 25%[*3]
Japão	9º	12,5%	10º	12,5%	11º	12,5%[*2] 15%[*11] 25%[*3]
Luxemburgo	10º	15%[*6] 25%[*2]	11º	15%	12º	15%[*2] 25%[11]
México	10º	10%[*14] 15%[*2]	11º	15%	12º	10%[*2] 15%[*3]
Noruega	10º	15%	11º	15%	12º	15%[*2] 25%[*3/11]
Países Baixos	10º	15%	11º	10%[*9] 15%[*2]	12º	15%[*2] 25%[*3]

Continuação Tabela 2

Peru	10º	10%[*14] 15%[*2]	11º	15%	12º	15%
Portugal	10º	10%[*15] 15%[*2]	11º	15%	12º	15%
Rússia	10º	10%[*14] 15%[*2]	11º	15%	12º	15%
Suécia	10º	15%[*16] 25%[*2]	11º	25%[*17] 15%[*2]	12º	15%[*2] 25%[*3]
Trinidad e Tobago	10º	10%[18] 15%[*2]	11º	15%	12º	15%
Turquia	10º	10%[*1] 15%[*2]	11º	15%	12º	10%[*2] 15%[*3]
Ucrânia	10º	10%[*1] 15%[*2]	11º	15%	12º	15%
Venezuela	10º	10%[*1] 15%[*2]	11º	15%	12º	15%

(Tabela elaborada pela autora com base nos dados obtidos em BRASIL. Receita Federal. ***Acordos para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal****. Disponível em: http://receita.economia.gov.br/acesso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/argentina/decreto-no-9-482-de-27-de-agosto-de-2018 Acesso 08 de fevereiro de 2020.)*

[*1] Quando o beneficiário efetivo dos dividendos for uma sociedade detenha diretamente pelo menos 25% do capital social das sociedades que paga os dividendos
[*2] Em todos os outros casos
[*3] Quando provenientes do uso ou da concessão de marcas de indústria ou de comércio
[*4] Quando o beneficiário efetivo dos dividendos for uma sociedade detenha diretamente pelo menos 25% do capital social das sociedades que paga os dividendos ao longo de um período de 365 dias (incluindo o dia do pagamento dos dividendos)
[*5] Quando provenientes do uso ou da concessão do uso de um direito de autor sobre uma obra literária, artística ou científica, excluídos os de filmes cinematográficos, filmes ou fitas de gravação de programas de televisão ou radiodifusão
[*6] Quando o beneficiário efetivo dos dividendos for uma sociedade detenha diretamente pelo menos 10% do capital social das sociedades que paga os dividendos
[*7] Ver redação do artigo/portaria
[*8] Quando provenientes do Brasil e pagos a um residente do Canadá em razão de um empréstimo garantido ou segurado por um período mínimo de 7 anos pela "Export Development Corporation of Canada"
[*9] Quando o beneficiário for um banco e o empréstimo for concedido por um período de, no mínimo, 7 anos, relacionado com a compra de equipamento industrial ou com estudo, a compra e a instalação de unidades industriais ou científicas, assim como o financiamento de obras públicas
[*10] Quando provenientes de empréstimos e créditos concedidos por banco, por um período de no mínimo 10 anos, ligados à venda de equipamentos industriais ou ao estudo, à instalação ou ao fornecimento de unidades, industriais ou científicas, assim como a obras públicas
[*11] Quando provenientes do uso ou pela concessão do uso de direito de autor sobre obras literárias, artísticas ou científicas (inclusive os filmes cinematográficos, filmes ou fitas de gravação de programas de televisão ou radiodifusão, quando produzidos por um residente de um dos Estados contratante)
[*12] Quando o beneficiário efetivo dos dividendos for uma sociedade, incluindo uma sociedade de pessoas
[*13] Quando provenientes de empréstimos e créditos concedidos por banco, por um período de no mínimo 8 anos, ligados à venda de equipamentos industriais ou ao estudo, à instalação ou ao fornecimento de unidades, industriais ou científicas, assim como a obras públicas

[*14] Quando o beneficiário efetivo dos dividendos for uma sociedade detenha diretamente pelo menos 20% do capital social das sociedades que paga os dividendos
[*15] Quando o beneficiário efetivo dos dividendos for uma sociedade detenha diretamente pelo menos 25% do capital social das sociedades que paga os dividendos durante um período de 2 anos antes do pagamento dos dividendos
[*16] Quando o beneficiário efetivo dos dividendos for uma sociedade, excluindo-se as sociedades de pessoas
[*17]Quando o beneficiário efetivo dos juros for uma pessoa física ou ima sociedade de pessoas
[*18] Quando o beneficiário efetivo dos dividendos for uma sociedade detenha diretamente ou indiretamente pelo menos 25% do capital social das sociedades que paga os dividendos

De acordo com a tabela acima, verifica-se que, em que pesem os esforços para atrair investimentos estrangeiros – a política brasileira de negociações de tratados firmou-se no sentido de jamais reduzir à tributação de rendimentos passivos (dividendos, juros e *royalties*) ao padrão recomentado pela OCDE. Portanto, salvo exceção do Japão (12,5%), o Brasil passou a negociar à redução limitada a 15% para tributação na fonte de tais rendimentos.[101]

De maneira especial, embora o Brasil não tribute os dividendos (de companhia residente para sujeitos residentes), o país reserva o direito de tributar todos os dividendos referidos no artigo 10(2) em uma alíquota uniforme a ser negociada.[102]

Como se assim não o fosse, faz-se necessário advertir que, a grande maioria dos tratados em matéria tributária firmados pelo Brasil, contém disposições especiais no que tange à limitação de alíquota para dividendos remetidos de um estabelecimento permanente localizado em um Estado Contratante para a empresa sede residente em outro Estado Contratante junto ao artigo 10(5). Nestes casos, sob o ponto de vista prático, faz-se necessário ver a redação contida no tratado em particular.[103]

Ainda, como regra geral, os tratados em matéria tributária firmados pelo Brasil possuem uma cláusula geral para início de vigência do dispositivo referente à tributação de dividendos, qual seja, 03 anos da vigência do tratado.

---

[101] Conforme bem exposto por: SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição à História dos Acordos de Bitributação: a Experiência Brasileira, **Revista Direito Tributário Atual**, 22, São Paulo: Dialética, 2008, p. 277. Ainda, ver: VITA, Jonathan Barros. As Convenções para evitar a Dupla Tributação Brasileiras: Técnicas de Negociações e Análise Estrutural segundo os Modelos OCDE e ONU, **Revista Direito Tributário Atual, 2010**, p. 275.
[102] Ver: Positions on article 10. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital,** 2017, p. 634.
[103] VITA, Jonathan Barros. As Convenções para evitar a Dupla Tributação Brasileiras: Técnicas de Negociações e Análise Estrutural segundo os Modelos OCDE e ONU, **Revista Direito Tributário Atual, 2010**, p. 308.

Prosseguindo, no que tange à tributação dos juros, a posição brasileira é refletida nas reservas realizadas ao artigo 11 do Modelo OCDE, sendo que estas foram realizadas em praticamente todos os parágrafos do dispositivo.[104]

Aqui, optou-se por destacar que, os tratados em matéria tributária assinados pelo Brasil, via de regra, contêm disposições específicas para tributação dos juros provenientes de empréstimos governamentais.[105]

Além disso, importante ressaltar que os tratados em matéria tributária firmados pelo Brasil, majoritariamente, possuem uma cláusula de limitação de benefício contida geralmente no artigo 11(6) em relação aos juros pagos a um estabelecimento permanente localizado em um terceiro Estado. Portanto, nesta situação específica, faz-se necessário ver a redação contida no tratado em particular.

Particularmente, em relação à tributação dos *royalties,* o Brasil adota a redação contida no Modelo da ONU, especialmente no que tange a definição ampliada deste rendimento (incluindo o arrendamento mercantil).

Mais ainda, o Brasil rejeita a posição de tributação de *royalties* exclusiva no Estado de residência do beneficiário promovida pelo Modelo da OCDE, ao constar a reserva do direito tributá-los na fonte (posição ONU).[106]

Como se assim não o fosse, via de regra, o Brasil inclui a prestação de serviços de assistência técnica na definição de r*oyalties* em seus tratados em matéria tributária, o que resta confirmado pela própria reserva realizada pelo Brasil junto à OCDE.[107] Nestes casos, as alíquotas inseridas na tabela acima poderão sofrer alterações e sob o ponto de vista prático, faz-se necessário ver a redação contida no tratado em particular.

Através desta pesquisa, verificou-se que, os tratados em matéria tributária assinados pelo Brasil, via de regra, contêm disposições específicas para a tributação

---

[104] Ver: Positions on article 11. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital,** 2017, p. 635-639.

[105] Nesse sentido, ver: SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição à História dos Acordos de Bitributação: a Experiência Brasileira, **Revista Direito Tributário Atual**, 22, São Paulo: Dialética, 2008, p. 284; VITA, Jonathan Barros. As Convenções para evitar a Dupla Tributação Brasileiras: Técnicas de Negociações e Análise Estrutural segundo os Modelos OCDE e ONU, **Revista Direito Tributário Atual, 2010**, pp. 310-311.

[106] Ver: Positions on article 12. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital,** 2017, p. 637.

[107] Ver: Positions on article 12. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital,** 2017, p. 637.

dos *royalties* quando o pagador é o próprio Estado[108], bem como restringem à dedutibilidade no pagamento de *royalties* quando estes são pagos por um estabelecimento permanente situado no Brasil a sua sede no exterior (haja vista que não são dedutíveis de acordo com a legislação interna brasileira).[109]

Paralelamente, o termo "serviço" aparece em várias ocasiões nos tratados em matéria tributária firmados pelo Brasil e em que pese não haver uma definição clara deste conceito nos acordos brasileiros para evitar dupla tributação, este termo deverá ser analisado diante: (i) das disposições da cláusula de "estabelecimento permanente de serviços" contida no artigo 5; (ii) dos lucros de empresas contido no artigo 7; (iii) dos serviços técnicos referidos no artigo 12 (eis que via de regra o Brasil não adota em seus tratados em matéria tributária o artigo 12-A do modelo da ONU) e (iv) da prestação de serviços profissionais independentes contida no artigo 14.

No que tange à prestação de serviços profissionais e a sua alocação ao direito de tributação disciplinada no artigo 14, faz-se necessário aduzir que, embora o dispositivo tenha sido excluído do Modelo OCDE em 29 de abril de 2000; o Brasil continua adotando-o em seus tratados em matéria tributária.

Excepcionalmente, o Brasil adotou a redação do artigo 14 contida no Modelo da ONU em 10 dos seus tratados em matéria tributária (África do Sul, Argentina, Chile, China, Japão, México, Peru, Rússia, Turquia e Venezuela).[110]

Neste ponto, importante ressaltar que foge aos objetivos traçados para este trabalho analisar como se dá à interpretação dos artigos em tela, especialmente para o enquadramento da tributação em relação ao termo "serviço".

Continuando, em seus tratados em matéria tributária, o Brasil costuma adotar a redação do artigo 13 contida no Modelo da ONU para a tributação decorrente de ganhos de capital, especialmente no que tange à disposição contida no parágrafo 5, a qual, autoriza a tributação pelo Estado da fonte nos casos de ganhos derivados da alienação de ações de uma empresa.[111]

---

[108] Mais informações em: VITA, Jonathan Barros. As Convenções para evitar a Dupla Tributação Brasileiras: Técnicas de Negociações e Análise Estrutural segundo os Modelos OCDE e ONU, **Revista Direito Tributário Atual, 2010**, pp. 311.

[109] Ver: Positions on article 24. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital,** 2017, p. 648.

[110] BRASIL. Receita Federal. **Acordos para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal.** Disponível em: <http://receita.economia.gov.br/acesso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[111] Positions on article 13. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital,** 2017, p. 640; Ver ainda: VITA, Jonathan Barros. As Convenções para evitar a Dupla Tributação Brasileiras: Técnicas

Concluindo parcialmente, a posição brasileira de tributação dos "outros rendimentos" segue o posicionamento do Modelo da ONU, a qual autoriza a tributação ilimitada na fonte, conforme artigo 21 dos tratados em matéria tributária firmados pelo Brasil. [112]

No que tange aos métodos de eliminação de dupla tributação, o Brasil adota – via de regra – o método de crédito (artigo 23B[113]) em seus tratados em matéria tributária. Como se assim não o fosse, fora observado a reivindicação de inclusão de algumas cláusulas específicas nos tratados em matéria tributária pelo Brasil, eis que o país (ainda[114]) se utiliza como condição para celebração de acordo à adoção dos institutos de *matching credit* e *tax sparing.*

A adoção destes mecanismos de incentivos fiscais (*matching credit* e *tax sparing)* nos tratados em matéria tributária firmados pelo Brasil, refletiu a política nacional de negociação de tratados segundo a qual: qualquer redução na tributação da fonte somente seria aceita em favor do investidor estrangeiro e não em favor do Estado de residência. O que perdurou até o início dos anos 2000, eis que, após este período, observou-se à internacionalização de algumas empresas brasileiras e, consequentemente, o abandono de tais mecanismos nos acordos para evitar a dupla tributação.[115]

Especificamente, estes mecanismos fiscais são encontrados – principalmente – nos tratados em matéria tributária firmados pelo Brasil com jurisdições que possuem o *status* de países desenvolvidos ou exportadores de capital com vistas a atrair investimentos estrangeiros.

Corroborando com o entendimento aqui defendido, as cláusulas de *matching credit* foram identificadas nos tratados em matéria tributária listados – de forma não exaustiva[116] – abaixo:

---

de Negociações e Análise Estrutural segundo os Modelos OCDE e ONU, **Revista Direito Tributário Atual, 2010**, pp. 311.

[112] Nesse sentido, ver: Positions on article 21. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital,** 2017, p. 646.

[113] O artigo será transcrito e analisado oportunamente. Aqui objetivou-se somente apresentar uma visão geral do dispositivo envolvidos ao leitor.

[114] Aqui utilizou-se a terminologia "ainda", pois os tratados em matéria tributária firmados pelo Brasil antes dos nos 2000 possuem os institutos de *matching credit* e *tax sparing*, sendo que estes ainda não foram negociados.

[115] Nesse sentido, ver: SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição à História dos Acordos de Bitributação: a Experiência Brasileira, **Revista Direito Tributário Atual**, 22, São Paulo: Dialética, 2008, pp. 273-283.

[116] A divisão ora apresentada foi apresentada por: XAVIER, Alberto *in* **Direito Tributário Internacional do Brasil,** Rio de Janeiro: Forense, 2005

- Dividendos de fontes estrangeiras[117] recebidos por residentes no Brasil: Coreia do Sul, Filipinas e Itália;
- Dividendos de fonte brasileira recebidos por residentes de outros países: Coreia do Sul, Filipinas, Hungria e Noruega;
- Juros de fontes estrangeiras[118] recebidos por residentes no Brasil: Coreia do Sul, Espanha, Equador, Filipinas e índia;
- Juros de fonte brasileira recebidos por residentes de outros países: Áustria, Canadá, Coreia do Sul, Dinamarca, Equador, Eslováquia, Espanha, Filipinas, Finlândia, França, Hungria, Índia, Itália, Japão, Luxemburgo, Noruega, Países Baixos (Holanda), República Tcheca e Suécia;
- *Royalties* de fontes estrangeiras[119] recebidos por residentes no Brasil: Coreia do Sul, Equador, Espanha, Filipinas e Índia;
- *Royalties* de fonte brasileira recebidos por residentes de outros países: Áustria, Canadá, Coreia do Sul, Dinamarca, Equador, Eslováquia, Espanha, Finlândia, França, Hungria, Índia, Itália, Japão, Noruega, Países Baixos (Holanda), República Tcheca e Suécia.

Sinteticamente, através do benefício do *matching credit,* há à concessão de um crédito fictício a fim de elevar o valor do crédito a um parâmetro superior ao que seria tido como crédito tributário em condições normais de tributação pelo Estado da fonte.[120] Neste ponto, ressalta-se que, o crédito presumido (ou fictício) pelo Estado de

---

[117] Nestes tratados fora incluída uma cláusula de *matching credit* bidirecional. Nesse sentido, Jonathan Barros Vita dispões: "Outra peculiaridade dos tratados brasileiros é que o Brasil criou a cláusula de *matching credit* bidirecional, ou seja, podendo ser aplicada em ambos os países, diferentemente das cláusulas padrão que somente são aplicadas às isenções dadas pelos países em desenvolvimento." VITA, Jonathan Barros. As Convenções para evitar a Dupla Tributação Brasileiras: Técnicas de Negociações e Análise Estrutural segundo os Modelos OCDE e ONU, **Revista Direito Tributário Atual, 2010**, pp. 305.

[118] Nestes tratados fora incluída uma cláusula de *matching credit* bidirecional. Nesse sentido, ver: VITA, Jonathan Barros. As Convenções para evitar a Dupla Tributação Brasileiras: Técnicas de Negociações e Análise Estrutural segundo os Modelos OCDE e ONU, **Revista Direito Tributário Atual, 2010**, pp. 305.

[119] Nestes tratados fora incluída uma cláusula de *matching credit* bidirecional. Nesse sentido, ver: VITA, Jonathan Barros. As Convenções para evitar a Dupla Tributação Brasileiras: Técnicas de Negociações e Análise Estrutural segundo os Modelos OCDE e ONU, **Revista Direito Tributário Atual, 2010**, pp. 305.

[120] TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 468-469.

residência será sempre concedido nos termos da alíquota (fixa) constante no tratado em matéria tributária, independentemente se houver redução ou isenção do imposto devido no Estado da fonte.

Como exemplo da utilização do *matching credit* transcrevemos a seguir o trecho extraído do artigo 23 do tratado em matéria tributária firmado entre a República Federativa do Brasil e o Governo do Reino dos Países Baixos (Holanda), *in verbis*:

> [...] 3. Além disso, a Holanda permitirá uma dedução do imposto holandês calculado sobre os rendimentos que podem ser tributados no Brasil e de que tratam o parágrafo 2 do Artigo 10, o parágrafo 2 do Artigo 11, o parágrafo 2 do Artigo 12, o parágrafo 3 do Artigo 13, o Artigo 17, o parágrafo 1 do Artigo 18 e o Artigo 22 desta Convenção, desde que tais rendimentos sejam incluídos na base de cálculo de que trata o parágrafo 1. O montante dessa dedução será igual ao valor do imposto pago no Brasil sobre aqueles rendimentos, mas não excederá o montante da redução que seria permitida se tais rendimentos fossem os únicos isentos do imposto holandês, nos termos do que dispõe a lei holandesa destinada a evitar a dupla tributação.
> 4. Para os efeitos do que dispõe o parágrafo 3, o imposto pago no Brasil será considerado:
> a) relativamente aos dividendos de que trata o parágrafo 2 do Artigo 10, 25% (vinte e cinco por cento) de tais dividendos, se forem pagos a uma sociedade holandesa que detenha no mínimo 10% (dez por cento) do capital votante da sociedade brasileira, e 20% (vinte por cento) nos demais casos;
> b) relativamente aos juros de que trata o parágrafo 2 do Artigo 11, 20% (vinte por cento) de tais juros;
> c) relativamente aos "royalties" de que trata o subparágrafo b, do parágrafo 2 do Artigo 12, 25% (vinte e cinco por cento) de tais "royalties", se forem pagos a uma sociedade holandesa que detenha, direta ou indiretamente, no mínimo 50% (cinquenta por cento) do capital votante de uma sociedade brasileira, desde que não sejam dedutíveis na apuração do lucro tributável da sociedade que efetua o pagamento, e 20% (vinte por cento) nos demais casos. [121]

A fim de ilustrar todo o aqui exposto, especificamente no que tange à aplicação do dispositivo transcrito acima, utilizaremos das premissas abaixo:

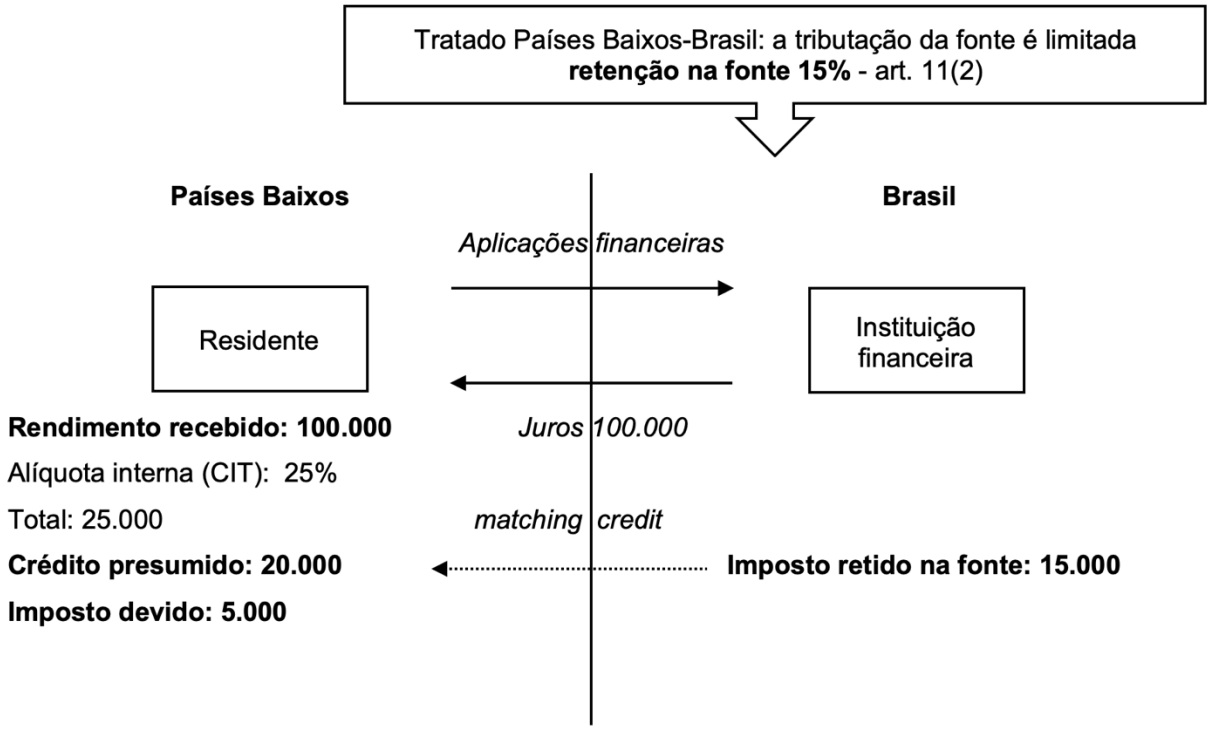
- Investidor X é residente nos Países Baixos (Holanda) e realiza aplicações financeiras no Brasil, percebendo rendimentos a título de juros no valor de 100.000;
- O tratado em matéria tributária firmado entre Brasil-Países Baixos (Holanda) prevê uma retenção na fonte de 10% ou 15% conforme o caso nos termos do artigo 11(2) (ver tabela acima);

121 BRASIL. **Decreto n. 335, de 02 de dezembro de 1991**, promulga a Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria Tributária de Imposto sobre a Renda, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino dos Países Baixos, DOU de 03.12.1991.

- No presente caso, verificou-se que a alíquota aplicada é de 15% (por exemplo);
- O tratado em matéria tributária firmado entre Brasil-Países Baixos (Holanda) dispõe no artigo 23(3) que, os Países Baixos (Holanda) permitirão uma dedução do imposto holandês equivalente à 20% relativamente aos juros de que trata o artigo 11(2) - (observe que a alíquota de retenção na fonte efetivamente aplicada é de 15%).

Com o propósito de elucidar as implicações de tal benefício, veja a operação condita no diagrama abaixo.

Figura 3 – Ilustração *matching credit*



(Diagrama elaborado pela autora)

Tabela 3 – Aplicação do *matching credit*

***Matching credit* - Art. 23(3)**	**Juros 100.000**
Imposto devido nos Países Baixos (alíquota 25%[122])	25.000
Imposto devido no Brasil (alíquota 15%) *	**15.000**
Crédito presumido para fins de dedução (alíquota 20%) **	(-) 20.000
Tributação total (juros) nos Países Baixos (Holanda)	**5.000**

(Tabela elaborada pela autora)

* Imposto retido na fonte (tratado Brasil-Países Baixos)
** Crédito (fictício) concedido pelos Países Baixos (tratado Brasil-Países Baixos)

Continuando, ainda em relação aos incentivos fiscais concedidos pelo Brasil para atrair investimentos estrangeiros através de tratados em matéria tributária, tem-se o mecanismo do *tax sparing*, através do qual, será gerado um crédito tributário (fictício) junto ao Estado de residência em relação ao imposto que deveria ter sido pago no Estado da fonte e assim não o foi, pois este optou pela sua exoneração através de instrumentos legais internos.[123]

Todavia, ao contrário do *matching credit*, o crédito presumido (ou fictício) pelo Estado de residência será sempre concedido nos termos da declaração realizada pelo Estado da fonte dos impostos que teriam sido pagos em seu território (variável de acordo com o tipo de rendimento e/ou capital).

Em outras palavras, o benefício do *tax sparing* é concedido quando o Estado da fonte não tributa determinados rendimentos originários em seu território e o Estado de residência considera como pago um valor superior ao montante não-tributado no primeiro Estado mencionado, gerando um crédito tributário (presumido).[124]

Nesse sentido, o Brasil reserva sua posição em relação ao artigo 23 A e 23 B de inserir uma cláusula de *tax sparing* em seus tratados em matéria tributária em relação aos incentivos fiscais promovidos em razão de sua legislação interna.[125]

Particularmente, os tratados em matéria tributária firmados pelo Brasil possuem cláusulas de *tax sparing* unidirecional, ou seja, o benefício somente aplica-

---

[122] DELOITTE. **Corporate Income Tax Rate 2019**. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-corporate-tax-rates.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.
[123] TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 464-465.
[124] Ver: comentário ao artigo 23 A e B. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital,** 2017, p. 403.
[125] Ver: Positions on article 23 A and 23 B. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital,** 2017, p. 647.

se a alguns dos rendimentos de fonte brasileira recebidos por residentes de outros países e foram identificadas nos acordos para evitar a dupla tributação listados – de forma não exaustiva – abaixo:

- Áustria, Bélgica, Hungria, Japão e Suíça.

Como exemplo da utilização da cláusula de *tax sparing* transcrevemos a seguir o trecho extraído do artigo 23 do tratado em matéria tributária firmado entre a República Federativa do Brasil e o Reino da Bélgica, *in verbis*:

> [...] 2.No caso da Bélgica, a dupla tributação será evitada da seguinte forma: a) Quando um residente da Bélgica receber rendimentos tributáveis no Brasil em conformidade com as disposições da presente Convenção, com exceção daquelas contidas nos artigos 10, parágrafos 2 e 6, 11, parágrafos 2, 3, b) e 8, e 12, parágrafos 2 e 6, a Bélgica isentará esses rendimentos do imposto, mas poderá, para calcular o montante de seus impostos sobre o restante dos rendimentos desse residente, aplicar a mesma alíquota que aplicaria se esses rendimentos não tivessem sido isentos;.[126]

A fim de ilustrar todo o aqui exposto, especificamente no que tange à aplicação do dispositivo transcrito acima, utilizaremos das premissas – fictícias – abaixo:

- Investidor X é residente na Bélgica e adquire cotas de um fundo no Brasil, percebendo rendimentos a título de ganho de capital no valor de 100.000;
- O rendimento é isento de tributação no Brasil em razão de uma determinada legislação interna que concedeu o benefício (por exemplo: artigo 3º da Lei n. 11.312/2006[127]);
- No presente caso, não há que se falar em concessão de crédito pelo Estado de residência como medida a evitar a dupla tributação;

---

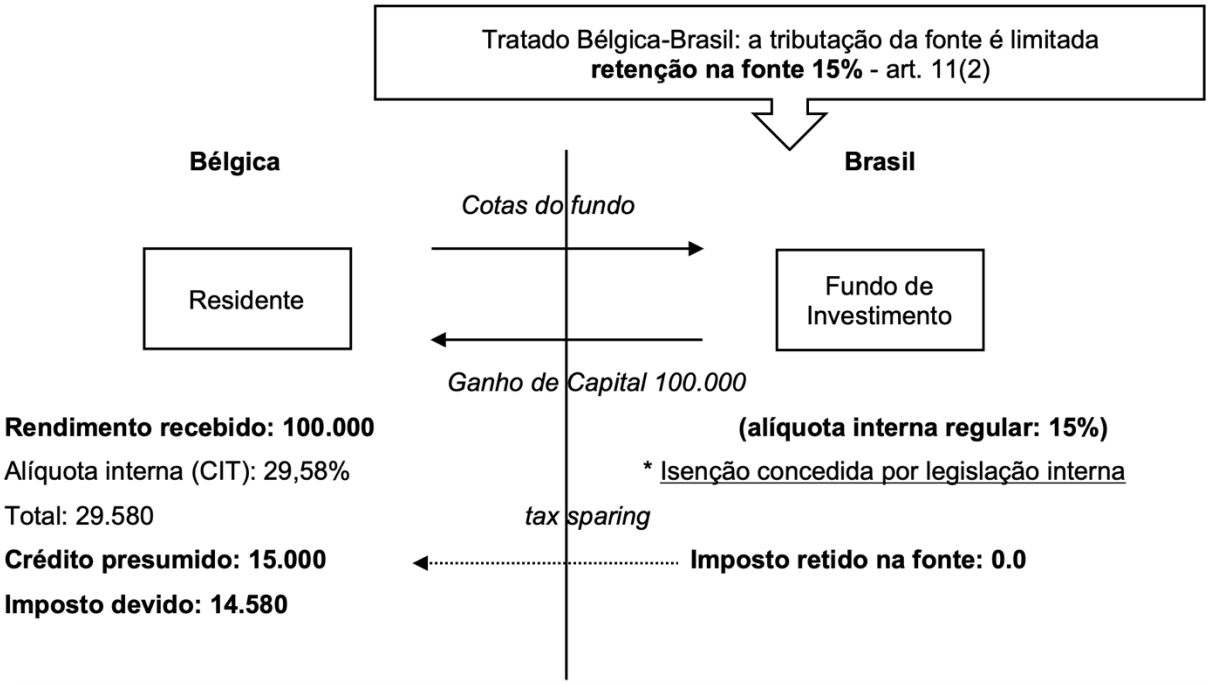
[126] BRASIL. **Decreto n. 72.542, de 30 de julho de 1973**, Promulga a Convenção para Evitar a Dupla Tributação e Regular Outras Questões em Matéria de Impostos sobre a Renda. Brasil Bélgica. DOU de 2/8/1973 e Retificado pelo D.O.U. de 9/8/1973. (com as modificações do Decreto nº 6.332, de 28 de dezembro de 2007).

[127] BRASIL. **Lei n. 11.312, de 27 de junho de 2006,** Reduz a zero as alíquotas do imposto de renda e da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF nos casos que especifica; altera a Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996; e dá outras providências, D.O.U. de 26/06/2006.

- O tratado em matéria tributária firmado entre Brasil-Bélgica dispõe no artigo 23(2) que a Bélgica permitirá uma dedução do imposto belga relativamente aos ganhos de capital auferidos em território brasileiro (equivalente à 15% com base na declaração emitida pelo Brasil no que tange ao imposto que teria sido pago, por exemplo).

Com o propósito de elucidar as implicações de tal benefício, veja a operação contida no diagrama abaixo.

Figura 4 – Ilustração *tax sparing*



(Diagrama elaborado pela autora)

Tabela 4 – Aplicação do *tax sparing*

***Tax Sparing* - Art. 23(2)**	**Ganho de Capital 100.000**
Imposto devido na Bélgica (alíquota 29,58%[128])	29.580
Imposto devido no Brasil*	**0**
Imposto devido no Brasil para este rendimento caso não houvesse a isenção específica (alíquota 15%)	**(15.000)**
Crédito presumido para fins de dedução (alíquota 15%) **	(-) 15.000
Tributação total (ganho de capital) na Bélgica	**14.580**

(Tabela elaborada pela autora)

* Legislação interna concedeu isenção sobre este rendimento específico
** Crédito (fictício) concedido pela Bélgica (tratado Brasil-Bélgica)

Concluindo parcialmente, importante frisar que estes instrumentos de incentivos fiscais para atrair investimentos estrangeiros (no plano internacional e através de medidas bilaterais) não são recomentados pela OCDE – especialmente o uso do *tax sparing* – eis que contribuem para situações de abuso de tratado e *treaty shopping* patrocinando assim, evasão e elusão fiscal.[129]

Todavia, em sentido contrário, a ONU não condena tais práticas, deixando a critério dos Estados Contratantes à inclusão dos instrumentos de *matching credit e tax sparing.*[130]

---

[128]DELOITTE. **Corporate Income Tax Rate 2019**. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-corporate-tax-rates.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[129] De acordo com a OCDE: "Experience has show that tax sparing is very vulnerable to taxpayer abuse, which can be very costly in terms of lost revenue to both the State of residence and the State of source. This kind of abuse is difficult to detect. In addition, even where it is detected, it is difficult for the State of residence to react quickly against such abuse. The process of removing or modifying existing tax sparing provisions to prevent such abuses is often slow and cumbersome. Furthermore, tax sparing is not necessarily an effective tool to promote economic development. A reduction or elimination of the benefit of the tax incentive by the State of residence will, in most cases, only occur to the extent that profits are repatriated. By promoting the repatriation of profits, tax sparing may therefore provide an inherent incentive to foreign investors to engage in short-term investment projects and a disincentive to operate in the source State on a long-term basis. Also, foreign tax credit systems are usually designed in a way that allows a foreign investor, in computing its foreign tax credit, to offset to some extent the reduction of taxes resulting from a particular tax incentive with the higher taxes paid in that or other country so that, ultimately, no additional taxes are levied by the State of residence as a result of the tax incentive." OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital,** 2017, commentary on article 23A e 23 B, p. 404.

[130] Veja o posicionamento adotado pela ONU: "Moreover, where "matching" credit provisions have been included in tax treaties, there have been examples of the artificial structuring of business transactions in order to take advantage of them, leading both to erosion of the tax base and to an unintended economic distortion in the process of investment decision-making. That said, the reality is that, as a policy matter, countries remain free to adopt those investment incentives that seem to them to be useful or unavoidable, given the pressure resulting from the existence of preferential tax regimes, such as tax-free zones in the other jurisdictions, although, as a matter of observation, there is a tendency in more recent years for these to be more narrowly targeted than formerly. For example, they may be restricted

Prosseguindo, no que tange ao combate de situações que envolvam abusos de tratados, a partir desta pesquisa, restou evidenciado que, poucos tratados em matéria tributária possuem um artigo a fim de endereçar tais problemáticas[131], indicando tanto o despreparo das autoridades competentes durante as negociações como ausência de uma política tributária interna focada em combater tais práticas.

Com relação aos métodos de solução de controvérsias, o Brasil manteve a sua posição de não a cláusula da arbitragem[132] obrigatória e vinculante contida no artigo 25 do Modelo OCDE, garantindo apenas o acesso ao procedimento amigável.[133]

Finalmente, como padrões adotados nos tratados em matéria tributária restou evidenciado que estes não acompanham a evolução das normas internacionais de tributação (inércia evolutiva) e não endereçam efetivamente as situações de abusos de tratados (dupla não-tributação).

1.4 A POLÍTICA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA PARA IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS DO PROJETO BEPS

Inicialmente, faz-se necessário mencionar que, como política tributária de negociação de tratados, o Brasil optou por realizar uma emenda individualizada em cada um de seus tratados a fim de adotar as medidas promovidas pelo projeto BEPS

---

to specific areas of economic activity, or to specific geographical regions; and, instead of being open-ended, they tend to be relatively tightly time limited. Where developing countries choose to adopt such fiscal incentives, some experts from developing countries consider that they should continue to have, as a treaty negotiating aim, the inclusion of a “matching” or “tax-sparing” provision in treaties with capital exporting countries which have a foreign tax credit system.” UNITED NATIONS. **Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**, 2017, commentary on article 23, p. 468.

[131] Nesse sentido, ver: SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição à História dos Acordos de Bitributação: a Experiência Brasileira, **Revista Direito Tributário Atual**, 22, São Paulo: Dialética, 2008, p. 277; VITA, Jonathan Barros. As Convenções para evitar a Dupla Tributação Brasileiras: Técnicas de Negociações e Análise Estrutural segundo os Modelos OCDE e ONU, **Revista Direito Tributário Atual, 2010**, p. 316.

[132] Para maiores informações em relação a arbitragem internacional, ver: VITA, Jonathan Barros. **Os Conflitos entre Estruturas Normativas nas Arbitragens Internacionais:** uma Análise sintática e Sistêmica *in* Arbitragem Internacional UNIDOIT, CISG e Direito Internacional, São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 51-78. Para uma análise mais recente entre matéria tributária e arbitragem, ver: OLIVEIRA, Bruno Bastos. **Arbitragem Tributária:** Racionalização e Desenvolvimento Econômico no Brasil, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

[133] Ver: Positions on article 25. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital,** 2017, p. 648.

eis que o país decidiu por não assinar o Instrumento Multilateral (MLI) impulsionado pelo projeto.[134]

De tal modo que, o primeiro tratado em matéria tributária brasileiro negociado de acordo com as medidas derivadas do projeto BEPS foi o firmado com a Argentina.

Neste ponto, conforme mencionado anteriormente, ressalta-se que, a Convenção destinada a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre a renda entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Argentina fora firmada em 17 de maio de 1980.

Dessa forma, para dar início ao processo de implementação das medidas do projeto BEPS, em 24 de julho de 2017, o Brasil assinou o protocolo de emenda ao acordo para evitar a dupla tributação firmado entre os dois países.

Assim, através da presente pesquisa, fora possível mapear a posição do Brasil no âmbito de implementação das medidas promovidas pelo projeto BEPS. Portanto, enquanto aspectos positivos, identificou-se que o Brasil adotou:

- A inclusão da intenção de evitar a dupla não-tributação e coibir as situações de abuso do tratado ilustradas no título e preâmbulo da Convenção;
- Menção ao objetivo de cooperação em matéria tributária;
- Introdução do conceito de “pessoa estreitamente relacionada a uma empresa”;
- Atualização do conceito de estabelecimento permanente;
- Com relação à distribuição de dividendos, a alíquota reduzida de 10% será aplicada ante o preenchimento dos requisitos: deter pelo menos 25% do capital da sociedade por pelos menos 365 dias, incluindo o dia do pagamento dos dividendos;
- Aplicação do procedimento amigável, inclusive para discutir situações de abuso de tratados;
- Implementação da solução obtida através do procedimento amigável independentemente dos prazos da legislação interna;
- Adoção do teste de propósito principal (PPT);

[134] O projeto BEPS e o MLI serão analisados no capítulo 3 do presente trabalho, especialmente, no que tange às medidas antiabuso de tratados por eles promovidas.

- Adoção da cláusula de limitação de benefícios (LoB);
- Introdução de uma cláusula antiabuso para estabelecimentos permanentes localizados em terceiro Estado.

E enquanto aspectos negativos, identificou-se que o Brasil não adotou:

- Não adotou a arbitragem como método de solução de controvérsias;
- O Brasil não adotou todas as medidas propostas pelo projeto.

Paralelamente, outras alterações foram identificadas junto ao protocolo de emenda, porém, não foram aqui mencionadas eis que não relacionados ao projeto BEPS. Ademais, o protocolo foi promulgado pelo decreto n. 9482 de 27 de agosto de 2018.[135]

Finalmente, em março de 2019, o Brasil assinou o protocolo de emenda ao acordo para evitar a dupla tributação firmado com a Suíça e, em síntese, tanto os aspectos positivos como os negativos identificados acima podem ser aplicadas ao presente caso. Todavia, no presente caso, dois pontos positivos adicionais foram identificados: (i) retirada da cláusula de *tax sparing* e utilização do método de crédito para evitar a dupla tributação e (ii) inclusão da regra do estabelecimento permanente no terceiro Estado.

O projeto está em fase de tramitação na Câmara dos Deputados e aguarda deliberação em plenário.[136]

1.5 OS IMPACTOS NO DIREITO INTERNO DA POSSÍVEL ENTRADA DO BRASIL NA OCDE

Inicialmente, necessário aduzir que, a OCDE dedica-se à viabilização de padrões convenentes em diversas áreas consideradas relevantes para o desenvolvimento econômico, tais como: agricultura, meio ambiente, defesa da

---

[135] BRASIL. Receita Federal. **Acordos para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal**. Disponível em: http://receita.economia.gov.br/acesso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/argentina/decreto-no-9-482-de-27-de-agosto-de-2018 Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[136] BRASIL. Câmara dos Deputados. **PDL 650/2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2223601> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

concorrência, política tributária, investimentos, combate à corrupção, economia digital, entre outras. [137]

Neste ponto, ainda que através do presente item objetive-se à análise da implementação das recomendações da OCDE em matéria tributária, importante observar que, cerca 30% de todos os instrumentos legais da OCDE tratam de questões relacionadas ao meio ambiente.[138]

Particularmente, estima-se que, o processo de entrada de um país na OCDE leve em média de 2 a 3 anos, desde que o país postulante implemente as recomendações realizadas pela Organização e que todos os Estados Membros manifestem concordância com a adesão.[139]

Como se assim não o fosse, todos os Estados Membros devem pagar quotas obrigatórias para manutenção das atividades da OCDE, estas que são calculadas de acordo com o PIB de cada país. A estimativa brasileira é a estipulação de uma cota no valor US$ 15 milhões ao ano.[140]

Interessantemente, através desta pesquisa, restou evidenciado que desde sua criação, nenhum Estado Membro pediu para sair da OCDE, o que demonstra o prestígio desta na promoção das suas finalidades.

Movendo-se mais especificamente, o Brasil mantém relações com a OCDE desde meados dos anos 90 segundo informações fornecidas pelo próprio governo brasileiro e a partir de então, participa dos comitês e grupos de trabalho promovidos pela Organização. [141]

Não obstante, em 2007, o Brasil foi selecionado para integrar um seleto grupo de países para iniciar processo de engajamento com a OCDE, o qual era composto

---

[137] BRASIL. Itamaraty. **Brasil e a OCDE**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[138] FIESP. Departamento de Relações Internacionais e Comércio Exterior. **Análise da Acessão do Brasil à OCDE,** São Paulo, julho/2019, p. 10. Disponível em: <file:///Users/jaquelinezanetoni/Downloads/file-20190808135443-estudoanalise-da-entrada-do-brasil-na-ocde.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[139] FIESP. Departamento de Relações Internacionais e Comércio Exterior. **Análise da Acessão do Brasil à OCDE,** São Paulo, julho/2019, p. 10. Disponível em: <file:///Users/jaquelinezanetoni/Downloads/file-20190808135443-estudoanalise-da-entrada-do-brasil-na-ocde.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[140] FIESP. Departamento de Relações Internacionais e Comércio Exterior. **Análise da Acessão do Brasil à OCDE,** São Paulo, julho/2019, p. 10. Disponível em: <file:///Users/jaquelinezanetoni/Downloads/file-20190808135443-estudoanalise-da-entrada-do-brasil-na-ocde.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[141] BRASIL. Itamaraty. **Brasil e a OCDE**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

também pela África do Sul, China, Índia e Indonésia.[142] Todavia, o fortalecimento da cooperação entre o Brasil e a OCDE – principalmente em questões tributárias – se deu em 2010 com o ingresso brasileiro no fórum global sobre transparência e intercâmbio de informações para fins tributários.[143]

Mais ainda, o Brasil foi alçado à categoria de parceiro-chave (*key partner*) da OCDE em 2012 e após 3 anos, precisamente em 2015, fora assinado o acordo marco de cooperação Brasil-OCDE.[144]

Neste ínterim, importante citar que, em 2013, o Brasil se tornou membro do projeto BEPS promovido pelo G20/OCDE. Como se assim não o fosse, tem sido relatado que o Brasil desempenhou um papel crítico no desenvolvimento das iniciativas promovidas pelo projeto, além de ter sido beneficiado da implementação dos padrões associados as mesmas e das análises feitas por pares (*peer review*).[145] E desde então, o Brasil como país componente do *Inclusive Framework* sobre BEPS continua participando da criação de uma solução de consenso para os desafios tributários decorrentes da economia digital.

Prosseguindo, no início de 2017, assinou-se um acordo para o estabelecimento de um escritório da OCDE no Brasil e em maio do mesmo ano, o país apresentou formalmente o interesse em iniciar o processo de acessão à condição de membro pleno da Organização. Para tanto, no final de 2018, foi designado o Delegado do Brasil junto à OCDE em Paris.[146]

De modo recente, em julho de 2019, fora instituído o Conselho para a Preparação e o Acompanhamento do Processo de Acessão do Brasil à OCDE (Conselho Brasil-OCDE).[147]

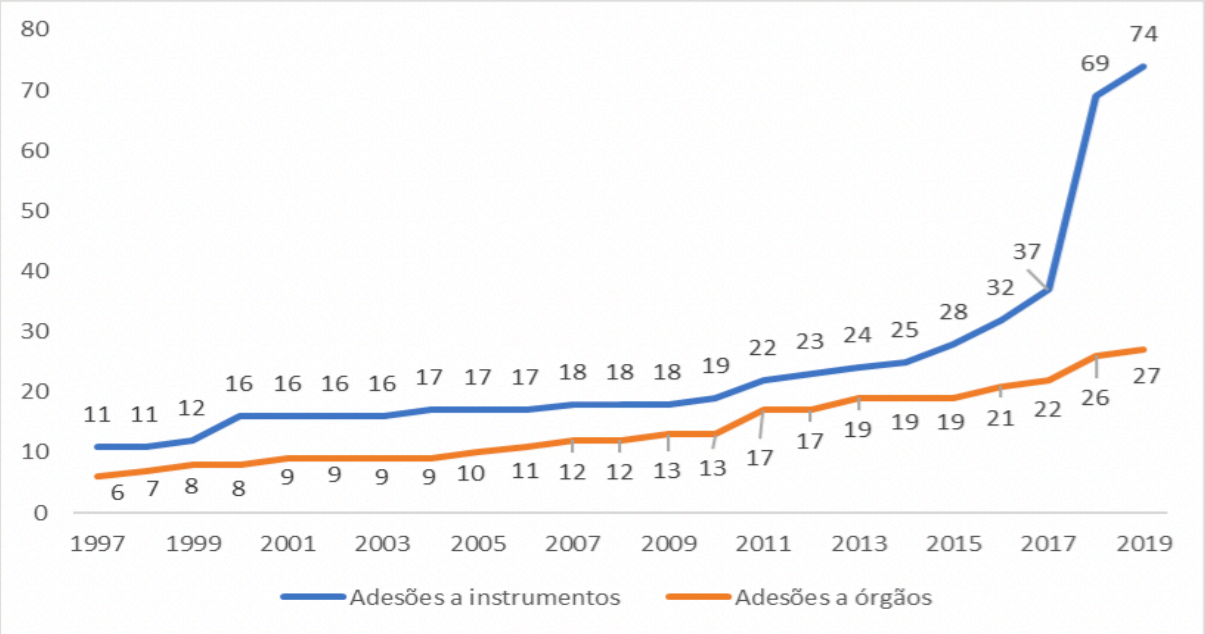
---

[142] BRASIL. Itamaraty. **Brasil e a OCDE**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde> Acesso 08 de fevereiro de 2020.
[143] OECD. **Transfer Pricing in Brazil Towards Convergence with the OECD Standard,** 2019, p. 4. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-in-brazil-towards-convergence-with-the-oecd-standard.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.
[144] BRASIL. Itamaraty. **Brasil e a OCDE**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde> Acesso 08 de fevereiro de 2020.
[145] OECD. **Transfer Pricing in Brazil Towards Convergence with the OECD Standard,** 2019, p. 4. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-in-brazil-towards-convergence-with-the-oecd-standard.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.
[146] BRASIL. Itamaraty. **Brasil e a OCDE**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde> Acesso 08 de fevereiro de 2020.
[147] BRASIL. Itamaraty. **Brasil e a OCDE**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

Atualmente, o Brasil é o país não-membro com maior participação em instrumentos da OCDE, fazendo parte de 82 dos 254 instrumentos normativos da Organização e segundo dados informados pelo Itamaraty está solicitando adesão a outros 65 destes. Como se assim não o fosse, o Brasil participa de aproximadamente 30 foros e instâncias da OCDE entre comitês e grupos de trabalho.[148]

Através da presente pesquisa, fora possível traçar a evolução das adesões do Brasil aos instrumentos legais e órgãos da OCDE e os esforços políticos assumidos pelo Brasil entre 2017 e 2019 para ter seu pedido de entrada aprovado, conforme dados inseridos no gráfico abaixo.

Figura 5 – Adesões do Brasil aos instrumentos legais e órgãos da OCDE



*(Fonte: FIESP. Departamento de Relações Internacionais e Comércio Exterior. **Análise da Acessão do Brasil à OCDE,** São Paulo, julho/2019, p. 10. Disponível em: <file:///Users/jaquelinezanetoni/Downloads/file-20190808135443-estudoanalise-da-entrada-do-brasil-na-ocde.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.)*

Nesse sentido, uma análise mais detalhada destes dados se mostrou interessante a fim de mapear às áreas de concentração e direcionamento dos esforços políticos brasileiros. De tal modo, verificou-se que, o Brasil[149] já adotou:

[148] BRASIL. Itamaraty. **Brasil e a OCDE**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[149] FIESP. Departamento de Relações Internacionais e Comércio Exterior. **Análise da Acessão do Brasil à OCDE,** São Paulo, julho/2019, p. 9. Disponível em: <file:///Users/jaquelinezanetoni/Downloads/file-20190808135443-estudoanalise-da-entrada-do-brasil-na-ocde.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

- 50% dos instrumentos relativos ao comércio;
- 36% dos instrumentos relativos à indústria e serviços;
- 57% dos instrumentos relativos à tributação;
- 43% dos instrumentos relativos a finanças e investimentos;
- O Brasil foi o primeiro não-membro a participar do entendimento da OCDE sobre créditos de exportação para aeronaves civis.

Ocorre que, além dos esforços políticos mencionados anteriormente, o ingresso no Brasil como membro pleno da OCDE depende de seu alinhamento às diretrizes da Organização e um dos principais entraves é a divergência das regras de preços de transferência brasileiras em relação às normas internacionalmente admitidas. Tanto é que, o Brasil ainda não solicitou adesão ao código da OCDE relativo aos preços de transferência, conforme mencionado anteriormente. (*OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*).

Dentro dos limites propostos para esta pesquisa, o relatório "*Transfer Pricing in Brazil Towards Covergence with the OECD Standard"* identificou as principais divergências entre o padrão Brasil e o padrão OCDE[150], são elas:

- O Brasil utiliza do sistema de margens fixas para transações *intercompany*, não adotando (plenamente) o princípio do *arm's length* em seus tratados em matéria tributária. Para tanto, o relatório sugeriu como alternativa a utilização do *formulary apportionment*;
- A OCDE oferece 5 métodos de definição de preços de transferência para ajustes correlativos, são eles: (i) *Comparable Uncontrolled Price Method* (CUP); (ii) *Retail Price Method* (RPM); (iii) *Cost Plus Method* (CPM); (iv) *Profit Split Method* (PSM) e (v) *Transactional Net Margin Method* (TNMM);
- O Brasil admite apenas 3 dos 5 métodos promovidos pela OCDE em sua legislação interna. O Brasil não adota o *Profit Split Method* e o *Transactional Net Margin Method*;

[150] Nesse sentido, ver: OECD. **Transfer Pricing in Brazil Towards Convergence with the OECD Standard,** 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-in-brazil-towards-convergence-with-the-oecd-standard.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

- De acordo com a legislação brasileira, é possível escolher o método mais benéfico ao contribuinte (salvo transações com *commodities*). Em sentido contrário, pelas regras da OCDE, a escolha deverá ser realizada de acordo com o método mais adequado para a transação (*most appropriate method*);
- Análise de comparabilidade para a escolha dos métodos e para definição de transações que serão utilizadas como parâmetro em razão da divergência apontada no item anterior;
- O sistema de margens fixas adotado pelo Brasil não alcança com satisfação as operações envolvendo ativos intangíveis, serviços intragrupos e reestruturação de empresas. Ainda, para tais operações, os métodos mais adequados para os ajustes correlativos seriam o *Profit Split Method* e o *Transactional Net Margin Method* – não adotados pelo Brasil;
- Para solucionar as disputadas decorrentes de preços de transferência entre autoridades administrativas e contribuintes, a OCDE propõe 3 mecanismos de resolução de conflitos, são eles: procedimento amigável, *Advance Pricing Agreement* (APA) e arbitragem. Todavia, a arbitragem não é aplicada no âmbito tributário no Brasil.

Em suma, no que tange às regras de preços de transferência, caso todas recomendações contidas no relatório sejam adotadas internamente, pode-se dizer que isto poderá resultar no descarte total do sistema brasileiro em favor do modelo OCDE produzindo disputas tributárias de grande complexidade.

Como se assim não o fosse, o modelo brasileiro de Imposto sobre o Valor Adicionado (IVA) é subdividido em pelo menos 5 sistemas diferentes, que passam pelo nível municipal, regional e federal, alguns possuem sistema cumulativo e outros não-cumulativo. Portanto, a tributação indireta e sobre o consumo também poderá ser um obstáculo para a entrada do Brasil junto à OCDE.

Corroborando com o entendimento acima, essa cacofonia brasileira resulta na chamada guerra fiscal para tributar a concorrência tributária no Brasil existente entre cidades e estados - o que pode ajudar a entender os riscos que ocorrem quando os níveis subnacionais de governo buscam estratégias proativas de incentivo ao

investimento, com pouca consideração pelas medidas tomadas em outras regiões e o interesse nacional mais amplo.

Particularmente, esses incentivos fiscais estaduais e municipais são calcados nos chamados tributos indiretos, algo quase inédito na prática mundial, o que gera distorções concorrenciais e gera perda da necessária neutralidade fiscal.

Ainda que a adoção de um único Imposto sobre Valor Agregado nunca tenha sido exigência expressa da OCDE, importante observar que, no relatório econômico OCDE-Brasil publicado em 2018, a Organização apontou 4 necessidades principais para o Brasil, são elas: (i) redução do custo elevado de adaptação às complexas normas tributárias nacionais – estas que são decorrentes principalmente da tributação indireta; (ii) criação de um imposto sobre consumo nacional alinhado aos padrões internacionais; (iii) redução das barreiras de importação e (iv) cuidados para não onerar a exportação.[151]

Tanto é que, o assunto está cada vez mais sob os holofotes quando se fala em reforma tributária no Brasil. Corroborando com o entendimento aqui exposto, o projeto de criação do imposto sobre bens e serviços do tipo IVA existente tanto na proposta de emenda constitucional encabeçada tanto pela Câmara dos Deputados (PEC n. 45/2019) quando à promovida pelo Senado Federal (PEC n. 110/2019) comumente é justificada pela necessidade de alinhamento aos padrões internacionais exigidos pela OCDE.

As propostas podem ser mais bem visualizadas no quadro comparativo a seguir:

Tabela 5 – Propostas da PEC n. 45/2019 e PEC n. 110/2019

	PEC n. 45/2019	**PEC n. 110/2019**
Proposta	Criação do Imposto sobre Bens e Serviços (tipo IVA).	Criação de 2 Impostos sobre Bens e serviços (tipo IPVA): 1 de competência federal e 1 de competência estadual e municipal.
Tributos substituídos	IPI, PIS, COFINS, ICMS e ISS.	IBS Federal: IPI, PIS, COFINS, IOF, Salário-educação e CIDE- Combustíveis IBS Estadual e Municipal: ICMS e ISS.

Continuação Tabela 5

[151] Nesse sentido, ver: OECD. **Relatórios Econômicos OCDE Brasil,** fevereiro/2018, p. 3. Disponível em: <http://www.oecd.org/economy/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

	PEC n. 45/2019	PEC n. 110/2019
Destinação x arrecadação	União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios, em conformidade com a alíquota definida por cada ente.	IBS Federal: União Federal IBS Estadual e Municipal: Estados, Distrito Federal e Municípios (34,93%).
Campo de incidência	Bens e serviços (incluindo: intangíveis, cessão e licenciamento de direitos, locação de bens e importação).	IBS Federal: Bens e serviços (incluindo: importações, a qualquer título, locações e cessões de bens e direitos, exceto de bens imóveis, e demais operações com bens intangíveis e direitos) IBS Estadual e Municipal: Operações com bens e serviços, inclusive importações, a qualquer título, locações e cessões de bens e direitos e demais operações com bens intangíveis e direitos.
Legislação	Legislação uniforme.	Legislação uniforme para cada IBS (Federal/Estados e Municipal).
Fixação de alíquotas	Cada ente federativo poderá fixar sua alíquota própria em relação aos tributos de sua competência a serem substituídos.	Alíquotas fixadas por lei complementar.
Uniformidade de alíquotas	Alíquota uniforme para todos os bens e serviços no âmbito de cada ente da federação.	Alíquota padrão (alíquota minoradas poderão ser aplicadas para determinados bens, serviços, atividades ou setores da economia ou em razão da utilização de novas tecnologias).
Benefícios fiscais	Não.	Não (a proposta admite diferenciações para certas operações e mantém tratamento favorecido da Zona Franca de Manaus).
Período de transição para os contribuintes	Transição progressiva, a ser realizada ao longo de dez anos.	Transição progressiva, a ser realizada ao longo de cinco anos.
Período de transição para distribuição das receitas	Transição de 50 anos.	Transição de15 anos.

*(Fonte: CENTRO DE CIDADANIA FISCAL. **Comparação entre as propostas de reforma tributária: PEC 45, COMSEFAZ e PEC 110 (Parecer do Relator),** setembro de 2019)*

Além das mudanças descritas acima, ambas propostas preveem a criação de um Imposto Seletivo extrafiscal a fim de desestimular o consumo de determinados bens, serviços e direitos.

Portanto, a aprovação de qualquer uma das propostas de reforma tributária aqui mencionadas irá resultar em uma modificação substancial do sistema brasileiro de tributos indiretos conforme demostrado no quadro comparativo acima.

2 ESTRUTURAS TRIANGULARES ELUSIVAS

Com o crescimento da cooperação econômica internacional, e em particular, com a integração econômica nas comunidades europeias, a utilização de estruturas triangulares com estabelecimento permanente destinadas à elusão fiscal[152] aumentou consideravelmente através da exploração de lacunas e assimetrias (*mismatches*) nas regras tributárias internacionais.[153]

O fato de muitos países já terem encontrado problemas com estruturas triangulares com o uso de estabelecimento permanente demonstra que o assunto é de suma importância prática, especialmente, no que tange ao combate da erosão da base tributária.

Somando-se a isso, de acordo com as normas de Direito Internacional Público, a relação entre terceiros Estados e tratados é definida pela fórmula geral *pacta tertiis nec nocent nec prosunt,* conforme princípio aduzido no artigo 34[154] da Convenção de Viena. Assim, um tratado apenas institui obrigações entre os Estados Contratantes, não podendo obstáculos ou obrigações serem criadas em relação à terceiros Estados não-contratantes.[155]

Diante do panorama aqui exposto, o presente capítulo abordará o caso *McDonald's* e a estrutura utilizada pelo grupo, a qual foi apontada por ter sido responsável pelo não pagamento de mais de 1 bilhão de euros em impostos entre 2009 e 2013 (2.1). [156]

Posteriormente, analisar-se-á sistematicamente à utilização de estruturas triangulares elusivas por empresas multinacionais sob duas óticas principais: o

---

[152] Para alguns autores, as práticas evasivas/elusivas podem conter elementos vinculados a quebra da ética empresarial e governança corporativa, para uma definição geral: SILVEIRA, V. O.; RIBEIRO, E. B. N. . Ética: conteúdo da responsabilidade corporativa e desdobramento da função solidária da empresa. **Argumentum (UNIMAR)**, v. 16, p. 37-54, 2015. Para a aplicação desses conceitos no direito tributário, ver: ARMSTRONG, C. S.; BLOUIN, J. L.; JAGOLINZER, A. D.; LARCKER , D. F. Corporate governance, incentives, and tax avoidance. **Journal of Accounting and Economics**, 60(1), 2015, pp. 1-17.

[153] OCDE. **Triangular Cases** *in* (R11), 23 de julho de 1992, p.2. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2014-full-version/r-11-triangular-cases_9789264239081-104-en#page1> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[154] Artigo 34. Um tratado não cria obrigações nem direitos para um terceiro Estado sem o seu consentimento. **Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais**, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969.

[155] LANG, Michael. **Introduction of the Law of the Double Taxation Convention**, 2nd edition, Vienna: Linde, 2013, p. 78.

[156] FINANCIAL TIMES. **Report links McDonald's to EU tax avoidance scandal**, 25 de fevereiro de 2015 Disponível em: <https://www.ft.com/content/aeeaf598-bcfd-11e4-9902-00144feab7de> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

funcionamento destas estruturas diante da exploração de lacunas e assimetrias (*mismatches*) existentes nos tratados (bilaterais) em matéria tributária e à sua identificação no cenário internacional diante de três cenários possíveis (2.2).

Finalmente, através deste capítulo, serão analisadas as partes relacionadas em uma estrutura triangular com estabelecimento permanente em terceiro Estado, bem como serão ponderadas a sua utilização para fins de elusão fiscal (2.3).

2.1 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO ABUSIVO: O CASO *McDONALD'S*

Um exemplo nocivo da utilização de estruturas triangulares com estabelecimento permanente em terceiro Estado por empresas multinacionais pode ser encontrado em um caso de auxílio estatal (*state aid)* julgado recentemente pela Comissão Europeia envolvendo Luxemburgo e as sociedades do grupo *McDonald's* (SA. 38945 (2015/C)).[157]

Em que pese ao final, a Comissão Europeia ter entendido que não houve qualquer auxílio estatal de Luxemburgo para o grupo *McDonald's*, restou reconhecido no julgado que o mesmo não pagou impostos sobre os lucros auferidos nas operações realizadas no continente europeu, Ucrânia e Rússia – podendo tal resultado ser atribuído à estrutura utilizada pelo Grupo e a exploração de lacunas e assimetrias (*mismatches*) dos tratados em matéria tributária envolvidos, especialmente, o firmado entre Luxemburgo e Estados Unidos.

Estima-se que, a estrutura utilizada pelo grupo *McDonald's* em Luxemburgo tenha sido responsável pela elusão fiscal de mais de 1 bilhão de euros em impostos entre 2009 e 2013.[158]

Ante à complexidade dos fatos narrados no presente caso; o número de tratados em matéria tributária e legislações internas envolvidos na operação realizada pelo grupo *McDonald's* em Luxemburgo, decidiu-se por bem extrair somente aqueles que se fazem necessários para atingir os objetivos do presente estudo – qual seja,

---

[157] EUROPEAN UNION. **DECISÃO (UE) 2019/1252 da COMISSÃO** de 19 de setembro de 2018 relativa às decisões fiscais prévias SA.38945 (2015/C) (ex 2015/NN) (ex 2014/CP) concedidas por Luxemburgo à *McDonald's Europe*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2019:195:FULL&from=EN> Acesso 08 de fevereiro de 2018.

[158] Nesse sentido: FINANCIAL TIMES. **Report links McDonald's to EU tax avoidance scandal**, 25 de fevereiro de 2015 Disponível em: <https://www.ft.com/content/aeeaf598-bcfd-11e4-9902-00144feab7de> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

demonstrar à utilização de estruturas triangulares elusivas por empresas multinacionais e à erosão das bases tributárias dela decorrentes na prática.[159]

Os fatos do presente caso, podem ser resumidos da seguinte forma:

- A *McDonald's Corporation* (MC Corporation) é uma sociedade anônima com sede nos Estados Unidos;
- A MC Corporation explora e concede o direito de explorar em franquia restaurantes *McDonald's*, que servem uma gama de alimentos e bebidas adaptadas a nível local;
- Dos 37.241 restaurantes existentes em mais de 100 países, cerca de 34.108 são explorados em regime de franquia e 3.133 diretamente pela empresa;
- A MC Corporation é, principalmente, um franqueador, sendo 80 % dos restaurantes *McDonald's* detidos e explorados por franquiados independentes;
- A *McDonald's Europe Franchising* (MC Franchising) é uma subsidiária da MC Corporation;
- A MC Franchising é residente fiscal em Luxemburgo e possui dois estabelecimentos permanentes, um nos Estados Unidos e outro na Suíça[160];
- A MC Franchising pagou o direito de entrada para aderir a determinados direitos de franquia (preexistentes e futuros) desenvolvidos e detidos pela MC Corporation;
- Portanto, a MC Franchising adquiriu a propriedade efetiva de um certo número de ativos incorpóreos sob a forma de direitos de franquia;
- A MC Franchising transmitiu os direitos de franquia, bem como as obrigações contratuais correspondentes ao estabelecimento permanente norte-americano;

[159]Para maiores informações, ver: EUROPEAN UNION. **DECISÃO (UE) 2019/1252 da COMISSÃO** de 19 de setembro de 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2019:195:FULL&from=EN> Acesso 08 de fevereiro de 2018.

[160] A fim de facilitar o entendimento do leitor, o estabelecimento permanente localizado na Suíça não será objeto de análise mais detalhada. Todavia, ainda que o considerássemos, o resultado total de baixa tributação seria alcançado.

- Portanto, os r*oyalties* anteriormente recebidos pela MC Corporation (EUA) de franqueados que operam lojas de *fast-food* na Europa, Ucrânia e Rússia passaram a ser recebidos pela MC Franchising (Luxemburgo) através do seu estabelecimento permanente norte-americano;
- A época, a MC Franchising e o estabelecimento permanente norte-americano não tinham nenhum trabalhador. Posteriormente, em 2014, a MC Franchising empregava 10 trabalhadores a tempo inteiro e o estabelecimento permanente norte-americano continuava a não empregar trabalhadores;
- De acordo com o tratado em matéria tributária firmado entre Luxemburgo e os Estados Unidos[161], as atividades do estabelecimento permanente norte-americano eram exercidas nos Estados Unidos e por consequência, os lucros gerados pelo estabelecimento permanente somente serão tributáveis nos Estados Unidos, estando isentos do imposto corporativo em Luxemburgo nos termos do artigo 5 (definição de estabelecimento permanente); artigo 7 (tributação dos lucros de empresa) e artigo 25 (provisão similar ao artigo 23 – métodos para evitar a tributação);
- Todavia, de acordo com a lei interna dos Estados Unidos, o estabelecimento da empresa localizado naquele território não era considerado um estabelecimento permanente para fins de tributação (ainda que, de acordo com a lei interna de Luxemburgo, o estabelecimento localizado nos Estados Unidos fosse considerado estabelecimento permanente para fins de aplicação do tratado) [162];
- O tratado em matéria tributária firmado entre Luxemburgo e a Rússia[163], por exemplo, prevê uma retenção na fonte reduzida (0%)

---

[161] UNITED STATES. Internal Revenue Services, **Tax Convention with Luxembourg**, signed at Luxembourg on April 3, 1996, and entered into force on December 20, 2000. O tratado em matéria tributária firmado entre Luxemburgo-Estados Unidos e demais protocolos estão disponíveis em: https://www.irs.gov/businesses/international-businesses/luxembourg-tax-treaty-documents (acesso 08 de fevereiro de 2020).

[162]Para maiores informações, ver: EUROPEAN UNION. **DECISÃO (UE) 2019/1252 da COMISSÃO** de 19 de setembro de 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2019:195:FULL&from=EN> Acesso 08 de fevereiro de 2018.

[163] LUXEMBOURG. Service Central of Legislation. **Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et la Fédération de Russie tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir**

> para os rendimentos a título de *royalties* originários em um Estado Contratante e pagos a um residente de outro Estado Contratante.

Portanto, com a utilização da estrutura descrita acima, à empresa *McDonald's Europe Franchising* (MC Franchising), detentora dos direitos de franquia, recebia pagamentos à título de *royalties* pela utilização da marca dos franquiados russos. Porém, tais rendimentos não sofriam tributação na Rússia em razão dos termos do tratado em matéria tributária firmado com Luxemburgo (tributação na fonte equivalente a 0%).

Como se assim não o fosse, tais rendimentos eram atribuídos pela empresa *McDonald's Europe Franchising* (MC Franchising) ao estabelecimento permanente norte-americano e consequentemente, os lucros atribuíveis a este estabelecimento permanente eram isentos de tributação em Luxemburgo em razão da lei interna do país e do tratado em matéria tributária firmado com os Estados Unidos.

Finalmente, os lucros derivados da exploração dos direitos de franquia dos restaurantes da marca *McDonald's* localizados no território russo e atribuíveis ao estabelecimento norte-americano não eram tributados nos Estados Unidos de acordo com a legislação interna do país.

A situação torna-se mais agravante, ao considerar que empresa *McDonald's Europe Franchising* (MC Franchising) era detentora dos direitos de franquia e utilização da marca *McDonald's* em todo território europeu, Ucrânia e Rússia.

2.2 UMA ANÁLISE SISTEMÁTICA DAS ESTRUTURAS TRIANGULARES

Inicialmente, faz-se necessário enfatizar que, a dupla tributação internacional desponta quando dois ou mais países impõem tributos (e de forma específica, impostos) ao mesmo contribuinte e sob a mesma operação.[164]

Assim, surge o principal objetivo dos tratados em matéria tributária, qual seja, atingir e reduzir a extensão de dupla tributação internacional.[165] Todavia, os tratados

---

l'évasion fiscale en matièred'impôts sur le revenue et sur la fortune, signée à Moscou, le 28 juin1993, p. 1688 e ss. Disponível em: <http://data.legilux.public.lu/file/eli-etat-leg-memorial-1995-68-fr-pdf.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[164] VOGEL, Klaus. **Double Tax Treaties and Their Interpretation**, 4 Int'l Tax & Bus. Law. 1 (1986), p. 4.

[165] Para maiores informações, ver: LANG, Michael. **Introduction of the Law of the Double Taxation Convention**, 2nd edition, Vienna: Linde, 2013, pp. 27-31.

em matéria tributária da forma que foram concebidos – via de regra – são negociados e concluídos bilateralmente e, portanto, não operam efetivamente em operações que envolvam mais de duas jurisdições.[166]

Dito isso, a principal contribuição deste item será: (i) promover uma análise sistemática da utilização, por empresas multinacionais, de estruturas triangulares com estabelecimento permanente com o fim específico de evitar o pagamento de tributos e (ii) demonstrar que, até 2017, os tratados em matéria tributária não endereçavam à utilização de estruturas triangulares elusivas eis que envolvem três países distintos, contribuindo assim, para a elusão fiscal no cenário internacional.

Para tanto, primeiramente, delinear-se-á o funcionamento de uma estrutura triangular com estabelecimento permanente em terceiro Estado e como se dá à implicação de três jurisdições distintas em tais operações.

Paralelamente, serão apresentadas as principais lacunas e assimetrias (*mismatches*) existentes nos tratados (bilaterais) em matéria tributária no que tange à tributação destas estruturas (2.1.1).

Em um segundo momento, será ilustrado uma típica estrutura triangular com estabelecimento permanente a fim de facilitar que os leitores possam identificá-la no cenário internacional, bem como analisar-se-á tal estrutura sob à ótica de três cenários distintos decorrentes da aplicação do Modelo de Convenção difundido pela OCDE (2.1.2).

2.2.1 Elusão fiscal através de estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado

Historicamente, um número considerável de empresas multinacionais utilizaram-se (e ainda se utilizam) de estruturas triangulares com o propósito único de evitar o pagamento de tributos (mais especificamente de impostos) em suas operações através das principais lacunas e assimetrias (*mismatches*) existentes nos modelos de tratados (bilaterais) em matéria tributária, sem qualquer razão comercial legítima para empregá-la.[167]

---

[166] Para maiores informações, ver: FETT, Emily. **Triangular Cases: The Application of Bilateral Income Tax Treaties in Multilateral Situation**, Volume 29 in the Doctoral Series, Amsterdam: IBFD, 2014, p. 3.

[167] MARTINS, Flavia. Anti-Abuse Clause for Permanent Establishments in Third Countries in: BLUM, Daniel; SEILER, Markus (eds.), **Preventing Treaty Abuse**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, p. 4.

Sob o ponto de vista prático, estruturas triangulares podem ser identificadas em operações que envolvam três países distintos, sendo que estes podem exercer seus poderes de tributação e, na grande maioria dos casos, tais operações não estão cobertas por tratados em matéria tributária haja vista à natureza bilateral destes.[168]

De tal modo, em que pese os diferentes tipos de estruturas triangulares, o presente trabalho tem como foco as estruturas triangulares com estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado.[169]

Nomeadamente, o uso de uma estrutura triangular com estabelecimento permanente poderá ser assinalado como abuso de tratado em matéria tributária (ou utilização indevida de um tratado) nos casos em que os rendimentos passivos (tais como: dividendos, juros e *royalties*) originários em um Estado (Estado da fonte) sejam derivados por um residente em outro Estado (Estado de residência) e atribuíveis à um estabelecimento permanente em uma terceira jurisdição de baixa ou zero tributação (terceiro Estado ou Estado do estabelecimento permanente).[170]

Assim, dentro desta conjuntura, pode-se identificar a existência de um primeiro tratado em matéria tributária firmado entre o Estado de residência da empresa sede e o Estado da fonte dos rendimentos desta e um segundo tratado em matéria tributária firmado entre o primeiro Estado mencionado e o Estado onde se localiza o estabelecimento permanente desta empresa.[171]

Melhor dizendo, a utilização de estruturas triangulares com estabelecimento permanente – via de regra – desencadeia na aplicação de dois tratados em matéria tributária e acabam por se beneficiar das seguintes lacunas e assimetrias (*mismatches*) neles existentes quando se tratada de operações internacionais:

---

[168] FETT, Emily. **Triangular Cases: The Application of Bilateral Income Tax Treaties in Multilateral Situation**, Volume 29 in the Doctoral Series, Amsterdam: IBFD, 2014, p. 3; RUST, Alexander; WOHRER, Viktoria, Anti-Abuse Clauses for Permanent Establishments Located in Third Countries *in*: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; SOTRCK, Alfred (eds.). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, pp. 2-3.

[169] Para os diferentes tipos de estruturas triangulares, ver: FETT, Emily. **Triangular Cases: The Application of Bilateral Income Tax Treaties in Multilateral Situation**, Volume 29 in the Doctoral Series, Amsterdam: IBFD, 2014.

[170] Nesse sentido, ver: parágrafo 32 do comentário ao artigo 10; parágrafo 25 do comentário ao artigo 11; parágrafo 21 do comentário ao artigo 12 e parágrafo 161 do comentário ao artigo 29. OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital, 2017**, pp. 241, 265, 285 e 585.

[171] FETT, Emily. **Triangular Cases: The Application of Bilateral Income Tax Treaties in Multilateral Situation**, Volume 29 in the Doctoral Series, Amsterdam: IBFD, 2014, p. 5.

- O tratado em matéria tributária firmado entre o Estado de residência e o Estado da fonte acaba por limitar os direitos tributários do Estado da fonte e, consequentemente, este suportará uma baixa ou mesmo inexistente tributação relativa aos rendimentos originários em seu território[172] (aplicação dos artigos 10 a 12 do Modelo da OCDE[173], por exemplo);
- O tratado em matéria tributária firmado entre o Estado de residência e o Estado do estabelecimento permanente (terceiro Estado) geralmente prevê a aplicação do método de isenção e, consequentemente, o Estado de residência não poderá tributar qualquer rendimento atribuível ao estabelecimento permanente[174] (aplicação dos artigos 7 e 23A do Modelo da OCDE[175]).

O cálculo de tais fatores resulta em elusão fiscal decorrente do uso de estruturas triangulares com estabelecimento permanente em terceiro Estado e podem ser atribuídas à duas causas principais.

Nesse sentido, em primeiro lugar, pode-se dizer que a definição de estabelecimento permanente inserido nos principais Modelos de Convenção é considerado um limitador a fim de se determinar se a tributação baseada no critério da fonte poderá ser imposta pelos Estados Contratantes, o que na prática, acaba por ser, de várias maneiras, um híbrido entre os conceitos de fonte e residência já adotados nestes mesmos modelos. [176]

Portanto, o conflito aqui narrado repousa no fato de que a definição de estabelecimento permanente adotada por cada país é um limiar para determinar a presença mínima necessária para impor uma tributação baseada no critério da fonte dos rendimentos auferidos pelas empresas multinacionais para fins de aplicação de

---

[172] FETT, Emily. **Triangular Cases: The Application of Bilateral Income Tax Treaties in Multilateral Situation**, Volume 29 in the Doctoral Series, Amsterdam: IBFD, 2014, p. 5.
[173] Os artigos serão transcritos oportunamente. Aqui objetivou-se somente apresentar uma visão geral dos dispositivos envolvidos ao leitor.
[174] FETT, Emily. **Triangular Cases: The Application of Bilateral Income Tax Treaties in Multilateral Situation**, Volume 29 in the Doctoral Series, Amsterdam: IBFD, 2014, p. 5.
[175] Os artigos serão transcritos oportunamente. Aqui objetivou-se somente apresentar uma visão geral dos dispositivos envolvidos ao leitor.
[176] FETT, Emily. **Triangular Cases: The Application of Bilateral Income Tax Treaties in Multilateral Situation**, Volume 29 in the Doctoral Series, Amsterdam: IBFD, 2014, p. 8.

um tratado em matéria tributária (especificamente, em matéria de impostos sobre a renda).[177]

Consequentemente, ampliam-se as lacunas para possíveis abusos de tratados em matéria tributária, como por exemplo: transferência de ações, reinvindicações de dívidas e direitos ou propriedades para um estabelecimento permanente criado exclusivamente para atender a tais finalidades e localizado em um país que ofereça tratamento preferencial às transações aqui mencionadas (baixa ou zero tributação).[178]

Em segundo lugar, os tratados em matéria tributária da forma que foram concebidos (bilaterais) não levam em consideração os resultados de aplicação de outros tratados em matéria tributária.[179]

Assim, sob o ponto de vista prático, através da utilização de uma estrutura triangular elusiva, as lacunas e assimetrias (*mismatches*) para possíveis abuso de tratados em matéria tributária são amplificadas eis que durante à aplicação do tratado firmado entre o Estado de residência e o Estado da fonte, os resultados da aplicação do tratado firmado entre o Estado de residência e o Estado do estabelecimento permanente (terceiro Estado) serão ignorados.

Sinteticamente, como os tratados em matéria tributária - na forma em que foram concebidos (bilaterais) - se concentram na prevenção da dupla tributação em condições que apenas dois países estão envolvidos, alguns contribuintes acabam por explorar as deficiências dos tratados bilaterais para transferir renda e capital para três ou mais jurisdições com o fim especifico de evitar o pagamento de tributos, práticas estas denominadas na doutrina internacional de *treaty shopping*.[180]

---

[177] Ver: JIMÉNEZ, Adolfo J. Martín; PRATS, F. Alfredo García; CARRERO, José M. Calderón. Triangular Cases, Tax Treaties and EC Law: The Saint-Gobain Decision of the ECJ, IBDF, **Tax Bulletin** (2011), p. 242; FETT, Emily. **Triangular Cases: The Application of Bilateral Income Tax Treaties in Multilateral Situation**, Volume 29 in the Doctoral Series, Amsterdam: IBFD, 2014, p. 20.

[178] Ver: parágrafo 32 do comentário ao artigo 10; parágrafo 25 do comentário ao artigo 11 e parágrafo 21 do comentário ao artigo 12. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, pp. 241, 265 e 285.

[179] FETT, Emily. **Triangular Cases: The Application of Bilateral Income Tax Treaties in Multilateral Situation**, Volume 29 in the Doctoral Series, Amsterdam: IBFD, 2014, p. 9.

[180] Nesse sentido, Heleno Taveira Tôrres dispõe que: "treaty shopping corresponde à atitude de um determinado sujeito, na organização transnacional dos seus negócios, de pretender utilizar-se dos benefícios concedidos por um determinado acordo internacional para evitar a bitributação, selecionado dentre os demais pela conveniência que oferece às operações pretendidas, mesmo sem ter direito a tais benefícios, por não figurar no âmbito subjetivo do acordo (sendo um não-residente em relação aos países signatários), através da interposição de uma pessoa jurídica apta a agir em seu nome e por sua conta." TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional: planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p.327.

2.2.2 Identificando estruturas triangulares com o uso de estabelecimento permanente e sua consequência junto ao Modelo de Convenção da OCDE

Tradicionalmente, estruturas triangulares com estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado eram analisadas sob o ponto de vista de dois efeitos diferentes em relação à carga tributária originada nas operações realizadas. [181]

Primeiramente, sob à ótica de que os três países "hospedeiros" da estrutura triangular em análise poderiam exercer seu direito de tributação, resultando assim, em um potencial triplo de tributação sob a mesma operação.

Secundariamente, o resultado esboçado será o de baixa ou zero tributação (*low overall taxation*) incidente na operação realizada através de uma estrutura triangular com estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado, eis que, conforme mencionado anteriormente, tratados bilaterais em matéria tributária não operam de forma eficiente em razão de sua natureza.[182]

Pois bem, a fim de evitar tais patologias, o novo Modelo da OCDE ofereceu uma nova roupagem para à análise da carga tributária suportada pelas operações realizadas através de estruturas triangulares com estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado, ao inserir um novo artigo 29(8)[183] em seus tratados.

Com o propósito de elucidar as implicações de tais condutas, o uso de estruturas triangulares com estabelecimento permanente será melhor ilustrado através do diagrama abaixo. Veja-se:

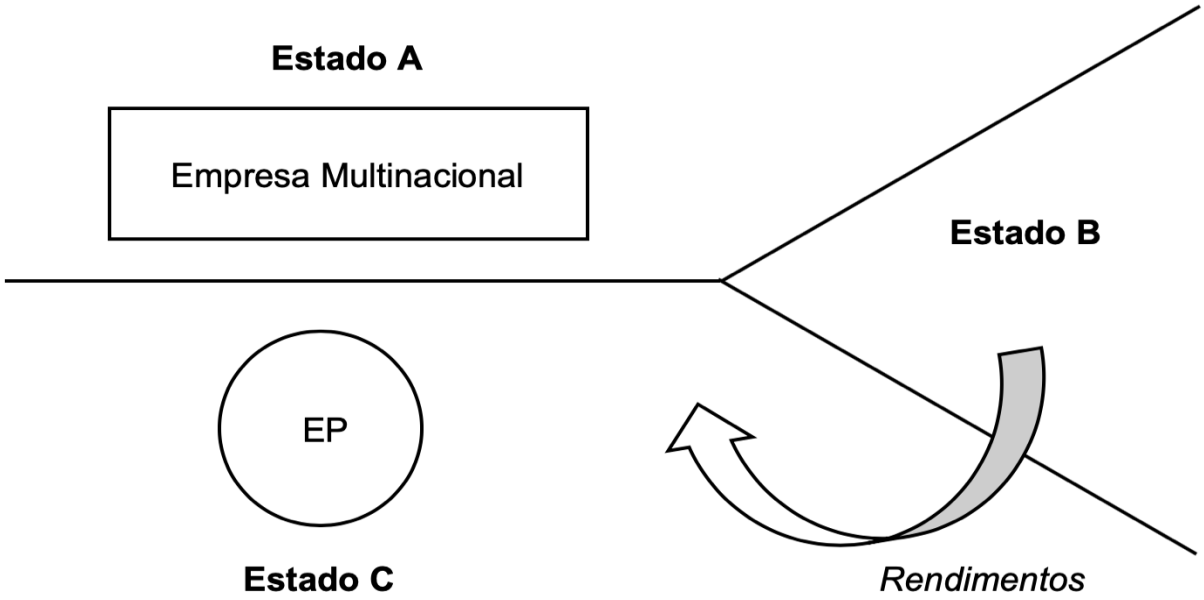
---

[181] OCDE. **Triangular Cases** *in* (R11), 23 de julho de 1992, pp.3-6. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2014-full-version/r-11-triangular-cases_9789264239081-104-en#page1> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[182] RUST, Alexander; WOHRER, Viktoria, Anti-Abuse Clauses for Permanent Establishments Located in Third Countries *in*: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale Pistone; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; SOTRCK, Alfred (eds.). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, pp. 2-3.

[183] O artigo será transcrito oportunamente. Aqui objetivou-se somente apresentar uma visão geral do dispositivo envolvido ao leitor.

Figura 6 – Estrutura triangular elusiva



(Diagrama elaborado pela autora)

De tal modo, presumir-se-á que a empresa multinacional é residente no Estado A e recebe rendimentos originários do Estado B, os quais são atribuíveis a um estabelecimento permanente localizado no Estado C de baixa ou zero tributação.

Portanto, a estrutura acima poderá ser analisada dentro da perspectiva de três cenários distintos, são eles:

i. Tripla tributação;
ii. Baixa ou zero tributação;
iii. Limitação de um benefício do tratado.

Particularmente, no primeiro cenário em apreço, caso os três Estados envolvidos não possuam tratados em matéria tributária firmados entre si, a utilização de uma estrutura triangular com estabelecimento permanente poderá resultar em tripla tributação, porquanto:

- Se o Estado A tributar os seus residentes pelo critério da renda mundial, o mesmo reivindicará o direito de tributar os rendimentos originários do Estado B (princípio da universalidade);

- Se o Estado B tributar os rendimentos auferidos no seu respectivo território, o mesmo reivindicará o direito de tributar enquanto Estado da fonte (princípio da territorialidade);
- O Estado C também reivindicará os direitos tributários, uma vez que os rendimentos originários no Estado B foram atribuídos ao estabelecimento permanente localizado em seu território.

Sob outra perspectiva, o segundo cenário em apreço, qual seja, baixa ou zero tributação, irá sobrevir caso os três Estados possuam tratados em matéria tributária firmados entre si baseados no Modelo OCDE de 2016. Observe-se:

- O tratado em matéria tributária firmado entre o Estado A e o Estado B prevê uma alíquota reduzida de retenção na fonte (por exemplo: retenção na fonte de 0%);
- O Estado A deverá conceder isenção sobre os lucros atribuíveis ao estabelecimento permanente de acordo com uma disposição semelhante ao artigo 23A (Modelo OCDE) incluída no tratado em matéria tributária firmado com o Estado C ou mesmo nos termos da sua legislação interna. Portanto, os lucros atribuíveis ao estabelecimento permanente são tributáveis apenas no Estado C;
- O tratado em matéria tributária firmado entre o Estado B e o Estado C não é aplicável. Em princípio, um estabelecimento permanente não se qualifica como residente de acordo com uma disposição semelhante aos artigos 1 e 4 do Modelo da OCDE[184].
- O item relevante de rendimento considerado como parte dos lucros atribuíveis ao estabelecimento permanente suporta uma baixa ou zero tributação de acordo com à legislação interna do Estado C.

Portanto, neste cenário, o Estado B deverá conceder os benefícios da limitação tributária (limitação ao direito de tributar) previstos no tratado em matéria

[184] Os artigos serão transcritos oportunamente. Aqui objetivou-se somente apresentar uma visão geral dos dispositivos envolvidos ao leitor.

tributária firmado com o Estado A, qual seja, alíquota reduzida de retenção na fonte (0%) e, portanto, resta impedido de tributar tais rendimentos.

Como se assim não o fosse, o Estado A não poderá tributar os rendimentos originários no Estado B, em razão do tratado em matéria tributária firmado com o Estado C, eis que tais rendimentos foram atribuíveis ao estabelecimento permanente ali localizado de acordo com os artigos 7 e 23A do tratado em tela.

Paralelamente, o Estado C poderá (ser forçado a) conceder crédito pelos tributos pagos no Estado B nos termos do artigo 24[185] (Modelo OCDE) do tratado em matéria tributária firmado com o Estado A, o qual contém uma cláusula de não-discriminação[186] (*non-discrimination clause).*

---

[185] Article 24. 1. Nationals of a Contracting State shall not be subjected in the other Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other State in the same circumstances, in particular with respect to residence, are or may be subjected. This provision shall, notwithstanding the provisions of Article 1, also apply to persons who are not residents of one or both of the Contracting States.
2. Stateless persons who are residents of a Contracting State shall not be subjected in either Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of the State concerned in the same circumstances, in particular with respect to residence, are or may be subjected.
3. The taxation on a permanent establishment which an enterprise of a Contracting State has in the other Contracting State shall not be less favorably levied in that other State than the taxation levied on enterprises of that other State carrying on the same activities. This provision shall not be construed as obliging a Contracting State to grant to residents of the other Contracting State any personal allowances, reliefs and reductions for taxation purposes on account of civil status or family responsibilities which it grants to its own residents.
4. Except where the provisions of paragraph 1 of Article 9, paragraph 6 of Article 11, or paragraph 4 of Article 12, apply, interest, royalties and other disbursements paid by an enterprise of a Contracting State to a resident of the other Contracting State shall, for the purpose of determining the taxable profits of such enterprise, be deductible under the same conditions as if they had been paid to a resident of the first-mentioned State. Similarly, any debts of an enterprise of a Contracting State to a resident of the other Contracting State shall, for the purpose of determining the taxable capital of such enterprise, be deductible under the same conditions as if they had been contracted to a resident of the first-mentioned State.
5. Enterprises of a Contracting State, the capital of which is wholly or partly owned or controlled, directly or indirectly, by one or more residents of the other Contracting State, shall not be subjected in the first-mentioned State to any taxation or any requirement connected therewith which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which other similar enterprises of the first-mentioned State are or may be subjected.
6. The provisions of this Article shall, notwithstanding the provisions of Article 2, apply to taxes of every kind and description. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 43.

[186] Nesse sentido, Heleno Taveira Tôrres dispõe que: "O art. 24 estabelece o princípio da não-discriminação, segundo o qual, os nacionais de um Estado contratante não ficarão sujeitos no outro Estado contratante a quaisquer tributações ou obrigações, relativas a estes, diversas ou mais onerosas daquelas que estejam ou possam vir a estar em vigor para os nacionais deste outro Estado, quando se encontrarem nas mesmas circunstâncias." TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. pp.542-543.

Por fim, vale ressaltar que um estabelecimento permanente não é elegível para os benefícios do tratado e, portanto, o Estado C é livre para não aplicar eventual tratado em matéria tributária firmado com o Estado B no presente caso.[187]

Resumidamente, como resultado do padrão aplicado no segundo cenário, os rendimentos originários no Estado B não serão ali tributados, bem com serão isentos de tributação no Estado A, sujeitando-se apenas, a uma pequena (ou mesmo inexistente) alíquota interna no Estado C. Em outras palavras, tal operação suportará uma baixa carga tributária geral.[188]

Fato é que, a utilização de estruturas triangulares com estabelecimento permanente torna-se mais agravante para os contribuintes dentro do primeiro cenário e, extremamente ofensiva para os países envolvidos nesta operação dentro do segundo cenário aqui apresentado. Deste modo, a fim de confirmar todo o aqui exposto, utilizaremos das premissas complementares abaixo:

- Valor dos rendimentos originários no Estado B: 100.000;
- A alíquota interna aplicada no Estado A é de 20%;
- A alíquota interna aplicada no Estado B é de 20%;
- A alíquota interna aplicada no Estado C é de 5%.

Portanto, no primeiro cenário, em razão da ausência de tratados em matéria tributária entre os países envolvidos (e de tratamento recíproco), o contribuinte poderá ser tributado três vezes (tripla tributação) em uma única operação (obtenção dos rendimentos no valor de 100.000), e ao final, suportará uma carga tributária total de 45%, conforme demonstrado a seguir:

[187] O que será melhor abortado no item 2.2.2 deste capítulo.
[188] RUST, Alexander; WOHRER, Viktoria, Anti-Abuse Clauses for Permanent Establishments Located in Third Countries *in*: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale Pistone; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; SOTRCK, Alfred (eds.). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, pp. 2-3.

Tabela 6 – Cálculo do imposto devido em casos de tripla tributação

Cálculo do imposto devido no Estado A	**Rendimentos 100.000**
Alíquota interna	20%
Imposto devido no Estado A	**20.000**

Cálculo do imposto devido no Estado B	**Rendimentos 100.000**
Alíquota interna	20%
Imposto devido no Estado B	**20.000**

Cálculo do imposto devido no Estado C	**Rendimentos 100.000**
Alíquota interna	5%
Imposto devido no Estado C	**5.000**

(Tabela elaborada pela autora)

No segundo cenário, em razão das lacunas e assimetrias (*mismatches*) existentes nos tratados em matéria tributária firmados entre os países envolvidos na operação, através de um planejamento tributário (abusivo), o contribuinte suportará uma baixa carga tributária no valor de 5.000 em relação a uma operação no valor de 100.000. De forma mais agravante, a utilização de estrutura triangular com estabelecimento permanente se mostrou extremamente negativa para os países nela envolvidos, conforme demonstrado a seguir:

Tabela 7 – Cálculo do imposto devido em casos de baixa ou zero tributação.

Cálculo do imposto devido no Estado A	**Rendimentos 100.000**
Método de isenção (art. 23A do tratado firmado com o Estado C)	0%
Imposto devido no Estado A	**0**

Cálculo do imposto devido no Estado B	**Rendimentos 100.000**
Alíquota reduzida de retenção na fonte (0% nos termos do tratado firmado com o Estado A)	0%
Imposto devido no Estado B	**0**

Cálculo do imposto devido no Estado C	**Rendimentos 100.000**
Alíquota interna	5%
Imposto devido no Estado C	**5.000**

(Tabela elaborada pela autora)

À luz dessas premissas, uma crítica constante no cenário internacional é que a evasão e elusão fiscal por empresas multinacionais, especialmente, através da transferência artificial de lucros para terceiros países de baixa tributação, poderá minar a capacidade dos países desenvolvidos e em desenvolvimento de fornecer seguro social adequado para seus cidadãos, bem como ocasionar uma violenta reação contra a globalização com o fim da era de abertura de fronteiras.[189]

Como resultado, as Organizações Internacionais concentraram seus esforços a fim de combater o uso de estruturas triangulares elusivas ao limitar os benefícios de um tratado em matéria tributária ao impor uma carga tributária em níveis semelhantes aos impostos devidos nos Estados Contratantes, nas situações em que o contribuinte utiliza-se de tais estruturas com o fim especifico de evitar o pagamento de tributos.

Assim, a limitação do benefício do tratado compreendida no terceiro cenário mencionado anteriormente, poderá ser notada nos casos em que os três Estados envolvidos tenham concluído tratados em matéria tributária entre si baseados no Modelo de Convenção de 2017 da OCDE, em especial, com a adoção do novo artigo 29(8) no tratado firmado entre os Estados A e B.[190]

Dessa forma, de acordo com a nova regra contida no artigo 29(8), o Estado B poderá negar os benefícios do tratado em matéria tributária firmado com o Estado A em relação ao item relevante de rendimento contido na operação em análise, qual seja, alíquota reduzida de retenção na fonte (0%) e tributar de acordo com sua legislação interna.[191]

Neste ponto, vale notar que, ao Estado B somente será permitido negar o benefício do tratado, caso três condições principais sejam observadas na utilização de estruturas triangulares com estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado[192], são elas:

---

[189] AVI-YONAH, Reuven S.; XY, Haiyan. Global taxation after the crisis: Why BEPS and MAATM are inadequate responses, and what can be done about it?, **University of Michigan Public Law Research Paper n. 494**, 2016, p. 1.

[190] Nesse sentido, ver: parágrafo 163 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 585.

[191] Para mais informações, ver: RUST, Alexander; WOHRER, Viktoria, Anti-Abuse Clauses for Permanent Establishments Located in Third Countries *in*: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale Pistone; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; SOTRCK, Alfred (eds.). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, p. 6.

[192] Nesse sentido, ver: parágrafo 161 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 585.

i. Uma empresa sediada em um Estado Contratante deve obter rendimentos originários em outro Estado Contratante e o primeiro Estado mencionado deverá tratar tais rendimentos como atribuíveis a um estabelecimento permanente localizado em um terceiro Estado (estrutura triangular do estabelecimento permanente);
ii. Os lucros atribuíveis ao estabelecimento permanente localizado no terceiro Estado deverão ser isentos de tributação no Estado de residência da empresa;
iii. A carga tributária suportada pelo rendimento no terceiro Estado deverá estar abaixo do limite estabelecido (exigência de baixa tributação).

Especificamente, o dispositivo em apreço será abordado de forma detalhada no capítulo 4 do presente trabalho.

2.3 PARTES ENVOLVIDAS EM UMA ESTRUTURA TRIANGULAR COM ESTABELECIMENTO PERMANENTE

A principal contribuição deste item será apresentar as partes relacionadas na utilização de uma estrutura triangular com estabelecimento permanente e como estas são utilizadas dentro de um planejamento tributário abusivo para fins de elusão fiscal através das lacunas e assimetrias (*mismatches*) existentes nos tratados em matéria tributária.

Dessa forma, em que pese a implicação de três jurisdições distintas na construção da estrutura em análise, através da ilustração do diagrama anterior, percebe-se há existência de duas partes envolvidas para o funcionamento da operação elusiva, são elas: (i) residente em um Estado Contratante e (ii) estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado.

Para tanto, analisar-se-á o endereçamento contido nos tratados em matéria tributária e o *status* necessário para fins de aproveitamento de seus benefícios, qual seja, o de residente (2.2.1) e, posteriormente, a figura fictícia de estabelecimento permanente criado para fins de tributação em matéria internacional e como esta encontra-se compreendida para fins de aplicação de tratados (2.2.2).

2.3.1 A empresa residente em um dos Estados Contratantes

Conforme mencionado anteriormente, as estruturas triangulares com estabelecimento permanente são projetadas a fim de que os rendimentos derivados por um residente em um Estado Contratante e originários em outro Estado Contratante sejam atribuídos à um estabelecimento permanente localizado em um terceiro Estado de baixa tributação, com vistas à receber os benefícios dos tratados em matéria tributária firmados entre os países envolvidos e obter baixa ou zero tributação sob determinada operação.

No cenário em apreço, verifica-se que, para a criação do projeto da estrutura triangular elusiva pelos contribuintes, faz necessário que a empresa sede seja residente em um dos três países envolvidos na operação, sendo o critério de residência um fator determinante em uma operação internacional que envolva à aplicação de tratados em matéria tributária.

Assim, inicialmente, somente a título de esclarecimento, faz-se necessário mencionar que, no início do século XX, os tratados em matéria tributária eram aplicados somente para os cidadãos dos Estados Contratantes.[193]

Após este período, com a inclusão do artigo 1 nos principais Modelos de Convenção (OCDE e ONU, por exemplo), os tratados em matéria tributária passaram a ser endereçados aos residentes de um ou de ambos dos Estados Contratantes.[194]

Corroborando com o entendimento aqui exposto, o artigo 1(1) do Modelo da OCDE dispõe que “this Convention shall apply to persons who are residents of one or both of the Contracting States”.[195]

De tal modo que, a definição de residente é apresentada no artigo 4 do Modelo da OCDE, especificamente, no parágrafo 1 e, sob o ponto de vista prático, o presente dispositivo indica que a responsabilidade tributária total *(full tax liability)* em um dos dois Estados Contratantes conduz ao aproveitamento de um tratado em matéria tributária.

A responsabilidade tributária total exigida junto aos Modelos de Convenção é aquela que segue o princípio da universalidade (*universality principle)*, ou seja,

---

[193] Nesse sentido, ver: parágrafo 1 do comentário ao artigo 1. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 55.
[194] Nesse sentido, ver: parágrafo 1 do comentário ao artigo 1. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 55.
[195] OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 28.

quando a renda total e mundial de uma pessoa será tributada por um determinado Estado caso reste caracterizada uma conexão pessoal próxima entre o contribuinte e o Estado tributante.[196]

Em outras palavras, a condição de residente imposta para o aproveitamento de um tratado em matéria tributária não significa que a pessoa deva sofrer tributação sem qualquer restrição em um dos dois Estados Contratantes; mas sim que esteja caracterizada uma relação com um dos dois Estados Contratantes que possa levar à chamada responsabilidade tributária total.[197]

Resumidamente, qualquer pessoa que esteja sujeita à tributação em um dos dois Estados Contratantes em razão do seu domicílio; residência; local de administração ou em razão de qualquer outro critério semelhante, será considerado residente para fins de benefícios do tratado.[198]

Em que pese pequenas diferenças encontradas na redação do artigo 4(1), nos Modelos de Convenção aqui mencionados, por pura conveniência, transcreve-se abaixo à redação contida no Modelo OCDE, *in verbis*:

> For the purposes of this Convention, the term “resident of a Contracting State” means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management or any other criterion of a similar nature, and also includes that State and any political subdivision or local authority thereof as well as a recognized pension fund of that State. This term, however, does not include any person who is liable to tax in that State in respect only of income from sources in that State or capital situated therein. [199]

Observe que, o termo “residente” não inclui aqueles que estejam sujeitos à tributação em um dos dois Estados Contratantes apenas em relação aos rendimentos provenientes de fontes neste Estado ou ao capital ali situado ante à ausência da conexão pessoal entre ambos.

---

[196] LANG, Michael. **Introduction of the Law of the Double Taxation Convention**, 2nd edition, Vienna: Linde, 2013, pp. 27-28.
[197] LANG, Michael. **Introduction of the Law of the Double Taxation Convention**, 2nd edition, Vienna: Linde, 2013, p. 76.
[198] Nesse sentido, ver: parágrafo 8 do comentário ao artigo 4. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 106.
[199] OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 30.

Como se assim não o fosse, vale esclarecer que, eventuais cláusulas de limitações de benefícios inseridas nos tratados em matéria tributária, também são endereçadas aos residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes.[200]

Assim, a título exemplificativo, a Convenção entre a República Federativa do Brasil e o Governo da República da Turquia[201] destinada a eliminar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de imposto sobre a renda firmada em 2010 contém uma cláusula de limitação de benefício, a qual dispõe:

> As autoridades competentes dos Estados Contratantes poderão negar os benefícios do presente Acordo a qualquer pessoa, ou com relação a qualquer transação, se, em sua opinião, a obtenção de tais benefícios, considerando-se as circunstâncias, constituiria um abuso do Acordo relativamente aos seus fins. [202]

De forma mais específica, faz-se necessário mencionar que, o mesmo entendimento se aplica para a limitação de benefício do tratado imposta pela cláusula antiabuso de estabelecimento permanente contida no artigo 29(8) do Modelo OCDE que será analisada a seguir e objeto do presente trabalho.

Finalmente, importante mencionar que, a definição de residente constante no Modelo da OCDE é utilizada para diferentes finalidades.

Assim, conforme disposições contidas nos artigos 1(1) e 4(1), o critério da residência é uma condição para aplicação dos tratados em matéria tributária e, portanto, pessoas residentes em um ou em ambos Estados Contratantes farão *jus* aos benefícios e/ou limitação do tratado. Portanto, neste primeiro momento, não se faz necessário dar prioridade na classificação de Estado de residência para um dos dois Estados Contratantes.[203]

Todavia, quando se passa à aplicação das regras de tributação dos rendimentos (ou regras de alocação de direitos à tributação) constantes nos artigos 6

---

[200] Nesse sentido, ver: parágrafo 1 do comentário ao artigo 1. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, 2017, p. 55.

[201] O tratado em matéria tributária firmado entre Brasil-Turquia está disponível em: <http://receita.economia.gov.br/acesso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/turquia/decreto-no-8-140-de-14-de-novembro-de-2013> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[202] BRASIL. **Decreto n. 8.140, de 14 de novembro de 2013**, promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Turquia para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda firmado em Foz do Iguaçu em 16 de dezembro de 2010, DOU de 18.11.2013.

[203] LANG, Michael. **Introduction of the Law of the Double Taxation Convention**, 2nd edition, Vienna: Linde, 2013, p. 82.

a 21 e dos métodos para eliminação de dupla tributação descritos nos artigos 23A e 23B do Modelo OCDE, por exemplo, faz-se necessário que apenas um dos dois Estados Contratantes seja classificado como Estado de residência.[204]

Observe que, sob à ótica da utilização de estruturas triangulares com estabelecimento permanente em terceiro Estado, o critério da residência é de primordial importância para aplicação das regras de alocação e dos métodos para eliminação da dupla tributação, eis que tais estruturas se utilizam das lacunas e assimetrias (*mismatches*) existentes nestas regras com a finalidade de não pagar tributos.

Portanto, para aplicação das regras de tributação dos rendimentos e dos métodos de eliminação de dupla tributação nos casos de dupla residência (*dual residence*), faz-se necessário que o *status* de Estado de residência seja atribuído apenas para um dos Estados Contratantes[205] nos termos dos critérios contidos no artigo 4(2) para pessoas físicas (*tiebreaker rules*) e artigo 4(3) para pessoas jurídicas dos Modelos da OCDE.[206]

Os critérios para supressão de dupla residência não serão aqui abordados eis que se encontram fora do escopo do presente trabalho, sendo que, para alcançar a finalidade aqui desejada, a visão geral aqui contida já se fez suficiente.[207]

---

[204] LANG, Michael. **Introduction of the Law of the Double Taxation Convention**, 2nd edition, Vienna: Linde, 2013, p. 83.

[205] LANG, Michael. **Introduction of the Law of the Double Taxation Convention**, 2nd edition, Vienna: Linde, 2013, p. 82.

[206] Article 4. […] 2. Where by reason of the provisions of paragraph 1 an individual is a resident of both Contracting States, then his status shall be determined as follows:
a) he shall be deemed to be a resident only of the State in which he has a permanent home available to him; if he has a permanent home available to him in both States, he shall be deemed to be a resident only of the State with which his personal and economic relations are closer (center of vital interests);
b) if the State in which he has his center of vital interests cannot be determined, or if he has not a permanent home available to him in either State, he shall be deemed to be a resident only of the State in which he has an habitual abode;
c) if he has an habitual abode in both States or in neither of them, he shall be deemed to be a resident only of the State of which he is a national;
d) if he is a national of both States or of neither of them, the competent authorities of the Contracting States shall settle the question by mutual agreement.
3. Where by reason of the provisions of paragraph 1 an individual is a resident of both Contracting States, the competent authorities of the Contracting States shall endeavor to determine by mutual agreement the Contracting State of which such person shall be deemed to be a resident for the purposes of the Convention, having regard to its place of effective management, the place where it is incorporated or otherwise constituted and any other relevant factors. In the absence of such agreement, such person shall not be entitled to any relief or exemption from tax provided by this Convention except to the extent and in such manner as may be agreed upon by the competent authorities of the Contracting States. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p.30.

[207] Para maiores informações em relação as regras de desempate de dupla residência fiscal, ver: CIRILLO, Michaela. The New Tie-Breaker Rule of Dual-Resident Persons other than Individuals *in*:

2.3.2 O estabelecimento permanente no terceiro Estado

Conquanto o *status* de residente é um fator determinante para à concessão dos benefícios de um tratado; fato é que, o *status* de estabelecimento permanente também se enquadra nas disposições contidas em um tratado em matéria tributária, sendo o principal gatilho para o uso de estruturas triangulares para fins de elusão fiscal.

Assim, conforme mencionado anteriormente, a definição de estabelecimento permanente é apresentada no artigo 5(1) do Modelo da OCDE e, sob o ponto de vista prático, o presente dispositivo o descreve como um local fixo de negócios através do qual uma empresa não-residente realiza suas atividades de forma parcial ou total em uma determinada jurisdição.[208]

Corroborando com o entendimento aqui exposto, o artigo 5(1) do Modelo da OCDE dispõe que "For the purposes of this Convention, the term "permanent establishment" means a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on." [209]

Portanto, o estabelecimento permanente trata-se, em verdade, de uma mera ficção para fins tributários, podendo ser equiparado como uma filial ou *branch* e sua formalização se dará através da observância dos critérios contidos nos parágrafos seguintes do artigo 5 do Modelo de Convenção aqui em destaque.[210]

Neste ponto, ressalta-se que, encontra-se fora do escopo deste trabalho analisar em detalhes os critérios para caracterização ou não de um estabelecimento permanente constantes no Modelo da OCDE e os reflexos de sua aplicação no cenário internacional especialmente nas regras de alocação de direitos tributários e preços de transferência.[211]

BINDER, Ana; WOHRER, Viktoria (eds.). **Special Features of the UN Model Convention**, 1st edition, Vienna: Linde, 2019, pp. 509-530.

[208] Ver também: IBFD, **Glossary of Tax Terms**. Disponível em: <https://www.ibfd.org/> Acesso 07 de fevereiro de 2019.

[209] OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 31.

[210] VITA, JONATHAN BARROS. Estabelecimento permanente pós-BEPS e a economia digital: entre a retenção na fonte e novos tributos no plano da disputa entre OCDE e EU i*n*: SOUZA, Priscila; CARVALHO, Paulo de Barros (Org.). **30 Anos da Constituição Federal e o Sistema Tributário Brasileiro**. 1ed.São Paulo: Noeses, 2018, p. 552.

[211] Para maiores informações, ver : VITA, JONATHAN BARROS. Estabelecimento permanente pós-BEPS e a economia digital: entre a retenção na fonte e novos tributos no plano da disputa entre OCDE e UE *in*: SOUZA, Priscila; CARVALHO, Paulo de Barros (Org.). **30 Anos da Constituição Federal e o Sistema Tributário Brasileiro**. 1ed.São Paulo: Noeses, 2018, p. 545-558; VITA, Jonathan Barros. **Preços de transferência:** atualizado com as Leis 12.715 e 12.766 e a instrução normativa 1.312, com

Como se assim não o fosse, o artigo 7(1) do Modelo da OCDE, dispõe acerca dos lucros atribuíveis a um estabelecimento permanente, sendo que, nestes casos, em caráter excepcional, os lucros poderão ser tributados pelo Estado onde as atividades comerciais são exercidas e não pelo Estado de residência da empresa sede quando esta realizar negócios através de um estabelecimento permanente.[212]

Em que pese as diferenças encontradas na redação do artigo 7(1) entre os Modelos de Convenção aqui mencionadas, por pura conveniência, transcreve-se abaixo à redação contida no Modelo OCDE, *in verbis*:

> Profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits that are attributable to the permanent establishment in accordance with the provisions of paragraph 2 may be taxed in that other State. [213]

Resumidamente, os lucros atribuíveis a um estabelecimento permanente são aqueles que seriam obtidos por uma empresa separada e independente, envolvida nas mesmas atividades ou em atividades similares sob as mesmas condições ou condições similares, levando em consideração as funções desempenhadas, os ativos utilizados e os riscos assumidos pela empresa por meio do estabelecimento permanente nos termos dos diferentes critérios contidos no artigo 7(2) do Modelo da OCDE.[214]

De tal modo, quando um ativo é alocado para um estabelecimento permanente, consequentemente, todos os rendimentos decorrentes deste ativo também serão atribuídos ao estabelecimento permanente. Em outras palavras, isso significa que, ativos financeiros, tais como: ações e dívidas; dívidas com juros e ativos intangíveis como patentes ou direitos autorais; quando alocados a um estabelecimento

---

as alterações das INs 1.322 e 1.395. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais : FISCOSoft Editora, 2014. v. 1. 472p.

[212] Nesse sentido, ver: parágrafos 10 e 11 do comentário ao artigo 1. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 175.

[213] OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 33.

[214] Article 7. […] 2. For the purposes of this Article and Article [23 A] [23 B], the profits that are attributable in each Contracting State to the permanent establishment referred to in paragraph 1 are the profits it might be expected to make, in particular in its dealings with other parts of the enterprise, if it were a separate and independent enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions, taking into account the functions performed, assets used and risks assumed by the enterprise through the permanent establishment and through the other parts of the enterprise. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p.34.

permanente, irão abarcar também, os rendimentos deles obtidos como por exemplo, dividendos, juros e *royalties* para o estabelecimento permanente.[215]

Sob o ponto de vista prático, se nenhuma medida endereçada a combater a evasão e elusão fiscal for aplicada, todos os rendimentos passivos recebidos dos ativos transferidos artificialmente para um estabelecimento permanente localizados em uma jurisdição de baixa ou zero tributação, estarão sujeitos à baixa ou zero tributação.[216]

Ademais, faz-se necessário mencionar que, um estabelecimento permanente não é considerado um residente para fins de benefícios de um tratado em matéria tributária eis que a pura existência de um estabelecimento permanente não é compatível com a exigência de responsabilidade tributária total relacionada à obtenção do *status* de residente contida no artigo 4(1).[217]

Portanto, observa-se que, há tratamento distinto para elegibilidade de um tratado em matéria tributária em relação à natureza tributária de um estabelecimento permanente.

Assim, o estabelecimento permanente somente poderá acionar o tratado firmado com o Estado de residência da empresa sede eis que a empresa sede é residente em um dos Estados Contratantes. Sendo que os demais tratados firmados pelo Estado onde se localiza o estabelecimento permanente não poderão ser acionados pelo próprio estabelecimento permanente para fins de receber os benefícios dos tratados.[218]

Finalmente, faz-se necessário mencionar que, alguns autores[219] defendem uma possível solução para todo o aqui debatido (utilização de estruturas triangulares

---

[215] MARTINS, Flavia. Anti-Abuse Clause for Permanent Establishments in Third Countries *in*: BLUM, Daniel Blum; SELLER, Markus (eds.). **Preventing Treaty Abuse**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, p. 7.

[216] MARTINS, Flavia. Anti-Abuse Clause for Permanent Establishments in Third Countries *in*: BLUM, Daniel Blum; SELLER, Markus (eds.), **Preventing Treaty Abuse**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, p. 7.

[217] Nesse sentido, ver: parágrafos 69-72 do comentário ao artigo 24. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, pp. 423/424; LANG, Michael. **Introduction of the Law of the Double Taxation Convention**, 2nd edition, Vienna: Linde, 2013, pp. 77-78.

[218] FETT, Emily. **Triangular Cases: The Application of Bilateral Income Tax Treaties in Multilateral Situation**, Volume 29 in the Doctoral Series, Amsterdam: IBFD, 2014, p. 9.

[219] Como exemplo, ver: FETT, Emily. **Triangular Cases: The Application of Bilateral Income Tax Treaties in Multilateral Situation**, Volume 29 in the Doctoral Series, Amsterdam: IBFD, 2014.

elusivas), qual seja, considerar uma (nova)aplicação da definição de estabelecimento permanente mais intimamente ligado ao conceito de residência.[220]

Nesse sentido, em estruturas triangulares nas quais exista um tratado em matéria tributária firmado entre o Estado da fonte e o terceiro Estado (ou Estado onde se localiza o estabelecimento permanente) em vigor, o terceiro Estado seria obrigado a conceder uma isenção do imposto devido no Estado da fonte.[221]

Para tanto, seria necessário tornar o estabelecimento permanente equivalente à um residente (pessoa elegível à aplicação do tratado) ou ainda, que a empresa sede localizada no Estado de residência reivindique o benefício deste imposto em relação aos rendimentos originários no Estado da fonte e atribuíveis a um estabelecimento permanente. [222] Todavia, tal hipótese não será testada nesta pesquisa eis que não admitida pelas normas internacionais de tributação vigentes.

[220] FETT, Emily. **Triangular Cases: The Application of Bilateral Income Tax Treaties in Multilateral Situation**, Volume 29 in the Doctoral Series, Amsterdam: IBFD, 2014, p. 9-11.
[221] FETT, Emily. **Triangular Cases: The Application of Bilateral Income Tax Treaties in Multilateral Situation**, Volume 29 in the Doctoral Series, Amsterdam: IBFD, 2014, p. 9-11
[222] FETT, Emily. **Triangular Cases: The Application of Bilateral Income Tax Treaties in Multilateral Situation**, Volume 29 in the Doctoral Series, Amsterdam: IBFD, 2014, p. 9-11.

3 A EVOLUÇÃO DAS REGRAS ANTIABUSO DE TRATADOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: OS MODELOS DE CONVENÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS, DA OCDE E DA ONU

O presente capítulo analisará o desenvolvimento das regras antiabuso de tratados em matéria tributária junto aos principais Modelos de Convenção utilizados no cenário internacional e, tendo como plano fundo, o combate à utilização de estruturas triangulares com estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado.

Para tanto, primeiramente, o presente capítulo apresentará o caminho percorrido para a inclusão de uma cláusula antiabuso específica enderençada a combater os abusos de tratados decorrentes da utilização de estruturas triangulares elusivas junto ao Modelo de Convenção adotado pelos Estados Unidos (3.1) eis que o mesmo fora pioneiro na adoção da presente medida.

Posteriormente, tratar-se-á de uma das principais Organizações Internacionais, qual seja, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e a trajetória no combate ao abuso de tratados e *treaty shopping* em matéria tributária acoplado no Modelo da OCDE (3.2) no pré e pós-BEPS era (3.2.1), bem como junto ao MLI (3.2.2).

Finalmente, o presente capítulo proporcionará uma narrativa da evolução do Modelo de Convenção adotado pela Organização das Nações Unidas (ONU) a fim de tutelar os interesses dos países em desenvolvimento (3.3).

3.1 AS CLÁUSULAS ANTIABUSO NO MODELO DE CONVENÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA DOS ESTADOS UNIDOS

A principal contribuição deste item será promover historicamente o caminho percorrido pelos Estados Unidos da América (EUA) a fim de reprimir à criação de estruturas e/ou utilização de mecanismos a fim de favorecer o abuso de tratados em matéria tributária.

Para tanto, primeiramente, narrar-se-á, ainda que brevemente, à inclusão da expressão abuso de tratados nas convenções firmadas pelos Estados Unidos. Posteriormente, será apresentado à inclusão da cláusula antiabuso específica

enderença a combater os abusos de tratados decorrentes da utilização de estruturas triangulares elusivas.

Em verdade, os Estados Unidos se preocupam com o uso indevido de tratados em matéria tributária há muitos anos e, como consequência, desenvolveram vários elementos a fim de impedir o abuso de tratados[223]- muitos dos quais serviram de inspiração para as novas regras provenientes do projeto BEPS, especialmente a Ação 6.

Fato é que, o *U.S. Treasury Department,* ao longo dos anos, vem se esforçando para erradicar atos premeditados com o objetivo específico de obter benefício da rede internacional de tratados em matéria tributária e para tanto, iniciou uma campanha agressiva para renegociar suas convenções com a inclusão de dispositivos endereçados à tal problemática logo em meados do século XX.[224]

Prosseguindo, o primeiro tratado em matéria tributária firmado pelos Estados Unidos através do qual fora inserido à expressão abuso de tratado foi assinado em 1945 com o Reino Unido. Sob o ponto de vista prático, implantou-se um teste (*arranged-or-maintained test*) com vistas a assegurar que somente estruturas de negócios (ou corporativas) legítimas fossem às únicas beneficiárias das alíquotas baixas aplicadas para dividendos (benefício do tratado).[225]

Em outras palavras, fora incluída nos tratados em matéria tributária firmados pelos Estados Unidos uma cláusula a fim de limitar os benefícios do tratado (*limitation of benefits clause* – LoB), demandando que uma empresa estabeleça vínculo satisfatório com o Estado de residência antes de obter as alíquotas reduzidas de retenção na fonte junto ao Estado da fonte.[226]

---

[223] SUGARMAN, Ian K. The U.S. Netherlands Income Tax Treaty: Closing the Doors on the Treaty Shoppers, **Fordham International Law Journal**, (volume 17, 1993, Article 9), pp. 777-778.

[224] U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. Press Center. **Treasury Announces Release of 2016 U.S. Model Income Tax Treaty**, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/jl0356.aspx> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[225] Para mais informações, ver: SUGARMAN, Ian K. The U.S. Netherlands Income Tax Treaty: Closing the Doors on the Treaty Shoppers, **Fordham International Law Journal**, (volume 17, 1993, Article 9), pp. 788-798.

[226] A cláusula LoB (LoB clause) é uma regra antiabuso de tratados específica (*SAAR*) e por critérios objetivos não será analisada de forma pormenorizada neste trabalho. As informações aqui prestadas servem somente para alcançar o fim proposto neste capítulo. Para maiores informações, ver: OLZHABAYEVA, Dana. The New Limitation on Benefits (LoB) in Article 29 of the UM Model *in*: BINDER, Ana Binder, WOHRER, Viktoria (eds.), **Special Features of the UN Model Convention**, 1st edition, Vienna: Linde, 2019, pp. 555-589.

Em decorrência deste movimento, os tratados subsequentes foram aprimorados nessa questão, por exemplo, com Luxemburgo (1962) e Finlândia (1970).[227]

Somente a título de esclarecimento, ressalta-se que, no Modelo dos EUA de 1977, o escopo de aplicação da cláusula de limitação de benefício (LoB) era bastante limitado, aplicando-se somente para certos tipos de rendimentos (dividendos, juros e *royalties*) e para contribuintes que recebessem tratamento favorecido no Estado de residência. Além de incluir um rigoroso teste (*qualifed resident ownership test*), a fim de auferir se 75% dos acionistas de determinada empresa eram residentes (qualificados) naquele território.[228]

A próxima versão do Modelo dos EUA fora publicada em 1981 e, resultou na ampliação do escopo de aplicação da cláusula e, consequentemente, o interesse dos Estados Unidos a fim de prevenir os abusos de tratado. Para tanto, o Modelo de 1981 incluiu um novo teste (*base erosion test*) a fim de reconhecer que não-acionistas também poderiam ser responsáveis por tais práticas, bem como removeu o critério de recebimento de tratamento favorecido no Estado de residência.[229]

Especificamente, uma cláusula antiabuso endereçada ao uso de estruturas triangulares foi introduzida pela primeira vez no tratado em matéria tributária firmado pelos EUA em 1990 com à Alemanha e fora baseado tanto no Modelo de 1981 como no modelo utilizado pela OCDE à época.[230]

Todavia, o estágio mais significativo desta cláusula antiabuso específica para estruturas triangulares[231] foi observado no tratado em matéria tributária firmado com a Holanda em 1993[232], especificamente, inserida no artigo 24(4), conforme dispositivo transcrito a seguir:

---

[227] SUGARMAN, Ian K. The U.S. Netherlands Income Tax Treaty: Closing the Doors on the Treaty Shoppers, **Fordham International Law Journal**, (volume 17, 1993, Article 9), pp. 777-778.
[228] SUGARMAN, Ian K. The U.S. Netherlands Income Tax Treaty: Closing the Doors on the Treaty Shoppers, **Fordham International Law Journal**, (volume 17, 1993, Article 9), pp. 777-778.
[229] SUGARMAN, Ian K. The U.S. Netherlands Income Tax Treaty: Closing the Doors on the Treaty Shoppers, **Fordham International Law Journal**, (volume 17, 1993, Article 9), pp. 797 e ss.
[230] SUGARMAN, Ian K. The U.S. Netherlands Income Tax Treaty: Closing the Doors on the Treaty Shoppers, **Fordham International Law Journal**, (volume 17, 1993, Article 9), pp. 797 e ss.
[231] RUST, Alexander; WOHRER, Viktoria, Anti-Abuse Clauses for Permanent Establishments Located in Third Countries *in*: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale Pistone; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; SOTRCK, Alfred (eds.). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, p. 4.
[232] O tratado em matéria tributário firmado entre EUA-Holanda e protocolo anexo estão disponíveis em: https://www.irs.gov/pub/irs-trty/nether.pdf (acesso 08 de fevereiro de 2020).

> [...] Where:
> a) an enterprise of the Netherlands derives interest or royalties from another state, which interest or royalties are attributable to a permanent establishment of that enterprise in a third jurisdiction;
> b) the income of such permanent establishment is subject to special or low taxation because of a "tax haven" regime (including, but not necessarily limited to, regimes intended to encourage the use of the third jurisdiction for tax avoidance purposes with respect to investment income); and
> c) the income of such permanent establishment is exempt from tax in the Netherlands, then a provision aimed at the prevention of tax avoidance or evasion with respect to taxes on such interest or royalty income derived by an enterprise of the Netherlands from the United States will be agreed upon between both States and will be laid down in a separate Protocol to this Convention. [233]

Nos termos da previsão acima, os artigos 1 e 2 do protocolo anexo ao tratado em matéria tributária firmado entre os EUA e a Holanda incluíram um (novo) parágrafo 8 ao artigo 12 e um (novo) parágrafo 6 ao artigo 13 para versarem – respectivamente – de juros e royalties no contexto de estruturas triangulares, os quais adotaram a regra prevista no artigo 24(4) do tratado em matéria tributária firmado entre as duas jurisdições.

A fim de ilustrar todo aqui exposto, o quadro abaixo fornece uma comparação entre os dispositivos em análise.

Tabela 8 – Cláusulas antiabusos para estruturas triangulares no tratado firmado pelos EUA e Holanda em 1993

O artigo 12 (juros) do Tratado foi alterado, aditando à seguinte redação	**O artigo 13 (*royalties*) do Tratado foi alterado, aditando à seguinte redação**
8. Notwithstanding the provisions of paragraph 1, **interest** arising in one of the States and beneficially owned by an enterprise of the other State **and attributable to a permanent establishment of that enterprise in a third jurisdiction, may also be taxed in the first-mentioned State if the profits of that permanent establishment are subject to an aggregate rate of tax, in the other State and the third jurisdiction in which the permanent establishment is situated, that is, in the case of interest arising in the first-mentioned**	6. If a resident of a Contracting State is Notwithstanding the provisions of paragraph 1, **royalties** arising in one of the States and beneficially owned by an enterprise of the other State **and attributable to a permanent establishment of that enterprise in a third jurisdiction, may also be taxed in the first-mentioned State if the profits of that permanent establishment are subject to an aggregate rate of tax, in the other State and the third jurisdiction in which the permanent establishment is situated, that is, in the case of**

[233] UNITED STATES. Internal Revenue Services, **Tax Convention with the Netherlands,** general effective date under article 37: 1 January 1994.

Continuação Tabela 8

State and beneficially owned by an enterprise of the other State before January 1, 1998, less than 50 percent of the general rate of company tax applicable in the other State, and in the case of interest arising in the first-mentioned State and beneficially owned by an enterprise of the other State on or after January 1, 1998, less than 60 percent of the general rate of company tax applicable in the other State, but the tax so charged shall not exceed 15 percent of the gross amount of such interest. However, the provisions of this paragraph shall not apply to interest derived in connection with or incidental to the active conduct of a trade or business carried on by the permanent establishment in the third jurisdiction (other than the business of making or managing investments, unless these activities are banking or insurance activities carried on by a bank or insurance company).	**royalties arising in the first-mentioned State and beneficially owned by an enterprise of the other State before January 1, 1998, less than 50 percent of the general rate of company tax applicable in the other State, and in the case of royalties arising in the first-mentioned State and beneficially owned by an enterprise of the other State on or after January 1, 1998, less than 60 percent of the general rate of company tax applicable in the other State, but the tax so charged shall not exceed 15 percent of the gross amount of such royalties.** However, the provisions of this paragraph shall not apply if the royalties are received as a compensation for the use of, or the right to use, intangible property produced or developed by the permanent establishment itself.

(Fonte: UNITED STATES. Internal Revenue Services, ***Tax Convention with the Netherlands,*** *general effective date under article 37: 1 January 1994,* ***grifo da autora****. Disponível em: <https://www.irs.gov/pub/irs-trty/nether.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020).*

Em suma, tais dispositivos autorizavam que o Estado da fonte tributasse os rendimentos originários em seu território a uma alíquota máxima de 15% caso tais rendimentos fossem atribuíveis a um estabelecimento permanente localizado em um terceiro Estado de baixa tributação. Neste ponto, ressalta-se que, a alíquota máxima de 15% para retenção na fonte fora estipulada com base na maior alíquota prevista nos tratados em matéria tributária firmados pelos Estados Unidos. [234]

Não obstante, o dispositivo antiabuso endereçado às estruturas triangulares fora adotado nos tratados subsequentes em matéria tributária com a França (1994),

[234] RUST, Alexander; WOHRER, Viktoria, Anti-Abuse Clauses for Permanent Establishments Located in Third Countries *in*: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale Pistone; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; SOTRCK, Alfred (eds.). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, pp. 4-5.

Áustria (1996), Luxemburgo (1996), Suíça (1996), África do Sul (1997) e Irlanda (1997). [235]

Movendo-se mais adiante, o novo modelo de Convenção adotado pelos Estados Unidos fora publicado em 2016[236] e refletiu à política adotada pelo *U.S. Treasury Department* desde meados do século XX, através da qual os tratados em matéria tributária além de evitar a dupla tributação não devem criar oportunidades para não-tributação ou redução da tributação decorrente de evasão e elusão fiscal.[237]

Particularmente, tal política está presente no novo preâmbulo adotado pelo Modelo dos EUA ao aludir e condenar declaradamente iniciativas que almejem *treaty shopping.*[238] Ademais, uma versão revisada da cláusula antiabuso específica para estruturas triangulares com estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado foi inserida no (novo) artigo 1(8) do Modelo dos EUA.

A nova cláusula possui a seguinte redação:

> Where an enterprise of a Contracting State derives income from the other Contracting State, and the first-mentioned Contracting State treats that income as attributable to a permanent establishment situated outside of that Contracting State, the benefits of this Convention shall not apply to that income if:
> a) the profits that are treated as attributable to the permanent establishment are subject to a combined aggregate effective rate of tax in the first-mentioned Contracting State and the state in which the permanent establishment is situated that is less than the lesser of (i) 15 percent or (ii) 60 percent of the general statutory rate of company tax applicable in the first-mentioned Contracting State; or
> b) the permanent establishment is situated in a third state that does not have a comprehensive convention for the avoidance of double taxation in force with the Contracting State from which the benefits of this Convention are being claimed, unless the first-mentioned Contracting State includes the income treated as attributable to the permanent establishment in its tax base.
> However, if a resident of a Contracting State is denied the benefits of this Convention pursuant to this paragraph, the competent authority of the other Contracting State may, nevertheless, grant the benefits of this Convention

---

[235] FETT, Emily. **Triangular Cases: The Application of Bilateral Income Tax Treaties in Multilateral Situation**, Volume 29 in the Doctoral Series, Amsterdam: IBFD, 2014, p. 306; RUST, Alexander; WOHRER, Viktoria, Anti-Abuse Clauses for Permanent Establishments Located in Third Countries *in*: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale Pistone; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; SOTRCK, Alfred (eds.). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, p. 4.

[236] Disponível em: <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Treaty-US%20Model-2016.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[237] U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. Press Center. **Treasury Announces Release of 2016 U.S. Model Income Tax Treaty**, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/jl0356.aspx> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[238] U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. **Preambule to 2016 U.S. Model Income Tax Convention (2016)**. Disponível em: <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Preamble-US%20Model-2016.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

> with respect to a specific item of income if such competent authority determines that such grant of benefits is justified in light of the reasons such resident did not satisfy the requirements of this paragraph (such as the existence of losses). The competent authority of the Contracting State to which the request has been made shall consult with the competent authority of the other Contracting State before either granting or denying a request made under this paragraph by a resident of that other Contracting State. [239]

Finalmente, interessante observar que, a nova cláusula contida no artigo 1(8) do Modelo dos EUA passa a ser aplicável a quaisquer tipos de rendimentos (e não somente para certos tipos de rendimentos) e deixou de prever uma alíquota máxima de retenção na fonte pelo Estado da fonte (antes de 15%).[240]

Sob tal ótima, a ausência de alíquota máxima de retenção na fonte no artigo 1(8) do Modelo dos EUA, poderá resultar em uma alta carga tributária, caso o Estado da fonte aplique uma alíquota interna elevada para tais rendimentos, como o próprio EUA que possuem uma alíquota interna de retenção na fonte de 30% para dividendos, juros e *royalties* – por exemplo.[241]

3.2 AS CLÁUSULAS ANTIABUSO NO MODELO DE CONVENÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA DA OCDE

Através do presente item será traçado o caminho percorrido por uma das principais Organizações Internacionais, qual seja, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) no que tange ao combate ao abuso de tratados em matéria tributária.

Dessa forma, inicialmente, narrar-se-á, ainda que brevemente, à inclusão de cláusulas antiabusos nos Modelos de Convenção publicados pela OCDE para então, expor à inclusão da cláusula antiabuso específica enderença à combater os abusos de tratados decorrentes da utilização de estruturas triangulares com estabelecimento permanente no pré e pós-BEPS era, bem como junto ao *Multilateral Convention to*

---

[239] U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. **United States Model Income Tax Covention,** 2016, pp.3-4.
[240] U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. **Preambule to 2016 U.S. Model Income Tax Convention (2016)**. Disponível em: <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Preamble-US%20Model-2016.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.
[241] U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. **Preambule to 2016 U.S. Model Income Tax Convention (2016)**. Disponível em: <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Preamble-US%20Model-2016.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting (MLI).

De tal modo, o primeiro registro referente ao trabalho da OCDE no que tange à criação de regras antiabuso pode ser encontrado na introdução do Projeto de Convenção de 1963 que, após sofrer algumas revisões, deu origem ao Modelo da OCDE de 1977.

Particularmente, no Modelo de 1977[242] fora adicionado uma seção focada no uso impróprio da convenção (abuso de tratado), conforme trecho transcrito a seguir:

> The Committee on Fiscal Affairs has examined the question of the improper use of double taxation conventions but, in view of the complexity of the problem, it has limited itself, for the time being, to discussing the problem briefly in the Commentary on Article 1 and to settling a certain number of special cases [...]. The Committee intends to make an in-depth study of such problems and of other ways of dealing with them. [243]

Corroborando com o trecho transcrito acima, o (novo) comentário ao artigo 1 aduziu – ainda que brevemente – que os tratados em matéria tributária não deveriam promover a evasão e elusão fiscal e, portanto, os Estados Membros da OCDE que estivessem preocupados com este cenário deveriam adotar medidas endereçadas a combater tais práticas em suas legislações internas. Mais ainda, recomendou-se que, a fim de preservar à aplicação das legislações internas adotadas para combater tais práticas, os Estados Membros deveriam fazer constar sua intenção nos tratados em matéria tributária de forma explícita. [244]

Seguindo essa linha, nos anos posteriores, a OCDE promoveu diversos estudos nesta questão, os quais deram origem à publicação de dois relatórios em 1987[245], são eles: (i) *1987 Report on Double Tax Convention and the Use of Conduit Companies*[246] e (ii) *1987 Report on Double Tax Convention and the Use of Base Companies*.

---

[242] Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-double-taxation-convention-on-income-and-capital_9789264055919-en#page1> Acesso 08 de fevereiro de 2020.
[243] OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 1977, p.15.
[244] IRAWAN, Romi. Historical Development on the OECD's Work on Treaty Abuse i*n* BLUM, Daniel; SEILER, Markus (eds.), **Preventing Treaty Abuse**, 1st edition (Vienna: Linde, 2016) p. 7.
[245] OECD, **Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies** (Paris: OECD, 1987) e OECD, **Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies** (Paris: OECD, 1987).
[246] Segundo Ricardo Lobo Torres: "*conduit company* é a companhia canalizadora, isto é, a empresa que canaliza os benefícios abusivos em favor de quem não é verdadeiramente parte do tratado." TORRES, Ricardo Lobo. **Planejamento tributário: elisão e evasão fiscal**. 2ed. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2013, p. 83. Ainda, para Romi Irawan: "a situation in which a person resident in a given state who is not entitled to the benefit of a tax treaty sets up an entity in another state in order to obtain those treaty benefits that are not directly available to him. Such an entity is called conduit company." IRAWAN, Romi. Historical Development on the OECD's Work on Treaty Abuse i*n* BLUM,

Sucintamente, o primeiro relatório mencionado acima concentrou-se na proteção das vantagens tributárias a serem concedidas no Estado da fonte dos rendimentos de empresas controladas, enquanto, o segundo relatório mencionado acima fora centrado na minimização do imposto devido no Estado de residência das empresas controladoras.[247]

Movendo-se mais adiante, em 1992, fora publicada uma nova versão do Modelo de Convenção da OCDE, através da qual restou claramente evidenciada à crescente atenção da Organização para as situações resultantes em evasão e elusão fiscal através do uso indevido dos tratados em matéria tributária. Nesta perspectiva, veja o trecho extraído da (nova) introdução contida no Modelo de 1992, *in verbis*: "The Committee on Fiscal Affairs continues to examine both the improper use of tax conventions and international tax evasion".[248]

Neste ponto, importante ressaltar que muitas das conclusões contidas nos relatórios publicados em 1987 e aqui mencionados anteriormente, foram inseridas no comentário ao artigo 1 do Modelo de 1992. Como exemplo, podemos apontar o parecer contido no relatório *1987 Report on Double Tax Convention and the Use of Conduit Companies,* segundo o qual, a *conduit company* não poderia ser excluída do escopo de aplicação dos tratados em matéria tributária, salvo nos casos em que cláusulas específicas para tal finalidade tenham sido inseridas no tratado. [249]

Mais especificamente, ainda em 1992, a OCDE publicou o relatório *Report on Triangular Cases*[250]*,* o qual sugeriu mudanças no artigo 24 do Modelo OCDE. Sendo a primeira vez que os problemas relacionados ao uso de estruturas triangulares com estabelecimento permanente foram efetivamente tratados pela OCDE.

Assim, de acordo com relatório dos casos triangulares*,* os benefícios concedidos por um tratado em matéria tributária firmado entre o Estado de residência e o Estado

---

Daniel Blum; SEILER, Markus (eds.), **Preventing Treaty Abuse**, 1st edition (Vienna: Linde, 2016) p. 4-5.

[247] Para maiores informações, ver: IRAWAN, Romi. Historical Development on the OECD's Work on Treaty Abuse i*n* BLUM, Daniel; SEILER, Markus (eds.), **Preventing Treaty Abuse**, 1st edition (Vienna: Linde, 2016) p. 4-6.

[248] OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 1992, p.16. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-september-1992_mtc_cond-1992-en#page1> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[249] IRAWAN, Romi. Historical Development on the OECD's Work on Treaty Abuse i*n* BLUM, Daniel Blum; SEILER, Markus (eds.), **Preventing Treaty Abuse**, 1st edition (Vienna: Linde, 2016) p. 6.

[250] Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2014-full-version/r-11-triangular-cases_9789264239081-104-en#page1> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

da fonte poderiam ser concedidos aos rendimentos originários no Estado da fonte e atribuíveis a um estabelecimento permanente localizado em um terceiro Estado somente nos casos em que tais rendimentos fossem tributados “normalmente”. [251]

Todavia, o dispositivo contido no relatório endereçado para estruturas triangulares foi considerado precário, uma vez que o mesmo não estipulou um limiar claro a fim de atingir a “tributação normal” desejada para obtenção dos benefícios do tratado. [252]

Não obstante, ciente de que a concorrência tributária internacional sob a forma de práticas tributárias prejudiciais pode distorcer os padrões comerciais e de investimento, além de corroer as bases tributárias nacionais ao transferir parte da carga tributária para bases tributárias menos móveis, a OCDE publicou, em 1998, um relatório abrangendo à concorrência tributária prejudicial (*report on Harmful Tax Competition*) [253], através do qual fez várias recomendações sobre mudanças nos tratados em matéria tributária.

Particularmente, recomendou-se que os tratados em matéria tributária fossem revisados com vistas a negar ou restringir os benefícios do tratado relacionados aos rendimentos derivados de práticas fiscais prejudiciais. [254]

Posteriormente, após mais de 10 anos, a nova versão do Modelo de Convenção da OCDE fora publicada em 2003[255], apresentando alterações no que tange aos casos de abuso de tratado. Dessa forma, o comentário ao artigo 1 do Modelo de 2003, expressou que um dos principais objetivos daquele Modelo era evitar a evasão e elusão fiscal, bem como que o mesmo deveria ser interpretado com vistas a evitar abusos de tratado. [256]

---

[251] RUST, Alexander; WOHRER, Viktoria, Anti-Abuse Clauses for Permanent Establishments Located in Third Countries *in*: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale Pistone; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; SOTRCK, Alfred (eds.). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, p. 4.

[252] RUST, Alexander; WOHRER, Viktoria, Anti-Abuse Clauses for Permanent Establishments Located in Third Countries *in*: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale Pistone; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; SOTRCK, Alfred (eds.). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, p. 4.

[253] Para maiores informações, ver: OECD. **Harmful Tax Competition**: An Emerging Global Issue, 1998. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/harmful-tax-competition_9789264162945-en#page1> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[254] IRAWAN, Romi. Historical Development on the OECD's Work on Treaty Abuse i*n* BLUM, Daniel; SEILER, Markus (eds.), **Preventing Treaty Abuse**, 1st edition (Vienna: Linde, 2016) p. 7.

[255] Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2003_mtc_cond-2003-en#page1> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[256] IRAWAN, Romi. Historical Development on the OECD's Work on Treaty Abuse i*n* BLUM, Daniel; SEILER, Markus (eds.), **Preventing Treaty Abuse**, 1st edition (Vienna: Linde, 2016) pp. 7-9.

Através da leitura do comentário ao artigo 1 do Modelo de 2003, é possível observar o reconhecimento pela OCDE de que os benefícios do tratado não poderiam ser concedidos em relação às transações que venham a constituir abuso pelo uso inadequado da Convenção. Todavia, não se apresentou uma definição de transação abusiva a fim de direcionar à não-concessão dos benefícios do tratado pelos Estados-membros. [257]

Importante observar que, até a narrativa aqui construída, as iniciativas endereçadas ao uso inadequado de tratado em matéria tributária somente foram incluídas nos comentários e não em um artigo específico no Modelo da OCDE, bem como foram materializadas em forma de uma regra geral antiabuso[258] (*general anti-abuse rule – GAAR*) e, portanto, não endereças à utilização de uma estrutura de negócios específica.

Finalmente, encerrando o período pré-BEPS era, o Modelo de Convenção da OCDE fora atualizado em outras oportunidades (2005, 2008, 2010, 2014 e 2016) sem qualquer nova contribuição substancial neste sentido.

3.2.1 O projeto BEPS

A exploração das lacunas e assimetrias (*mismatches*) existentes nos tratados em matéria tributária além de possibilitar a transferência artificial de lucros para jurisdições de baixa tributação[259], também fora apontada como alavanca para a não-tributação da renda transfronteiriça. [260]

A corroborar o exposto acima, a OCDE, a pedido do Grupo dos 20 (G20), criou o projeto BEPS, no qual várias medidas foram implementadas e cristalizadas em 15 ações.

---

[257] Para maiores detalhes, ver: comentário ao artigo 1. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2013.

[258] Para maiores informações de regra antiabuso específica, ver: PÉREZ, Rafael Ramírez Moreno. The New General Anti-Abuse Rule in Article 29(9) *in*: BINDER, Ana; WOHRER, Viktoria (eds.), **Special Features of the UN Model Convention**, 1st edition, Vienna: Linde, 2019, pp. 617-637.

[259] OECD. **What is BEPS?** Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/about/> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[260] UNITED NATIONS. **World Investment Report 2015 - Reforming International Investment Governance, United Nations Conference on Trade and Development (**UNCTAD), p. 200 e ss. Disponível em: <https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf> Acesso 29 de maio de 2019.

Em particular, o relatório final da Ação 6 identificou o abuso de tratados e *treaty shopping* como uma das principais preocupações do projeto BEPS. Para tanto, a Ação 6 do projeto BEPS propôs 3 dispositivos (ou cláusulas) endereçadas a combater os abusos de tratados[261], são eles: (i) uma nova cláusula de limitação de benefícios (LoB)[262]; (ii) uma regra de estabelecimento permanente localizado no terceiro Estado e (iii) teste do propósito principal (PPT)[263].

Essencialmente no que tange ao objeto do presente trabalho, observe que, no âmbito da OCDE, a intenção de criar uma regra antiabuso específica (*specific anti-abuse rule* – SAAR) endereçada ao uso de estruturas triangulares com estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado de baixa ou zero tributação somente fora abordada no projeto BEPS.[264]

Movendo-se mais adiante, o relatório final da Ação 6 do projeto BEPS fora publicado em outubro de 2015 e, restou consignado que, a regra de estabelecimento permanente localizado no terceiro Estado deverá ser aplicável a qualquer item de rendimento quando o imposto sobre os lucros atribuídos a um estabelecimento permanente localizado no terceiro Estado for inferior a 60% do imposto que teria sido exigido da empresa sede situada no Estado de residência.[265]

Como se assim não o fosse, o relatório final da Ação 6 do projeto BEPS estabeleceu um nível mínimo de proteção (*minimum standard*) contra o abuso de tratados, o qual exige que os Estados Contratantes incluam, expressamente, nos tratados em matéria tributária, a intenção comum de eliminar dupla tributação sem criar oportunidades para não-tributação ou mesmo tributação reduzida através de evasão e elusão fiscal, incluindo *treaty shopping.*[266]

---

[261] OECD. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances**. Action 6, 2015 Final Report, p. 10.

[262] Regra específica antiabuso baseada na limitação de benefícios de um tratado a qual abrange um grande número de situações envolvendo *treaty shopping,* amparada na natureza jurídica, direito de propriedade e atividades gerais de residentes de um dos Estados Contratantes. Para maiores informações, ver: OECD. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances**. Action 6, 2015 Final Report, p. 18

[263] Regra geral antiabuso, analisa se a principal finalidade de uma transação ou acordo comercial é a obtenção dos benefícios dos tratados. Para maiores informações, ver: OECD. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances**. Action 6, 2015 Final Report, pp. 18-19.

[264] OECD. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances**. Action 6, 2015 Final Report, p. 10.

[265] A aplicação da regra de estabelecimento permanente localizado no terceiro Estado será analisada no capítulo seguinte.

[266] OECD. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances**. Action 6, 2015 Final Report, p. 10.

Paralelamente, além de constar – expressamente - o intento comum – nos tratados em matéria tributária, a fim de adotar o nível mínimo de proteção exigido, deverá ser implementado: (i) uma abordagem combinada dos dispositivos LoB e PPT; (ii) somente a regra do PPT ou (iii) a cláusula LoB combinada com um mecanismo (interno) endereçado à criar um código de conduta de financiamento (*conduit financing arrangements*) não acordado nos tratados em matéria tributária.[267]

Curiosamente, a regra de estabelecimento permanente localizado no terceiro Estado não foi incluída como padrão mínimo no relatório final do projeto BEPS.

A nova versão do Modelo da OCDE fora publicada em 2017[268] e incluiu disposições antiabuso, bem como um novo título do modelo de tratado o qual faz referência expressa à prevenção da elusão fiscal. Como se assim não o fosse, fora introduzido um novo preâmbulo, o qual prevê expressamente que o novo Modelo não pretende criar novas oportunidades para elusão fiscal ou permitir abusos de tratado.

O Modelo de 2017 trouxe disposições relativas ao direito de desfrutar dos benefícios de tratados através da inserção de um novo artigo 29, especificamente, uma nova cláusula LoB (parágrafos 1 a 7), uma regra de estabelecimento permanente localizado no terceiro Estado (parágrafo 8) e uma nova cláusula de PPT (parágrafo 9). O objetivo e linguagem empregados no artigo 29 do Modelo OCDE derivam do relatório final da Ação 6 do projeto BEPS.[269]

Neste ponto ressalta-se que, o presente trabalho tem como foco apenas o artigo 29(8), sendo que a redação da nova cláusula endereçada a estabelecimento permanente localizado no terceiro Estado será apresentada no capítulo a seguir.[270]

---

[267] Ver: parágrafos 1-4 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, pp. 516-518.

[268] Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page1> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[269] FALCÃO, Tatiana. Recent Developments in the Workflow of the U.N. Tax Committee of Experts, **Tax Notes International**, 2018, pp. 525-552.

[270] Para maiores informações sobre a cláusula LoB contida no artigo 29(1) a (7), ver: OLZHABAYEVA, Dana. The New Limitation on Benefits (LoB) in Article 29 of the UM Model *in*: BINDER, Ana; WOHRER, Viktoria (eds.), **Special Features of the UN Model Convention**, 1st edition, Vienna: Linde, 2019, pp. 555-589. Para a nova cláusula do PPT no artigo 29(9), ver: PÉREZ, Rafael Ramírez Moreno. The New General Anti-Abuse Rule in Article 29(9) *in*: BINDER, Ana; WOHRER, Viktoria (eds.), **Special Features of the UN Model Convention**, 1st edition, Vienna: Linde, 2019, pp. 617-637.

3.2.2 O MLI (*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*)

Inicialmente, faz-se necessário mencionar que, as medidas projetas no projeto BEPS estão concentradas no combate às práticas relacionadas à erosão de base tributária e transferência de lucros tanto no nível internacional como no nível nacional ou mesmo através de recomendações de melhores práticas. [271]

Neste cenário, restou reconhecida pela OCDE a dificuldade de renegociar os mais de 3.000 tratados (bilaterais) em matéria tributária vigentes, sendo indesejável uma lentidão nas negociações sob à perspectiva defendida pelo projeto BEPS – o qual fora concebido em favor de uma ação concentrada para acabar com tais práticas.[272]

A corroborar o acima exposto, restou assentado que um Instrumento Multilateral seria o melhor modo de endereçar as questões relativas as práticas relacionadas à erosão de base tributária e transferência de lucros baseadas nos tratados em matéria tributária. [273]

Em particular, o relatório final da Ação 15 do projeto BEPS identificou a necessidade de desenvolver um tratado multilateral a fim de possibilitar que os países interessados em implementar às medidas dispostas no projeto BEPS o façam de forma mais eficaz.[274]

Assim, o *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* (MLI) [275], fora concebido a fim de auxiliar à implementação das medidas desenvolvidas por meio do projeto BEPS nos tratados bilaterais já existentes de forma sincronizada e eficiente, com enfoco em: (i) neutralizar

---

[271] OECD. **Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties**. Action 15, 2015 Final Report, p. 3.
[272] OECD. **Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting**, 2016, p. 1. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.
[273] OECD. **Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties**. Action 15, 2015 Final Report, pp. 9-10.
[274] OECD. **Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties**. Action 15, 2015 Final Report, pp. 9-10.
[275] O tema da integração entre os tratados latino-americanos e o MLI foi bem tratado na XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario *in* **Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario**, ILADT, 2015. No caso específico brasileiro isso foi refletido no relatório nacional produzido por Sérgio André Rocha, pp. 772-785 e na comunicação técnica produzida por Jonathan Barros Vita, pp *978-987*. a qual deu ênfase à política de negociação de tratados em matéria tributária adotada pelo Brasil *vis-a-vis* o MLI.

os efeitos dos *hybrid mismatch arrangements* (Ação 2); (ii) impedir abusos de tratado (Ação 6); (iii) evitar a alteração artificial do *status* de estabelecimento permanente (Ação 7) e (iv) melhorar a resolução de conflitos - *MAP* (Ação 14).[276]

O Instrumento Multilateral (MLI) não substitui os tratados em matéria tributária existentes e fora projetado para ser lido juntamente com estes.[277] De tal modo, o MLI e uma declaração explicativa foram publicados em novembro de 2016, entrando em vigor apenas em julho de 2018.[278]

Movendo-se mais especificamente no que tange ao objeto do presente trabalho, o artigo 10 do MLI foi baseado no conteúdo apresentado no relatório final da Ação 6 do projeto BEPS e é semelhante à redação contida no artigo 29(8) do Modelo OCDE.

Neste ponto ressalta-se que, a redação do artigo 10 do MLI e os seus efeitos de aplicação serão analisados no capítulo a seguir.

3.3 AS CLÁUSULAS ANTIABUSO NO MODELO DE CONVENÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA DA ONU

A principal contribuição deste item será promover historicamente o caminho percorrido pela Organização das Nações Unidas (ONU) no que tange ao combate ao abuso de tratados e *treaty shopping*.

Para tanto, inicialmente, narrar-se-á, ainda que brevemente, à inclusão de cláusulas antiabusos nos Modelos de Convenção publicados pela ONU para então, expor à inclusão de cláusula antiabuso específica enderença ao combate dos abusos de tratados decorrentes da utilização de estruturas triangulares elusivas.

Assim, faz-se necessário aludir que, o trabalho da ONU em matéria tributária iniciou-se – formalmente – em 1968, quando um grupo de especialistas (*Ad Hoc Group of Experts)* fora designado pelo Secretário Geral das Nações Unidas para elaborar um modelo de tratado em matéria tributária a ser utilizado entre países desenvolvidos e

---

[276] Ver: OECD. **Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties**. Action 15, 2015 Final Report, p. 3; OECD. **Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties**. Action 15, 2015 Final Report.

[277] OECD. **Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties**. Action 15, 2015 Final Report, pp. 20-21.

[278] Disponíveis em: https://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm (acesso 08 de fevereiro de 2020).

países em desenvolvimento. Em consequência, o primeiro Modelo da ONU fora publicado somente em 1980. [279]

Particularmente, o grupo de especialistas avaliou às questões relativas ao combate ao abuso de tratados em três reuniões do grupo, quais sejam, na segunda realizada em 1987; na quarta realizada em 1987 e na décima primeira realizada em 2013.[280]

Neste ponto, ressalta-se que, durante a décima primeira reunião, a discussão principal teve como foco apenas se deveriam ser implementadas no Modelo da ONU as alterações realizadas no comentário ao artigo 1 do Modelo da OCDE de 2013. Todavia, o grupo de especialistas decidiu por postergar qualquer alteração do Modelo da ONU no que tange ao abuso de tratados em matéria tributária. [281]

Somente a título de esclarecimento, aquele grupo de especialistas, após alguns anos, foi convertido em um Comitê denominado *Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters.* Fato é que, este Comitê da ONU fora formado para oferecer especial atenção aos países em desenvolvimento e aos países com economias em transição. [282]

O Comitê se reuniu anualmente entre 2005 e 2008, todavia, o novo modelo de tratado em matéria tributária da ONU fora publicado somente em 2011, o qual apenas implementou às alterações realizadas no comentário ao artigo 1 do Modelo da OCDE de 2013. [283]

Seguindo essa linha, importante observar que, a atualização do Modelo de 2011[284] revelou um intervalo de tempo de mais de 10 anos para ser realizada (haja

---

[279] O Modelo de Convenção da ONU de 1980 seguiu o conjunto padrão inserido no Modelo da OCDE à época e, portanto, não se faz necessário maiores comentários no que tange ao combate dos abusos de tratados. Encontra-se disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/13957> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[280] ROSENBLATT, Paulo. **General Anti-Avoidance Rules for Major Developing Countries**, Aphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, 2015, pp.3-4.

[281] ROSENBLATT, Paulo. **General Anti-Avoidance Rules for Major Developing Countries**, Aphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, 2015, pp.3-4.

[282] BALCO, Tomas. **Specific Interpretation and Aplication of Treaties on Avoidance of Double Taxation,** Masaryk University (Dissertation 2017/2018), p. 124.

[283] Para maiores informações, ver: ROSENBLATT, Paulo. **General Anti-Avoidance Rules for Major Developing Countries**, Aphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, 2015.

[284]Disponível em: <https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/09/UN_Model_2011_Update.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

vista que a versão anterior era de 2001[285]) e tratou do combate ao abuso de tratados em matéria tributária apenas nos comentários.[286]

A ação efetiva do Comitê em relação à melhoria da Convenção e da força do Modelo da ONU no cenário internacional em comparação com o Modelo da OCDE, por exemplo, é questionável até esse período.

Fato é que, nenhum avanço importante fora realizado pela ONU em relação ao uso inadequado de tratados até o projeto BEPS, provavelmente porque os países em desenvolvimento utilizavam (e ainda utilizam) de incentivos fiscais para atrair investimentos estrangeiros.[287]

Movendo-se mais adiante, com o advento do projeto BEPS, o Comitê decidiu estabelecer um Subcomitê destinado a tratar dos problemas relacionados à erosão de base tributária e transferência artificial de lucros junto aos países em desenvolvimento (*Subcommittee on Base Erosion and Profit Shifting Issues for Developing Countries*).[288]

Sob o ponto de vista prático, uma importante contribuição do trabalho realizado pelo Subcomitê foi o *feedback* recebido dos países em desenvolvimento, reconhecendo que a erosão de base e transferência artificial de lucros impactou consideravelmente na mobilização de recursos domésticos e, por consequência, na perda de receitas tributárias e no aumento de custos para cobrança de tributos.[289]

Assim, seguindo as tendências internacionais, a nova versão do Modelo da ONU foi publicada em 2017[290] e incluiu disposições antiabuso de tratados, bem como um novo título no modelo de tratado o qual faz referência expressa à prevenção de elusão fiscal. Como se assim não o fosse, fora introduzido um novo preâmbulo, o qual

---

[285] O Modelo de Convenção da ONU de 2001 não apresentou qualquer avanço no que tange ao objeto de estudo deste capítulo e, portanto, não será realizada qualquer consideração ao mesmo. Encontra-se disponível em: <https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/09/DoubleTaxation.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[286] KOSTERS, Bart. The United Nations Model Tax Convention and Its Recent Developments, **Asia-Pacific Tax Bulletin**, 2004, pp. 4-5.

[287] Nesse sentido, ver: KOSTERS, Bart. The United Nations Model Tax Convention and Its Recent Developments, **Asia-Pacific Tax Bulletin**, 2004.

[288] UNITED NATIONS. **United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries,** edited by Alexander Trepelkov, Harry Tonino and Dominika Halka, 2sd. Edition, New York, 2017, pp. ix-x.

[289] UNITED NATIONS. **United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries,** edited by Alexander Trepelkov, Harry Tonino and Dominika Halka, 2sd. Edition, New York, 2017, pp. ix-x.

[290] Para maiores informações, ver: UNITED NATIONS. **Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, 2017**. Disponível em: <https://www.un.org/esa/ffd//wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf> Acesso 20 de fevereiro de 2020.

prevê expressamente que o novo Modelo não pretende criar novas oportunidades para elusão fiscal ou permitir abusos de tratado.

Essa nova abordagem esclarece o novo objetivo e propósito do Modelo de Convenção da ONU, além de assumir uma perspectiva diferente em comparação com o que poderia ter sido adotado no passado.[291]

Como se assim não o fosse, o Modelo de 2017 trouxe disposições relativas ao direito de desfrutar dos benefícios de tratados em matéria tributária através da inserção de um novo artigo 29, especificamente, uma nova cláusula LoB (parágrafos 1 a 7), uma regra de estabelecimento permanente localizado no terceiro Estado (parágrafo 8) e uma nova cláusula de PPT (parágrafo 9). O objetivo e linguagem empregados no artigo 29 do Modelo da ONU derivam do relatório final da Ação 6 do projeto BEPS.[292]

Especificamente, o novo artigo 29(8) do Modelo da ONU fora incluído para enfrentar o uso estruturas triangulares com estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado e permitir que o Estado da fonte negue benefícios do tratado, sendo que, a redação da nova cláusula será apresentada no capítulo a seguir.[293]

---

[291] FALCÃO, Tatiana. Recent Developments in the Workflow of the U.N. Tax Committee of Experts, **Tax Notes International,** 2018, pp. 525-552.
[292] Para maiores informações, ver: FALCÃO, Tatiana. Recent Developments in the Workflow of the U.N. Tax Committee of Experts, **Tax Notes International**, 2018, pp. 525-552.
[293] Nesse sentido: UNITED NATIONS. **Report on the twelfth and thirteenth Sessions of the Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters** (E/2016/45-E/C.18/2016/7).

4 ARTIGO 29(8): UM PARALELO ENTRE OS MODELOS DE CONVENÇÃO DA OCDE E ONU

Inicialmente, deve-se ressaltar que o artigo 29(8) do Modelo OCDE classifica-se como uma regra antiabuso especifica (SAAR), através do qual, nega-se os benefícios do tratado nos casos em que os rendimentos originários no Estado da fonte são atribuíveis a um estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado e sujeitos à baixa ou zero tributação. [294]

Sob o ponto de vista prático, visou-se circundar os planejamentos tributários considerados abusivos, nos quais o contribuinte faz uso de estruturas triangulares para transferir artificialmente ativos geradores de rendimentos para um estabelecimento permanente situado em um terceiro Estado que não tributa o lucro destes rendimentos ou ainda, oferece um tratamento preferencial.[295]

Não obstante, o dispositivo em análise contém um teste denominado *subject to tax,* através do qual o contribuinte sediado no Estado de residência poderá requerer o direito ao gozo de benefícios do tratado mesmo quando os critérios objetivos para a aplicação da regra antiabuso encontram-se preenchidos.[296]

A nova cláusula possui a seguinte redação:

> a) Where
> (i) an enterprise of a Contracting State derives income from the other Contracting State and the first-mentioned State treats such income as attributable to a permanent establishment of the enterprise situated in a third jurisdiction, and
> (ii) the profits attributable to that permanent establishment are exempt from tax in the first-mentioned State,
> the benefits of this Convention shall not apply to any item of income on which the tax in the third jurisdiction is less than the lower of [rate to be determined bilaterally] of the amount of that item of income and 60 per cent of the tax that would be imposed in the first-mentioned State on that item of income if that permanent establishment were situated in the first-mentioned State. In such a case any income to which the provisions of this paragraph apply shall remain taxable according to the domestic law of the other State, notwithstanding any other provisions of the Convention.
> b) The preceding provisions of this paragraph shall not apply if the income derived from the other State emanates from, or is incidental to, the active conduct of a business carried on through the permanent establishment (other than the business of making, managing or simply holding investments for the enterprise's own account, unless these activities are banking, insurance or

[294] Ver: parágrafo 163 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, pp. 585-586.
[295] Ver: parágrafo 161 do comentário ao artigo 29. OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capita**l, 2017, p. 585.
[296] FALCÃO, Tatiana. Recent Developments in the Workflow of the U.N. Tax Committee of Experts, **Tax Notes International**, 2018, pp. 525-552.

> securities activities carried on by a bank, insurance enterprise or registered securities dealer, respectively).
> c) If benefits under this Convention are denied pursuant to the preceding provisions of this paragraph with respect to an item of income derived by a resident of a Contracting State, the competent authority of the other Contracting State may, nevertheless, grant these benefits with respect to that item of income if, in response to a request by such resident, such competent authority determines that granting such benefits is justified in light of the reasons such resident did not satisfy the requirements of this paragraph (such as the existence of losses). The competent authority of the Contracting State to which a request has been made under the preceding sentence shall consult with the competent authority of the other Contracting State before either granting or denying the request. [297]

Paralelamente a isso, após analisar os tratados em matéria tributária firmados pelo Brasil, fora identificado apenas um tratado que contém uma cláusula semelhante ao disposto no artigo 29(8) do Modelo OCDE.

Assim, a Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República Argentina[298] destinada a eliminar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de imposto sobre a renda e sobre o capital, incluiu o artigo XXVII, parágrafo 4, o qual dispõe:

> Quando:
> a) uma empresa de um Estado Contratante receber rendimentos provenientes do outro Estado Contratante e o primeiro Estado Contratante considerar tais rendimentos como atribuíveis a um estabelecimento permanente da empresa situado em um terceiro estado; e
> b) os lucros atribuíveis a esse estabelecimento permanente forem isentos de impostos no primeiro Estado Contratante,
> os benefícios da presente Convenção não se aplicarão a nenhum componente de rendimento sobre o qual o imposto no terceiro Estado seja inferior a 60 por cento do imposto que teria sido exigido no primeiro Estado Contratante sobre tal componente de rendimento, caso esse estabelecimento permanente estivesse situado no primeiro Estado Contratante. Nesse caso, qualquer rendimento em relação ao qual as disposições deste parágrafo se aplicam permanecerá tributável conforme a legislação interna do outro Estado Contratante, não obstante qualquer outra disposição da presente Convenção.[299]

Portanto, primeiramente, o presente capítulo analisará detalhadamente a redação do artigo 29(8) e o texto do seu comentário contidos no Modelo OCDE, bem

---

[297] OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, pp. 49-50.

[298] O tratado em matéria tributário firmado entre Brasil-Argentina está disponível em: <http://receita.economia.gov.br/acesso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/argentina/decreto-no-9-482-de-27-de-agosto-de-2018> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[299] BRASIL. **Decreto n. 9.482, de 27 de agosto de 2018**, promulga o Protocolo de Emenda à Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República da Argentina Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda e seu Protocolo firmado em Mendonza em 21 de julho de 2017, DOU de 27.08.2018.

como o seu escopo de aplicação (4.1), perfazendo uma análise semântica e pragmática. Todo o aqui apresentado será confirmado ou infirmado através da utilização de exemplos hipotéticos.

Ainda, promover-se-á uma análise lógico-sintática do dispositivo em tela, a fim de construir sua norma padrão de incidência ao estabelecer analiticamente cada um de seus elementos componentes (4.2).

Posteriormente, será realizado um paralelo entre os Modelos de Convenção em matéria tributária da OCDE e ONU no que tange – especificamente – ao artigo 29(8) neles contidos (4.3). Mais adiante, o impacto da nova cláusula sob à ótica do *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting (MLI)* será analisado, inclusive com o levantamento dos países que optaram por incluí-la nos seus tratados (4.4).

4.1 ANÁLISE DO TEXTO E ESCOPO DO ARTIGO 29(8)

A principal contribuição deste item será promover uma análise semântica e pragmática do artigo 29(8) do Modelo OCDE, o qual autoriza o Estado da fonte dos rendimentos a negar os benefícios do tratado em situações abusivas – particularmente – onde o contribuinte utiliza-se de estruturas triangulares com vistas à transferir artificialmente ativos para um estabelecimento permanente situado um terceiro Estado que não tributa o lucro destes rendimentos ou ainda, oferece um tratamento preferencial (por exemplo: baixa tributação).

Para tanto, foram divididos os enunciados prescritivos em suas unidades mínimas (4.1.1 a 4.1.5) que permitissem uma análise semântico-pragmática, perfazendo a aplicação do método empírico-dialético.

4.1.1 Alusão ao termo "rendimento"

Nos termos do artigo 29(8), “a”, (i) do Modelo OCDE, se uma empresa residente em um Estado Contratante receber rendimentos provenientes de outro Estado contratante, e aquele Estado considerar tais rendimentos atribuíveis à estabelecimento permanente localizado em um terceiro Estado, os benefícios do

tratado não serão aplicados desde que observadas as demais condições para aplicação da cláusula abusiva que serão detalhadas nos subitens a seguir.

Portanto, ao utilizar o termo "rendimento", o dispositivo em tela alcançou qualquer situação em que uma empresa residente em um Estado Contratante atribua a um estabelecimento permanente localizado em um terceiro Estado, os rendimentos originários do Estado Contratante (ou Estado da fonte), independentemente se tais rendimentos constituírem lucros derivados de uma atividade empresarial. [300]

Sob o ponto de vista prático, o escopo da nova cláusula abrange todos os tipos de rendimentos originários no Estado da fonte e atribuíveis a um estabelecimento permanente localizado em um terceiro Estado, especialmente, os rendimentos passivos (tais como: dividendos, juros e *royalties*).[301]

Com o objetivo de especificamente ilustrar todo o aqui exposto, a alusão ao termo "rendimento" constante no artigo 29(8), "a", (i) do Modelo OCDE e o escopo de sua aplicação, utilizaremos das premissas abaixo:

- Empresa X é residente no Estado A e recebe juros originários do Estado B no valor de 50.000;
- Os juros no valor de 50.000 são atribuíveis a um estabelecimento permanente localizado no Estado C;
- A alíquota interna no Estado B é de 20%;
- O Estado C não tributa os lucros provenientes de tais rendimentos (alíquota interna: 0%).

No cenário em apreço, o Estado B deverá conceder os benefícios previstos no artigo 11, parágrafo 2 (Modelo OCDE[302]) do tratado em matéria tributária firmado

---

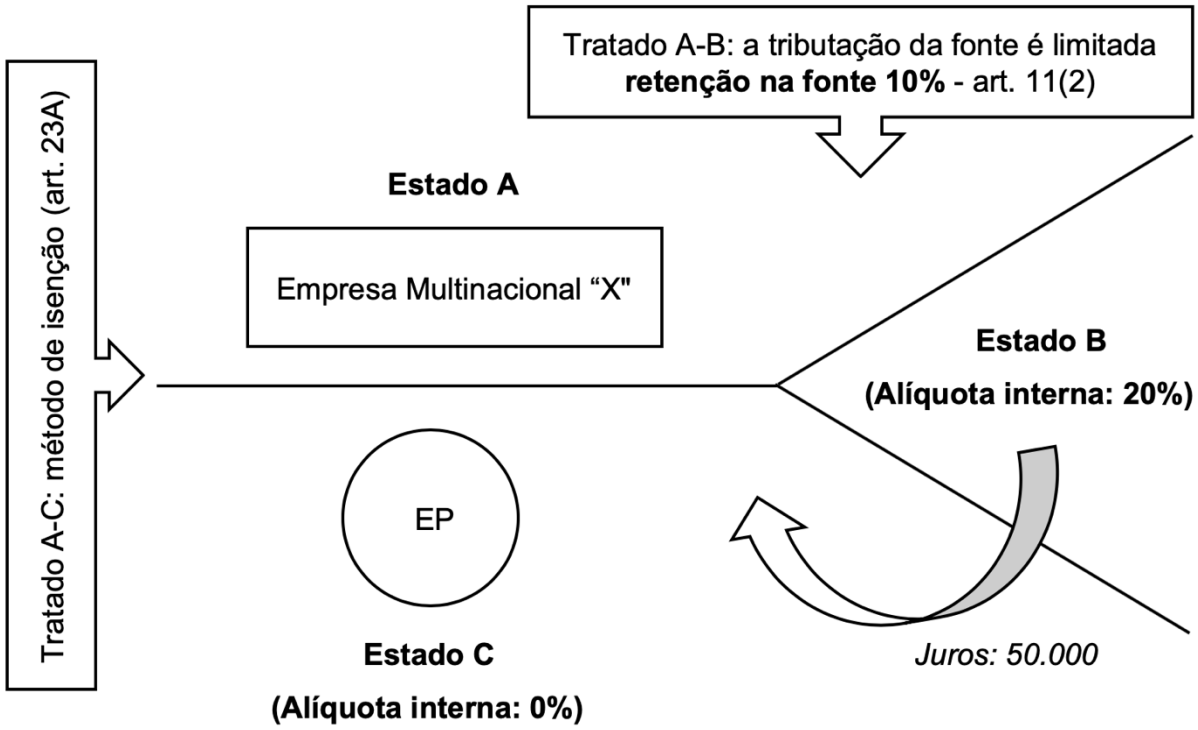
[300] Ver: parágrafo 164 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 586.

[301] Ver: parágrafo 71 do comentário ao artigo 24. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 424. Ainda, nesse sentido: RUST, Alexander; WOHRER, Viktoria, Anti-Abuse Clauses for Permanent Establishments Located in Third Countries *in*: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale Pistone; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; SOTRCK, Alfred (eds.). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, p. 9.

[302] Article 11. […] 2. However, interest arising in a Contracting State may also be taxed in that State according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the interest is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed 10 per cent of the gross amount of the interest. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the model of application of this limitation. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 36.

com o Estado A – o qual prevê uma alíquota de retenção na fonte de apenas 10%, por exemplo. Veja-se:

Figura 7 – Aplicação artigo 29(8) do Modelo OCDE (visão geral)



(Diagrama elaborado pela autora)

O padrão acima esboça os casos que se encaixam no escopo de aplicação do artigo 29(8) do Modelo OCDE e, em tais circunstâncias, o Estado B não sofrerá qualquer limitação de tributação constante no artigo 11(2) do tratado em matéria tributária firmado com o Estado A. Como resultado, Estado B poderá tributar os juros originários em seu território de acordo com sua legislação interna, qual seja, alíquota interna de 20%, ainda que esta seja superior ao disposto no tratado firmado entre o Estado A e o Estado B.

Por fim, faz-se necessário mencionar que, para que o Estado da fonte possa tributar os rendimentos originários em seu território, independentemente das disposições contidas no tratado em matéria tributária firmado com o Estado de residência, imperioso que sua legislação interna acoberte o tipo de rendimento ao qual se propõe a tributar.

4.1.2 Atribuível à estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado

Ainda, de acordo com o artigo 29(8), “a”, (i) do Modelo OCDE, uma das principais condições objetivas de aplicação da nova cláusula antiabuso é que o rendimento originário no Estado da fonte seja atribuível à estabelecimento permanente localizado em um terceiro Estado.

Portanto, a estrutura de negócios utilizada pela empresa sede situada no Estado de residência é relevante para aplicação do dispositivo em análise, uma vez que qualquer outra forma legal de estrutura de negócios (por exemplo: empresa subsidiária localizada em terceiro Estado) encontra-se fora do seu escopo de aplicação.

Desse modo, para se aplicar a regra contida no artigo 29(8) do Modelo OCDE, torna-se vital determinar a existência de um estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado e a atribuição efetiva do rendimento para esta entidade.

Ocorre que, se de um lado faz-se necessário determinar a existência de um estabelecimento permanente, de outro lado, o comentário ao artigo 29(8) do Modelo OCDE não forneceu qualquer orientação a fim de designar a existência de tal entidade eis que com a utilização de estruturas triangulares poderá existir três tratados em matéria tributária vigentes com critérios distintos para a constituição de um estabelecimento permanente.[303]

Em outras palavras, para se determinar a existência de um estabelecimento permanente em um terceiro Estado deverá ser utilizado o critério para constituição constante no tratado em matéria tributária firmado entre: (i) o Estado da fonte e o Estado de residência; (ii) o Estado da fonte e o terceiro Estado em que se localiza o estabelecimento permanente ou (iii) o Estado de residência e o terceiro Estado em que se localiza o estabelecimento permanente?

À primeira vista, parece que o melhor critério para a definição de estabelecimento permanente seria aquele constante no artigo 5 (Modelo OCDE[304]) ou em outro dispositivo instituído no tratado em matéria tributária firmado entre o Estado

[303] Nesse sentido, ver: parágrafos 161-168 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, pp. 585-587.
[304] Ver: artigo 5. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, pp. 31-33.

da fonte e o Estado de residência, eis que que nenhuma solução alternativa fora apresentada no comentário ao artigo 29(8) do Modelo OCDE.[305]

Todavia, tais critérios foram instituídos apenas para determinar a existência de estabelecimento permanente em um dos Estados Contratantes e, de forma diversa, a nova cláusula antiabuso abrange apenas estruturas de negócios que incluam a presença de um estabelecimento permanente situado em um terceiro Estado.

Corroborando com o entendimento exposto no parágrafo anterior, poder-se-ia questionar as situações nas quais os critérios para a definição de estabelecimento permanente constante no tratado em matéria tributária entre o Estado da fonte e o Estado de residência difere dos critérios para a definição de estabelecimento permanente constante no tratado em matéria tributária firmado entre o Estado de residência e o terceiro Estado em que se localiza o estabelecimento permanente, eis que a terceira jurisdição não é parte contratante junto ao primeiro tratado mencionado e consequentemente, não está obrigada a seguir as disposições ali contidas.[306]

Para se chegar a um resultado satisfatório, faz-se necessário recordar o cenário de evasão e elusão fiscal ao qual deu origem ao projeto BEPS (em particular, Ação 6) e adicionalmente, aos objetivos para a inclusão do artigo 29(8) no Modelo OCDE – apresentado nos capítulos anteriores.[307]

Portanto, com base no cenário em tela, seria contraditório ao escopo de aplicação da nova regra, se o rendimento atribuível a um estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado – o qual fora instituído conforme os critérios para a definição de estabelecimento permanente constante no tratado em matéria tributária firmado entre o Estado de residência e o terceiro Estado em que se localizada estivesse fora do escopo de aplicação do tratado em matéria tributária firmado entre o Estado de residência e o Estado da fonte, pois o Estado da fonte não é parte contratante.

---

[305] RUST, Alexander; WOHRER, Viktoria, Anti-Abuse Clauses for Permanent Establishments Located in Third Countries *in*: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale Pistone; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; SOTRCK, Alfred (eds.). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, pp. 10-11.

[306] RUST, Alexander; WOHRER, Viktoria, Anti-Abuse Clauses for Permanent Establishments Located in Third Countries *in*: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale Pistone; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; SOTRCK, Alfred (eds.). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, pp. 10-11.

[307] Nesse sentido, ver: OECD. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances**. Action 6, 2015 Final Report.

Por todo o exposto, a definição de estabelecimento permanente que se aplica para evitar baixa ou zero tributação em estruturas triangulares, nos termos do artigo 29(8) do Modelo OCDE, será aquela contida no tratado em matéria tributária firmado entre o Estado de residência e o terceiro Estado (ou estado onde se localiza o estabelecimento permanente).[308]

Ainda, conforme mencionado nos capítulos anteriores, eventual tratado em matéria tributária firmado entre o Estado da fonte e o terceiro Estado em que se localiza o estabelecimento permanente não é aplicável em situações triangulares – especialmente para fins de beneficio de tratado - eis que o estabelecimento permanente não é considerado residente para fins de aproveitamento do tratado.[309]

Paralelamente, de acordo com artigo 29(8), "a", (ii) do Modelo OCDE, os lucros atribuíveis ao estabelecimento permanente deverão ser isentos de impostos no Estado de residência. Logo, faz-se necessário, também, analisar sob quais critérios os lucros serão atribuíveis para um estabelecimento permanente.

De tal modo que, o artigo 7 do Modelo OCDE oferece uma regra especial de alocação no que tange aos lucros atribuíveis a um estabelecimento permanente. Nesta perspectiva, o direito de tributação destes lucros não será exercido pelo Estado onde esteja situada a empresa (ou Estado de residência), mas sim pelo Estado onde as atividades são realizadas através de um estabelecimento permanente (ou Estado onde se localiza o estabelecimento permanente).[310]

Sob o ponto de vista prático, os lucros atribuíveis a um estabelecimento permanente são aqueles que se poderia esperar caso a atividade fosse realizada através de uma empresa distinta e separada da empresa principal (desde que envolvida nas mesmas atividades ou em atividades similares e nas mesmas condições ou em condições semelhantes), levando-se em consideração – ainda – as funções desempenhadas, ativos utilizados e riscos assumidos por tal entidade.[311]

Finalmente, a fim de identificar os critérios para atribuição de lucros para um estabelecimento permanente em estruturas triangulares, o tratado em matéria tributária que deverá ser analisado será – novamente - aquele firmado entre o Estado

---

[308] RUST, Alexander; WOHRER, Viktoria, Anti-Abuse Clauses for Permanent Establishments Located in Third Countries *in*: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale Pistone; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; SOTRCK, Alfred (eds.). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, pp. 10-11.
[309] Especificamente, ver: capítulo 2 do presente trabalho.
[310] Ver: artigo 7, parágrafo 1. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 33.
[311] Ver: artigo 7, parágrafo 2. ECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 34.

de residência e o terceiro Estado (ou estado onde se localiza o estabelecimento permanente) e, se houver risco de baixa ou zero tributação na alocação destes, o artigo 29(8) do Modelo OCDE poderá ser aplicado.[312]

4.1.3 Isento de tributação no Estado de residência

Além disso, o artigo 29(8), "a", (ii) do Modelo OCDE dispõe que, os benefícios do tratado poderão ser negados caso o Estado de residência isente de tributação os lucros atribuíveis ao estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado através de um dispositivo semelhante ao artigo 23A do modelo OCDE incluído no tratado em matéria tributária firmado entre o Estado de residência e o terceiro Estado ou mesmo de acordo com a legislação interna do Estado de residência.[313]

Antes de analisarmos o dispositivo em tela, somente a título de esclarecimento, destaca-se que, o Modelo OCDE fornece dois métodos para evitar situações de dupla tributação, são eles: (i) o método de isenção contido no artigo 23A[314], através do qual, o Estado de residência exclui da base tributável os rendimentos ou o patrimônio obtido em outro Estado, desde que tributados neste

---

[312] RUST, Alexander; WOHRER, Viktoria, Anti-Abuse Clauses for Permanent Establishments Located in Third Countries *in*: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale Pistone; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; SOTRCK, Alfred (eds.). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, p. 11.

[313] Nesse sentido, ver: parágrafos 161-163 do comentário ao artigo 29. OCDE. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, pp. 585-586.

[314] Article 23A. 1. Where a resident of a Contracting State derives income or owns capital which may be taxed in the other Contracting State in accordance with the provisions of this Convention (except to the extent that these provisions allow taxation by that other State solely because the income is also income derived by a resident of that State or because the capital is also capital owned by a resident of that State), the first- mentioned State shall, subject to the provisions of paragraphs 2 and 3, exempt such income or capital from tax.

2. Where a resident of a Contracting State derives items of income which may be taxed in the other Contracting State in accordance with the provisions of Articles 10 and 11 (except to the extent that these provisions allow taxation by that other State solely because the income is also income derived by a resident of that State), the first- mentioned State shall allow as a deduction from the tax on the income of that resident an amount equal to the tax paid in that other State. Such deduction shall not, however, exceed that part of the tax, as computed before the deduction is given, which is attributable to such items of income derived from that other State.

3. Where in accordance with any provision of the Convention income derived or capital owned by a resident of a Contracting State is exempt from tax in that State, such State may nevertheless, in calculating the amount of tax on the remaining income or capital of such resident, take into account the exempted income or capital.

4. The provisions of paragraph 1 shall not apply to income derived or capital owned by a resident of a Contracting State where the other Contracting State applies the provisions of this Convention to exempt such income or capital from tax or applies the provisions of paragraph 2 of Article 10 or 11 to such income. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 42.

último[315] e (ii) o método de crédito contido no artigo 23B[316], através do qual, o Estado de residência deduz da base tributável uma importância igual ao imposto sobre rendimentos ou o patrimônio obtidos e pagos em outro Estado, podendo ser totalmente dedutível do imposto a pagar no Estado de residência (crédito integral) ou limitado ao que se deveria pagar no Estado de residência.[317]

Observe que, o Modelo OCDE não elegeu um método de preferência para evitar situações de dupla tributação e deixou a opção de escolha aos Estados Contratantes no momento da negociação de tratados em matéria tributária.[318]

Importante ressaltar que, no caso de estruturas triangulares com estabelecimento permanente, o método de crédito – em regra – não comporta oportunidades de baixa ou zero tributação e, portanto, não fora incluído nas condições objetivas de aplicação do artigo 29(8) do Modelo OCDE.[319]

---

[315] Nesse sentido, Heleno Taveira Tôrres dispõe que: "[...] a isenção é predisposta para excluir da tributação (interna) os fatos formadores de renda caracterizados por elementos de estraneidade, quando produzidos fora do território do Estado tributante." TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p.431.

[316] Article 23B. 1. Where a resident of a Contracting State derives income or owns capital which may be taxed in the other Contracting State in accordance with the provisions of this Convention (except to the extent that these provisions allow taxation by that other State solely because the income is also income derived by a resident of that State or because the capital is also capital owned by a resident of that State), the first- mentioned State shall allow:
a) as a deduction from the tax on the income of that resident, an amount equal to the income tax paid in that other State;
b) as a deduction from the tax on the capital of that resident, an amount equal to the capital tax paid in that other State.
Such deduction in either case shall not, however, exceed that part of the income tax or capital tax, as computed before the deduction is given, which is attributable, as the case may be, to the income or the capital which may be taxed in that other State.
2. Where in accordance with any provision of the Convention income derived or capital owned by a resident of a Contracting State is exempt from tax in that State, such State may nevertheless, in calculating the amount of tax on the remaining income or capital of such resident, take into account the exempted income or capital. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, pp. 42-43.

[317] Nas palavras de Heleno Taveira Tôrres: "No termos do art. 23 B, quando um residente de um Estado contratante receber rendimentos ou possuir um patrimônio que, em conformidade com as regras convencionais, sejam tributáveis no Estado contratante da fonte, o Estado contratante de residência deverá conceder um *crédito de imposto* aos impostos pagos no Estado da fonte sobre as rendas ali produzidas ou sobre o patrimônio ali possuído. O total do crédito não poderá, porém, exceder a quota dos impostos sobre a renda ou sobre o patrimônio, calculada previamente pelo Estado de residência, segundo sua legislação (determinação de base de cálculo, alíquotas etc.), quanto a tais rendimentos ou ao patrimônio que tenham sido tributados no Estado da fonte." TÔRRES, Heleno Taveira.. **Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. pp.539-540.

[318] KEMMEREN, Eric C.C.M. Source of Income in Globalizing Economies: Overwiew of the Issues and a Plea for an Origin-Based Approach, IBFD, **Tax Bulletin**, 2016, p.445.

[319] MARTINS, Flavia. Anti-Abuse Clause for Permanent Establishments in Third Countries *in*: BLUM, Daniel Blum; SEILER, Markus (eds.), **Preventing Treaty Abuse**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, p. 8.

Fato é que, o Estado de residência ao incluir os lucros atribuídos ao estabelecimento permanente em sua base tributável para só então, conceder crédito ao imposto sobre rendimentos ou o patrimônio obtidos e pagos em outro Estado, alcançará – ao final – uma tributação compatível caso o lucro fosse atribuível para uma empresa situada em seu território.[320]

A fim de confirmar todo o aqui exposto, utilizaremos das premissas abaixo:

- Empresa X é residente no Estado A e obtém dividendos originários no Estado B no valor de 100.000 (artigo 10 do Modelo OCDE);
- Tais rendimentos foram atribuíveis a um estabelecimento permanente situado no Estado C de baixa tributação;
- O Estado B é obrigado a conceder os benefícios do tratado previstos no artigo 10 (Modelo OCDE[321]) do tratado em matéria tributária firmado com o Estado A, o qual prevê uma tributação na fonte limitada (por exemplo 0%);
- O Estado A deverá conceder crédito sobre os lucros atribuíveis ao estabelecimento permanente de acordo com uma disposição semelhante ao Artigo 23B (Modelo OCDE) constante no tratado em matéria tributária firmado com o Estado C;
- A alíquota interna aplicada no Estado A é de 20%;
- A alíquota interna aplicada no Estado B é de 3%.

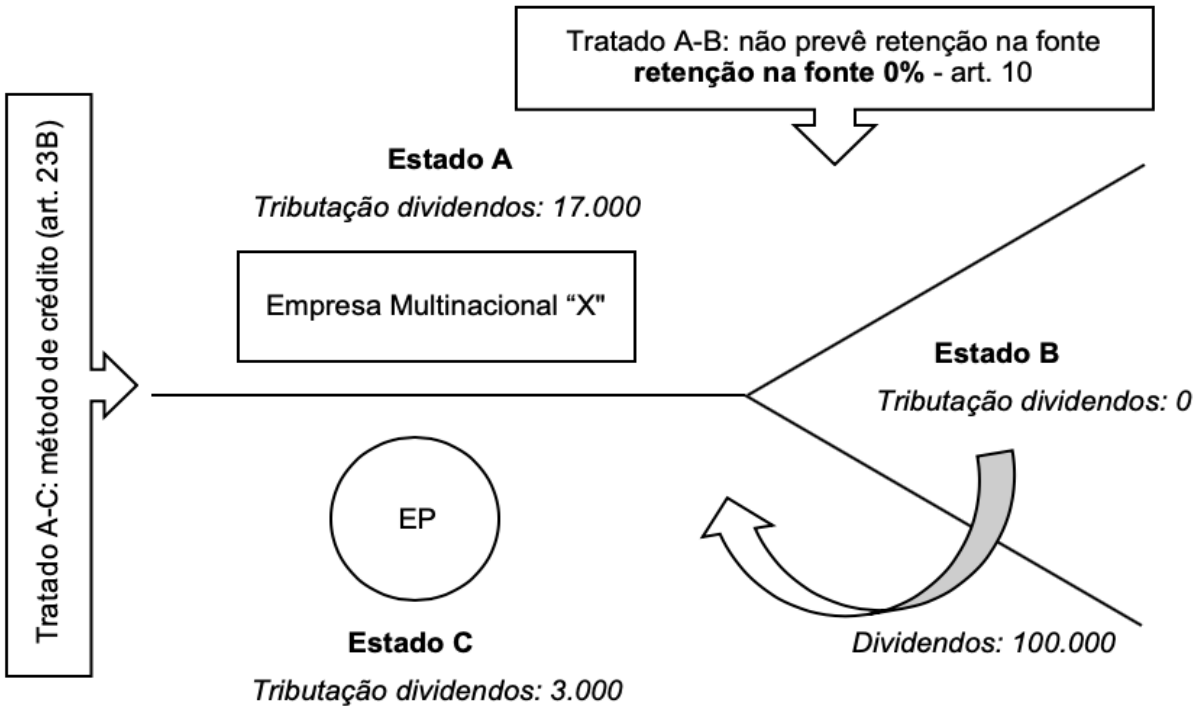
De acordo com o método de crédito, o Estado A se reserva no direito de tributar os rendimentos totais do contribuinte residente em seu território, porém autoriza uma dedução do valor pago no Estado C. Veja-se:

---

[320] Nesse sentido: “Fundamentally, the difference between the methods is that the exemption methods look at income, while the credit methods look at tax.”, parágrafo 17 do comentário ao artigo 23 A e 23 B. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 383.

[321] Article 10. 1. Dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State to a resident of the other Contracting State may be taxed in that other State. […]. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 35.

Figura 8 – Aplicação do método de crédito



(Diagrama elaborado pela autora)

Tabela 9 – Aplicação do Método de crédito

Método de crédito (art. 23B)	**Dividendos 100.000**
Imposto devido no Estado A (alíquota 20%)	20.000
Imposto devido no Estado C (alíquota 3%) *	(-) 3.000
Tributação total (dividendos) no Estado A	**17.000**

(Tabela elaborada pela autora)

* Crédito concedido pelo Estado A (tratado A-C)

Conforme padrão acima, a utilização do método de crédito no tratado em matéria tributária firmado entre o Estado de residência e o terceiro Estado é menos problemático.

Portanto, no presente caso, o método para evitar situações de dupla tributação (método de crédito do imposto) previsto no tratado em matéria tributária firmado entre o Estado de residência e o Estado onde se localiza o estabelecimento permanente não comporta oportunidades para não tributação ou tributação reduzida e, por esta razão, encontra-se fora do escopo de aplicação da nova cláusula antiabuso objeto desta pesquisa.

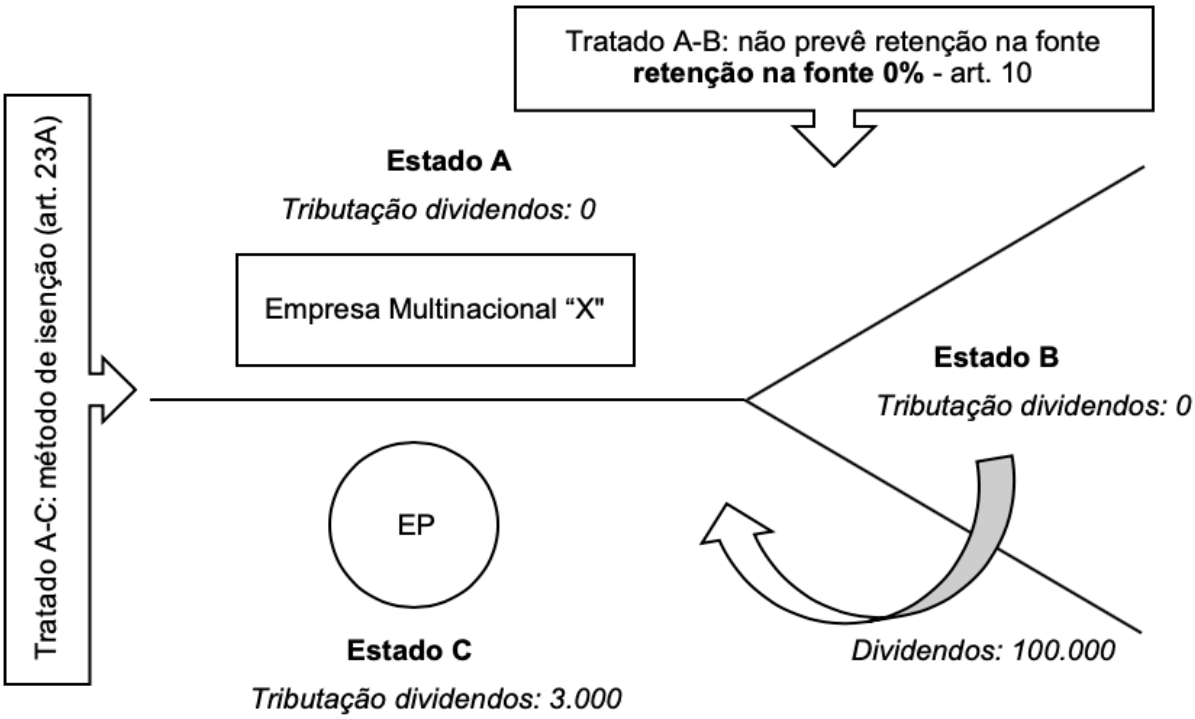
Em sentido contrário, a utilização do método de isenção em estruturas triangulares com estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado ocasionará a ausência ou redução de tributação e, portanto, fora incluído nas condições objetivas de aplicação do artigo 29(8) do Modelo OCDE.

A fim de confirmar todo o aqui exposto, utilizaremos das mesmas premissas acima, com uma única ressalva:

- O Estado A deverá conceder isenção sobre os lucros atribuíveis ao estabelecimento permanente de acordo com uma disposição semelhante ao Artigo 23A incluída no tratado em matéria tributária firmado com o Estado C ou mesmo de acordo com a sua legislação interna.

De acordo com o método de isenção (e aplicação conjunta do artigo 7 do Modelo OCDE), o Estado A encontra-se impedido de tributar os rendimentos atribuíveis ao estabelecimento permanente localizado no Estado C. Veja-se:

Figura 9 – Aplicação do método de isenção



(Diagrama elaborado pela autora)

Tabela 10 – Aplicação do Método de isenção

Método de isenção (art. 23A)	Dividendos 100.000
Imposto devido no Estado A (alíquota 20%) *	0
Imposto devido no Estado C (alíquota 3%)	3.000

(Tabela elaborada pela autora)

* Isenção concedida pelo Estado A (tratado A-C)

Portanto, com a aplicação do método de isenção, os lucros atribuíveis ao estabelecimento permanente sofrem baixa tributação (exclusiva) no Estado C, restando comprovada a perda de receita nesta operação. [322]

Ainda, se admitirmos que o Estado C optou por não tributar o rendimento passivo em tela (por exemplo: alíquota interna 0%), no presente caso, os lucros atribuíveis ao estabelecimento permanente não seriam tributados em qualquer um dos três Estados envolvidos nesta operação.

4.1.4 O requisito da baixa tributação

A última condição objetiva para aplicação do artigo 29(8) do Modelo OCDE, refere-se à tributação incidente sobre o rendimento relevante considerado como parte dos lucros atribuíveis ao estabelecimento permanente localizado no terceiro Estado. Para tanto, o imposto devido no terceiro Estado atinente a tal rendimento não poderá ser inferior[323]:

(i) Ao valor do rendimento multiplicado pela alíquota mínima estipulada de forma bilateral pelos Estados contratantes (Estado da fonte e Estado de residência) para fins de aplicação do artigo 29(8);
(ii) 60% do imposto que seria exigido no Estado de residência, caso o estabelecimento permanente ali estivesse situado.

O objetivo de incluir o requisito de baixa tributação na nova cláusula antiabuso – provavelmente – aspirou impedir potenciais abusos de tratados por parte das empresas multinacionais que derivam da transferência de ações, reivindicações de

[322] Nesse sentido, ver: parágrafo 71 do comentário ao artigo 24. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 424.
[323] Nesse sentido, ver: parágrafo 165 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 586.

dívida, direitos ou propriedade para um estabelecimento permanente constituído exclusivamente para tal finalidade em jurisdições que não tributem ou ofereçam tratamento preferencial para tais comportamentos.[324]

Sob o ponto de vista prático, a partir da presente pesquisa, restou evidente que a expressão *the amount of that item of income* contida no artigo 29(8) do Modelo OCDE faz referência ao lucro/receita líquidos, ou seja, após a dedução de todas as despesas relacionadas ao rendimento atribuível ao estabelecimento permanente.[325]

Neste ponto, ressalta-se que, o requisito de baixa tributação observado em determinado item que compõe o rendimento atribuível a um estabelecimento permanente não poderá ser compensado por outro item de rendimento com tributação compatível ou mesmo elevada, ainda que ambos possam ser atribuíveis a um estabelecimento permanente localizado em um terceiro Estado.[326]

Portanto, cada item de rendimento deverá ser calculado separadamente a fim de se verificar a condição objetiva de baixa tributação para aplicação do artigo 29(8) do Modelo OCDE.[327]

Como se assim não o fosse, a cláusula antiabuso objeto do presente estudo, poderá ser aplicada a todos os itens que compõe o rendimento atribuível ao estabelecimento permanente, tais como: dividendos, juros, *royalties*, entre outros.

Paralelamente, para fins de observância ao requisito de baixa tributação, faz-se necessário determinar o imposto incidente sobre tal rendimento caso o estabelecimento permanente estivesse localizado no Estado de residência a fim de verificar se o imposto incidente sobre o rendimento no terceiro Estado é inferior ao limite de 60% do que seria devido no Estado de residência.[328]

Em outras palavras, se o imposto efetivamente pago no terceiro Estado for inferior a 60% do imposto que seria devido caso o rendimento fosse atribuível à sede

---

[324] Ver: parágrafo 161 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 585.
[325] Nesse sentido, ver: parágrafo 166 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 586.
[326] RUST, Alexander; WOHRER, Viktoria, Anti-Abuse Clauses for Permanent Establishments Located in Third Countries *in*: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale Pistone; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; SOTRCK, Alfred (eds.). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, p. 12.
[327] Nesse sentido, ver: parágrafo 166 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 586.
[328] Ver: parágrafo 165 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 586.

da empresa no Estado de residência, a nova cláusula antiabuso será ativada e os benefícios do tratado poderão ser negados pelo Estado da fonte.

Ao final do dia, o valor do imposto efetivo será a medida de comparação utilizada para classificar o requisito de baixa tributação contido no artigo 29(8) do Modelo OCDE, independentemente, se a baixa tributação foi alcançada no terceiro Estado através da aplicação de baixa alíquota interna ou isenção.

A fim de confirmar todo o aqui exposto, utilizaremos das premissas abaixo:

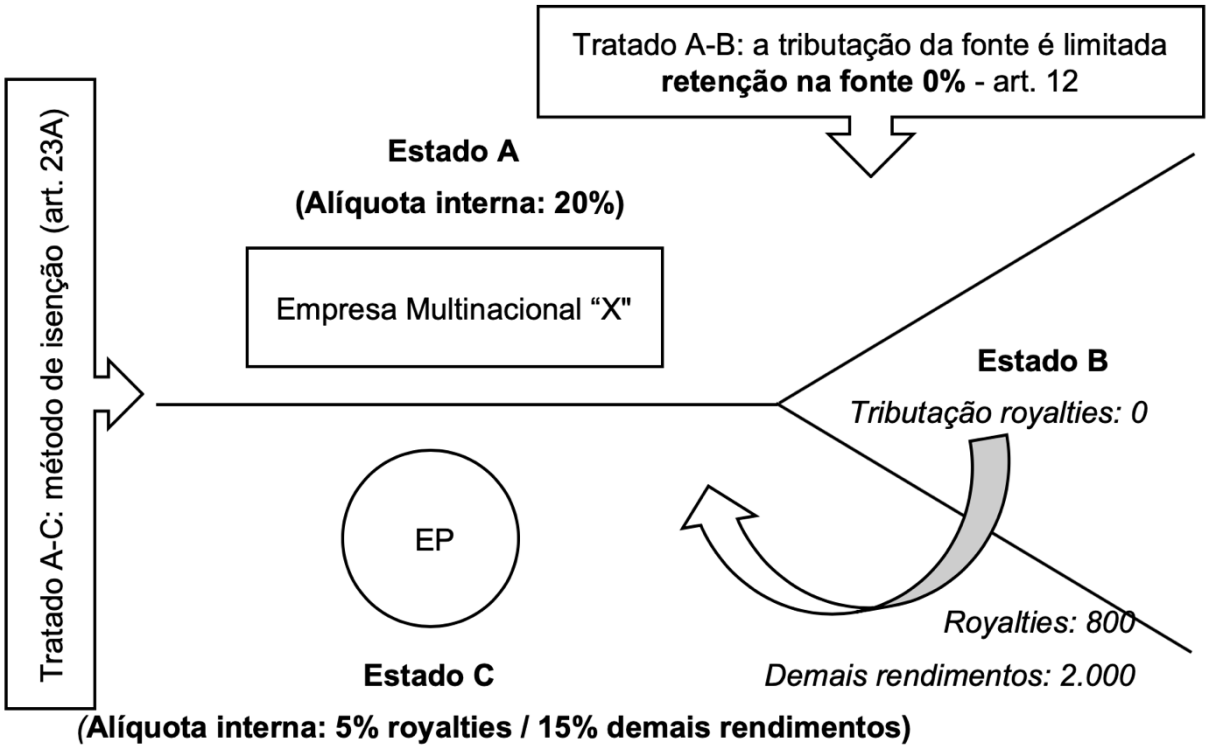
- Empresa X é residente no Estado A e obtém r*oyalties* e demais rendimentos originários no Estado B no valor de 2.800 (artigo 12[329] do Modelo OCDE);
- Tais rendimentos foram atribuíveis a um estabelecimento permanente situado no Estado C de baixa tributação;
- No tratado em matéria tributária firmado entre o Estado A e o Estado B não há previsão expressa para retenção na fonte no presente caso (retenção na fonte 0% - art. 12 do Modelo OCDE);
- O Estado A deverá conceder isenção sobre os lucros atribuíveis ao estabelecimento permanente de acordo com uma disposição semelhante ao Artigo 23A incluída no tratado em matéria tributária firmado com o Estado C ou mesmo de acordo com a sua legislação interna;

[329] Article 12. 1. Royalties arising in a Contracting State and beneficially owned by a resident of the other Contracting State shall be taxable only in that other State.
2. The term “royalties” as used in this Article means payments of any kind received as a consideration for the use of, or the right to use, any copyright of literary, artistic or scientific work including cinematograph films, any patent, trade mark, design or model, plan, secret formula or process, or for information concerning industrial, commercial or scientific experience.
3. The provisions of paragraph 1 shall not apply if the beneficial owner of the royalties, being a resident of a Contracting State, carries on business in the other Contracting State in which the royalties arise through a permanent establishment situated therein and the right or property in respect of which the royalties are paid is effectively connected with such permanent establishment. In such case the provisions of Article 7 shall apply.
4. Where, by reason of a special relationship between the payer and the beneficial owner or between both of them and some other person, the amount of the royalties, having regard to the use, right or information for which they are paid, exceeds the amount which would have been agreed upon by the payer and the beneficial owner in the absence of such relationship, the provisions of this Article shall apply only to the last-mentioned amount. In such case, the excess part of the payments shall remain taxable according to the laws of each Contracting State, due regard being had to the other provisions of this Convention. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 37.

- O rendimento total atribuível ao estabelecimento permanente é de 2.800, sendo 800 a título de *royalties* e 2.000 a título de demais rendimentos;
- A alíquota interna aplicada no Estado C é de 5% para *royalties* e 15% para os demais rendimentos;
- A alíquota interna aplicada no Estado A é de 20% (tanto para *royalties* como para os demais rendimentos).

No cenário em apreço, o imposto efetivamente pago no Estado C é de 340, sendo: (i) 40 a título *royalties* e (ii) 300 a título de demais rendimentos. Em sentido oposto, se tais rendimentos fossem atribuíveis à sede da empresa, o imposto devido no Estado A seria de 560, sendo: (i) 160 a título *royalties* e (ii) 400 a título de demais rendimentos. [330] Veja-se:

Figura 10 – Aplicação do requisito de baixa tributação



(Diagrama elaborado pela autora)

[330] Admite-se que para a situação hipotética aqui construída que as bases de cálculo são calculadas sobre o mesmo parâmetro, ou seja, utilizando-se de critérios contábeis idênticos.

Tabela 11 – Cálculo para o cumprimento do requisito de baixa tributação

Cálculo do imposto devido no Estado C	**Rendimentos 2.800**
800 *Royalties* (alíquota 5%)	40 *
2.000 Demais rendimentos (alíquota 15%)	300
Imposto devido no Estado C	**340 ****

Cálculo do imposto devido no Estado A	**Rendimentos 2.800**
800 *Royalties* (alíquota 20%)	160 *
2.000 Demais rendimentos (alíquota 20%)	400
Imposto devido no Estado A	**560 ****

(Tabela elaborada pela autora)

* Imposto pago no terceiro Estado referente ao item relevante do rendimento atribuível ao estabelecimento permanente é inferior a 60% do imposto que seria devido no Estado de residência (60% de 160 = 96)
** O imposto total pago no Estado C não é inferior a 60% do imposto total que seria devido no Estado de residência (60% de 560 = 336)

Portanto, o imposto efetivamente pago sobre o item relevante de rendimento (no presente caso: *royalties*) atribuído a um estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado é inferior a 60% do imposto que seria devido ao presente item de rendimento caso este fosse atribuível ao Estado de residência da sede da empresa.

Nestes casos, o artigo 29(8) do Modelo OCDE poderá ser aplicado para fins de não concessão dos benefícios do tratado pelo Estado da fonte, ainda que o total do imposto pago no terceiro Estado não seja inferior a 60% do imposto total que seria devido no Estado de residência.

4.1.5 Exceções à aplicação do artigo 29(8) do Modelo OCDE

Conforme amplamente demonstrado nos subitens anteriores, o artigo 29(8) do Modelo OCDE possui condições objetivas de aplicação, o que poderia (a princípio) acarretar a não concessão de benefícios do tratado independentemente da intenção do contribuinte.

Em outras palavras, arriscar-se-ia questionar o escopo de aplicação da nova cláusula antiabuso, alargando o seu objetivo original ao abranger atividades empresariais genuínas. Dessa forma, a fim de mitigar o aqui exposto, o artigo 29(8),

"b" e "c" do Modelo OCDE forneceu exceções à aplicação da cláusula antiabuso para estabelecimentos permanentes localizados em terceiro Estado. [331] São elas:

A primeira exceção contida em "b" dispõe que, o artigo 29(8) do Modelo OCDE não se aplica aos rendimentos originários no Estado da fonte desde que decorrentes do exercício ativo ou acidental de uma atividade realizada através de um estabelecimento permanente – exceto o negócio de fazer, administrar ou simplesmente manter investimentos relativos à conta da empresa (salvo se essas atividades forem bancárias, de seguros ou de valores mobiliários registrados).

Para tanto, o comentário ao artigo 29(8) do Modelo OCDE aduz que a expressão *emanates from, or is incidental to, the active conduct of a business* contida em "b" deve ser interpretada de acordo com o *activity test* contido na (nova) cláusula de limitação de benefícios (LoB) do artigo 29(3), "a" e de acordo com o comentário ao artigo 29(3), "a" do Modelo.[332]

Antes de adentrarmos ao *activity test* mencionado no parágrafo anterior, faz-se necessário aludir que, o termo "atividade empresarial" (*business*) não fora definido no Modelo da OCDE, salvo o objetivo limitado contido no artigo 3, "h" do Modelo OCDE[333] – o qual somente esclarece que a atividade empresarial inclui o exercício de serviços profissionais e de outras atividades de caráter independente.

Portanto, deve-se adotar a definição do termo "atividade empresarial" contida no tratado em matéria tributária firmado entre o Estado da fonte e o Estado de residência, eis que o primeiro Estado mencionado será o responsável por negar o benefício do tratado em casos de abusos nos termos da nova cláusula. Todavia, caso o tratado em referência não contenha a definição de atividade empresarial, a mesma deverá ser obtida na lei interna do Estado da fonte. [334]

---

[331] Nesse sentido, ver: parágrafo 161 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 585.

[332] Nesse sentido, ver: parágrafo 167 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 587.

[333] Article 3. 1. For the purposes of this Convention, unless the context otherwise requires:
[…] h) the term "business" includes the performance of professional services and of other activities of an independent character. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 29.

[334] Nesse sentido: "The Convention does not contain an exhaustive definition of the term "business", which, under paragraph 2, should generally have the meaning which it has under the domestic law of the State that applies the Convention. Subparagraph h), however, provides expressly that the term includes the performance of professional services and of other activities of an independent character. This provision was added in 2000 at the same time as Article 14, which dealt with Independent Personal Services, was deleted from the Convention. This addition, which ensures that the term "business" includes the performance of the activities which were previously covered by Article 14 was intended to prevent that the term "business" be interpreted in a restricted way so as to exclude the performance of professional services, or other activities of an independent character, in States where the domestic law

Logicamente, em casos de conflito entre a lei interna do Estado da fonte e o tratado em matéria tributária firmado com o Estado de residência, a definição do termo "atividade empresarial" contido no tratado deve prevalecer.

Pontuado às ressalvas acima, de acordo com o comentário ao artigo 29(3), "a" do Modelo OCDE[335], uma empresa será considerada envolvida na condução ativa de uma atividade somente se as pessoas através das quais estiver atuando realizarem atividades administrativas e operacionais substanciais (*activity test*).[336]

Desse modo, para aplicação do teste do artigo 29(3), "a" do Modelo OCDE primeiramente faz-se imperioso examinar se a empresa possui pessoas agindo em seu nome, tais como: executivos ou funcionários. A seguir, deve-se verificar se tais pessoas (por exemplo: executivos e funcionários) realizam tarefas gerenciais/administrativas e operacionais consideradas substanciais para a condução da atividade empresarial.[337]

Observe que, mesmo que a empresa possua representantes como executivos e funcionários, tal condição ainda não será suficiente para considerá-la envolvida na condução ativa de uma atividade. Tal conclusão resultou de uma análise ao comentário ao artigo 29(3), "a" do Modelo OCDE, eis que fora utilizado a expressão "**only** if persons through whom the entity is acting (such as officers or employees of a company) conduct substantial managerial and operational activities"[338] – ênfase para o termo em destaque.

Assim, poder-se-ia questionar: o que são atividades gerenciais e operacionais? E quando tais atividades serão consideradas substanciais? Infelizmente, o comentário ao artigo 29(3) "a" do Modelo OCDE não forneceu orientação suficiente para os questionamentos aqui apontados, podendo originar

---

does not consider that the performance of such services or activities can constitute a business. Contracting States for which this is not the case are free to agree bilaterally to omit the definition", parágrafo 10.2 do comentário ao artigo 3. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 97.

[335] Ver: parágrafo 68-81 do comentário ao artigo 29(3), "a". OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, pp.545-548.

[336] No que tange à ausência de definição do termo "atividade empresarial" no Modelo OCDE, para Błażej Kuźniacki: " Partly in contradiction with its previous statement (or, perhaps, to rectify it), the OECD decided to define the term "active conduct of a business" in the Commentary [...]." KUZNIACKI, Błażej. **Active Business Test in the MLI's LOB rule: The First Subtes**t, Kluwer International Tax Blog, Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2018/05/17/active-business-test-mlis-lob-rule-first-subtest/> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[337] LUKJANENKO, Larissa Polesi. Lob - Article X (3) of the OECD MC: Active Conduct of a Business *in*: BLUM, Daniel; SEILER, Markus (eds.), **Preventing Treaty Abuse**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, pp. 3-5.

[338] OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, pp.545-548.

decisões arbitrárias proferidas pela autoridade competente do Estado da fonte no caso de aplicação da nova cláusula antiabuso.[339]

Em todo o caso, sob o ponto de vista prático, à primeira vista, para que um estabelecimento permanente seja considerado envolvido no exercício ativo de uma atividade empresarial, faz-se necessário que tal entidade possua pessoas agindo em seu nome e que estas realizem tarefas substanciais (gerenciais/administrativas e operacionais) para a condução da atividade ali exercida.

Somado a isso, um item de rendimento somente será considerado decorre do exercício ativo de uma atividade empresarial realizada por um estabelecimento permanente localizado no terceiro Estado, caso haja uma conexão factual entre a atividade empresarial ativamente conduzida e o item de rendimento para o qual os benefícios do tratado são almejados.[340]

Em outras palavras, para que o rendimento originário no Estado da fonte possa ser considerado conectado (atribuível) ao estabelecimento permanente localizado no terceiro Estado, a atividade empresarial realizada pelo estabelecimento permanente deverá ser *upstream, downstream* ou *parallel* aos rendimentos originários no primeiro Estado mencionado.[341]

Além disso, o rendimento será considerado incidental de uma atividade realizada através de um estabelecimento permanente localizado no terceiro Estado se a produção deste rendimento facilitar a condução dos negócios nesse Estado.[342]

Já a segunda exceção contida no artigo 29(8), “c” prevê que, mediante solicitação do contribuinte sediado no Estado de residência, a autoridade competente do Estado da fonte poderá conceder os benefícios do tratado em situações nas quais nenhum abuso tenha sido identificado, ainda que as condições objetivas para aplicação da nova cláusula estejam preenchidas.[343]

---

[339] Nesse sentido, ver: LUKJANENKO, Larissa Polesi. Lob - Article X (3) of the OECD MC: Active Conduct of a Business *in*: BLUM, Daniel; SEILER, Markus (eds.), **Preventing Treaty Abuse**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, pp. 3-5.

[340] Conforme parágrafo 74 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 546.

[341] LUKJANENKO, Larissa Polesi. Lob - Article X (3) of the OECD MC: Active Conduct of a Business *in*: BLUM, Daniel; SEILER Markus (eds.), **Preventing Treaty Abuse**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, pp. 3-5.

[342] Nesse sentido, ver parágrafo 76 do comentário ao artigo 29. OECD **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 547.

[343] Nesse sentido, ver parágrafo 162 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 585.

Corroborando com o entendimento acima exposto, o contribuinte deverá apresentar junto à autoridade competente do Estado da fonte um pedido para à concessão do benefício do tratado juntamente com a exposição dos seus motivos (ônus da prova será do contribuinte). Ademais, a autoridade competente do Estado da fonte consultará a autoridade competente do Estado de residência antes de conceder ou negar o pedido.

Além disso, poder-se-ia questionar: Qual o prazo para o contribuinte solicitar a exceção prevista? Há consequências caso a autoridade competente do Estado da fonte venha a proferir uma decisão sem consultar a autoridade competente do Estado de residência? Caso assim proceda, há violação ao objetivo da cláusula antiabuso? Entre outros tantos questionamentos.

Infelizmente, o comentário ao artigo 29(8) "c" do Modelo OCDE não forneceu qualquer orientação para os questionamentos aqui apontados.[344]

Nesta continuação, ao contrário da disposição contida no artigo 25(1) do Modelo OCDE[345] que trata do procedimento amigável (MAP), a nova cláusula antiabuso não estipulou que o contribuinte deverá apresentar o seu pedido dentro do período de 3 anos contados a partir da denegação do benefício do tratado, por exemplo.[346]

---

[344] Ver parágrafos 161-168 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 585-587.

[345] Article 25. 1. Where a person considers that the actions of one or both of the Contracting States result or will result for him in taxation not in accordance with the provisions of this Convention, he may, irrespective of the remedies provided by the domestic law of those States, present his case to the competent authority of either Contracting State. The case must be presented within three years from the first notification of the action resulting in taxation not in accordance with the provisions of the Convention. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 44.

[346] O artigo 25 do Modelo da OCDE regula o procedimento amigável (*mutual agreement procedure*). Nesse sentido, Alberto Xavier: "O procedimento amigável […], desdobra-se em três espécies distintas, em função do seu objeto: (i) o procedimento amigável individual ou em sentido estrito, previsto nos § 1o e 2o do art. 25, tem por objeto a apreciação de um caso individual, por iniciativa de um contribuinte, residente num Estado Contratante (ou "nacional, se o fundamento for a clausula de não discriminação), nos casos em que considere existir tributação "não conforme com o tratado", consistindo no direito de apresentar o seu caso à autoridade competente do Estado de que é residente (ou nacional); (ii) o procedimento amigável *interpretativo,* previsto na segunda frase do § 3o artigo 25 […],tem por objeto a eliminação da dupla tributação em casos não previstos na convenção." XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil,** Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp.225-226. Ainda, de acordo Heleno Taveira Tôrres: "O recurso ao procedimento amigável (art. 25), de consultas entre os Estados Contratantes para resolver as dificuldades ou as dúvidas porventura surgidas no seio da interpretação ou da aplicação das disposições do tratado estipulado, pode ser instaurado sucessivamente a uma reclamação de um contribuinte sobre a existência, ou possibilidade de existência, de uma bitributação internacional ou mesmo uma tributação em desconformidade com as normas convencionais." TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001. p.539. Mais ainda, às práticas em diferentes Estados para a resolução de disputas podem ser consultadas em: **IFA Cahiers 2016 - Volume 101A: Dispute resolution procedures in international tax matters.**

À primeira vista, a não estipulação de prazo para apresentação do pedido, se mostraria favorável ao contribuinte. Todavia, dado o amplo poder discricionário da autoridade competente do Estado da fonte, torna-se provável que a autoridade competente negue o pedido ao considerar que os fatos ocorreram há muito tempo.

Como se assim não o fosse, se o contribuinte solicitar a aplicação artigo 29(8) "c" do Modelo OCDE vários anos após a denegação do benefício do tratado pelo Estado da fonte, eventual decisão positiva proferida pela autoridade competente poderá não gerar efeitos (impedimento de implementação) diante dos prazos previstos na legislação interna do Estado da fonte eis que o dispositivo em tela é omisso neste sentido. Importante salientar que, o artigo 25(2) do Modelo OCDE[347] – ao contrário da nova cláusula antiabuso – aduz que qualquer acordo alcançado será implementado, independentemente dos prazos estabelecidos na legislação interna dos Estados Contratantes.

Paralelamente, não há qualquer menção no que tange à possibilidade de o contribuinte enviar uma solicitação antecipada para fins de não aplicação da nova cláusula antiabuso. Neste ponto, ressalta-se que, o comentário ao artigo 29(6) do Modelo OCDE admite o recebimento de pedido antecipado.[348]

No que tange à necessidade de consulta à autoridade competente do Estado de residência, a partir desta pesquisa, concluiu-se que, a expressão *shall consult* contida no artigo 29(8) "c" do Modelo OCDE deverá ser interpretada como uma obrigação da autoridade competente do Estado da fonte de informar a autoridade competente do Estado de residência sobre a solicitação apresentada e a decisão pretendida. E mais, deve ser dada oportunidade para que a autoridade competente do Estado de residência verifique os fatos e apresente a sua opinião.[349]

Por certo, aqui não se defende à necessidade de se chegar em um acordo com à autoridade competente do Estado de residência – eis que seria contraditório ao objetivo da nova cláusula antiabuso – mas sim, que seja concedida uma oportunidade de manifestação, pois o Estado de residência se encontra em melhor posição para

---

[347] Ver: artigo 25, parágrafo 2. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 44.
[348] Nesse sentido, ver: parágrafos 101-112 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, pp. 558-561.
[349] Nesse sentido, ver: parágrafos 161-168 c/c 101-112 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, pp. 585-587 e 558-561.

averiguar os fatos e circunstancias alegados pelo contribuinte que é residente em seu território.

Ademais, caso a autoridade competente do Estado de residência não se manifeste, não há que se falar em impedimento para a tomada de decisão por parte da autoridade competente do Estado da fonte.

Sob o ponto de vista prático, após investigar os fatos e as circunstâncias de um caso específico, a autoridade competente do Estado da fonte tem poder discricionário para conceder benefícios do tratado quando decidido que não há abuso aparente em uma estrutura específica (estruturas triangulares com estabelecimento permanente) que se enquadra no escopo de aplicação na cláusula antiabuso. [350]

Infelizmente, o comentário ao artigo 29(8) do Modelo OCDE não forneceu qualquer direção no que tange ao procedimento que deverá ser aplicado e quais critérios deverão ser levados em consideração pela autoridade competente do Estado da fonte ao analisar o pedido formulado pelo contribuinte – o que novamente – poderá originar decisões arbitrárias proferidas pela autoridade competente do Estado da fonte a fim de aplicar a nova cláusula e negar os benefícios do tratado.

Para tanto, o presente trabalho propõe uma solução alternativa a fim de suprir a omissão mencionada no parágrafo anterior. Sugere-se que, a autoridade competente do Estado da fonte considere o proposto no comentário ao artigo 29(6) do Modelo OCDE – o qual, além de ser mais extenso, faz referência à cláusula de limitação de benefícios (LoB), ao prever que a autoridade competente do Estado que possui competência para negar os benefícios do tratado de acordo com o artigo 29(1) a (5) poderá concedê-los se determinadas condições forem atendidas.

A fim de ilustrar todo aqui exposto, o quadro abaixo fornece uma comparação entre os dispositivos em análise, além de enfatizar as principais semelhanças e diferenças de redação.

[350] Nesse sentido, ver: parágrafo 162 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 585.

Tabela 12 – Exceção prevista no artigo 29(8), "c" e uma comparação com o comentário ao artigo 29(6) do Modelo OCDE

Artigo 29(8), "c" do Modelo OCDE	Comentário ao Artigo 29(6) do Modelo OCDE
If benefits under this Convention are denied pursuant to the preceding provisions of this paragraph with respect to an item of income derived by a resident of a Contracting State, the competent authority of the other Contracting State may, nevertheless, grant these benefits with respect to that item of income **if, in response to a request by such resident, such competent authority determines that granting such benefits is justified in light of the reasons such resident did not satisfy the requirements of this paragraph (such as the existence of losses)**. The competent authority of the Contracting State to which a request has been made under the preceding sentence shall consult with the competent authority of the other Contracting State before either granting or denying the request.	If a resident of a Contracting State is neither a qualified person pursuant to the provisions of paragraph 2 of this Article, nor entitled to benefits under paragraph 3[or 4 (simplified version)] [, 4 or 5 (detailed version)], the competent authority of the Contracting State in which benefits are denied under the previous provisions of this Article may, nevertheless, grant the benefits of this Convention, or benefits with respect to a specific item of income or capital, **taking into account the object and purpose of this Convention, but only if such resident demonstrates to the satisfaction of such competent authority that neither its establishment, acquisition or maintenance, nor the conduct of its operations, had as one of its principal purposes the obtaining of benefits under this Convention**. The competent authority of the Contracting State to which a request has been made, under this paragraph, by a resident of the other State, shall consult with the competent authority of that other State before either granting or denying the request.

*(Fonte: OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, **grifo da autora**. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page1> Acesso 08 de fevereiro de 2020)*

Observe que, ambos dispõem que os benefícios do tratado poderão ser concedidos pela autoridade competente em determinadas situações. Como se assim não o fosse, a redação da última frase de ambos dispositivos é idêntica.

Todavia, o comentário ao artigo 29(6) do Modelo OCDE dispõe expressamente acerca da intenção (propósito da transação e estrutura do negócio), bem como que os benefícios do tratado somente serão concedidos pela autoridade competente se o contribuinte demonstrar que a obtenção de tais benefícios não era o objetivo principal da transação. Sendo que tais requisitos não constam na redação do artigo 29(8) do Modelo OCDE.

Neste ponto, importante advertir que as disposições em análise – artigo 29(6) e artigo 29(8) do Modelo OCDE - abordam diferentes tipos de abusos de tratados e, consequentemente, possuem objetivos diferentes em sua aplicação. Ainda, deve-se considerar as diferenças significativas de redação contida nestes dispositivos no que tange aos critérios que deverão ser analisados para concessão do benefício.[351]

Portanto, a autoridade competente do Estado da fonte – ao considerar à sugestão aqui proposta – deverá ter prudência em sua aplicação.

Finalmente, no que tange à apresentação de recurso pelo contribuinte em face da decisão proferida, o comentário ao artigo 29(8) "c" do Modelo OCDE é silente neste quesito. Sendo que, através desta pesquisa, restou verificado que os métodos de solução de controvérsias do Modelo OCDE (tais como: procedimento amigável ou arbitragem) não se aplicam no presente caso.

Contudo, não parece acertado que o contribuinte possa recorrer da decisão no Estado de residência eis que os tribunais ali situados não possuem competência para decidir sobre uma decisão proferida pela autoridade competente do Estado da fonte.

Como se assim não o fosse, o contribuinte deverá analisar à legislação interna do Estado da fonte a fim de verificar se há remédios disponíveis neste Estado que autorizem eventual recurso contra à decisão negativa da autoridade competente.

Em suma, mesmo quando um estabelecimento permanente esteja localizado em um terceiro Estado com baixa ou zero tributação, o benefício do tratado poderá ser concedido pelo Estado da fonte nos casos previstos no artigo 29(8), "b" e "c" do Modelo OCDE.

4.1.6 Redação alternativa para a cláusula antiabuso

Concomitantemente, o comentário ao artigo 29(8) do Modelo OCDE apresentou uma redação alternativa para a adoção da cláusula antiabuso em análise, endereçada aos Estados Contratantes que desejam optar por uma solução mais

[351] Para maiores informações acerca do escopo de aplicação do artigo 29, parágrafo 6 do Modelo OCDE e sua relação com a cláusula LoB, ver: CAMAYO, Manuel Augusto Carrión. Limitation on Benefits: Derivative Benefits and Discretionary Relief i*n*: BLUM, Daniel Blum; SEILER, Markus (eds.), **Preventing Treaty Abuse**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016.

abrangente para lidar com situações de abuso de tratados através do uso de estruturas triangulares.

A provisão alternativa possui a seguinte redação:

> Where an enterprise of a Contracting State derives income from the other Contracting State and the first-mentioned Contracting State treats that income as profits attributable to a permanent establishment situated in a third jurisdiction, the benefits of this Convention shall not apply to that income if that income is subject to a combined aggregate effective rate of tax in the first-mentioned Contracting State and the jurisdiction in which the permanent establishment is situated that is less than the lesser of [rate to be determined bilaterally] or 60 per cent of the general statutory rate of company tax applicable in the first-mentioned Contracting State. If benefits under this Convention are denied pursuant to the preceding sentence with respect to an item of income derived by a resident of a Contracting State, the competent authority of the other Contracting State may, nevertheless, grant these benefits with respect to that item of income if, in response to a request by such resident, such competent authority determines that granting such benefits is justified in light of the reasons such resident did not satisfy the requirements of this paragraph (such as the existence of losses). The competent authority of the Contracting State to which a request has been made under the preceding sentence shall consult with the competent authority of the other Contracting State before either granting or denying the request. [352]

De acordo com a provisão alternativa, o rendimento derivado no Estado da fonte que é atribuível a um estabelecimento permanente situado em um terceiro Estado estará sujeito a tributação (efetiva) combinada no Estado de residência da empresa e no Estado do estabelecimento permanente a uma taxa (efetiva) menor inferior à taxa a ser determinada bilateralmente pelos Estados contratantes ou a 60% da taxa geral do imposto que seria devido no Estado de residência da empresa.[353]

Neste caso específico, a sua aplicação não estaria limitada à uma condição objetiva de aplicação, qual seja: à condição de que os lucros atribuíveis a um estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado deverão ser isentos de tributação no Estado de residência (método de isenção).[354]

A redação da provisão alternativa refere-se apenas ao "rendimento atribuível a um estabelecimento permanente no terceiro Estado", não sendo claro se a intenção era permitir que os itens de rendimento sujeitos a tratamento tributário preferencial no

---

[352] Parágrafo 168 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 587.
[353] Nesse sentido, ver: parágrafos 168 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 587.
[354] Nesse sentido, ver: parágrafos 168 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 587.

terceiro Estado fossem misturados com o rendimento normalmente tributado a fim de atingir um nível geral de tributação acima do limite de 60% estipulado.[355]

Em todo o caso, como resultado desta pesquisa, imagina-se que a cláusula alternativa endereçaria casos de incentivos fiscais promovidos pelo Estado de residência (domésticos ou através de tratados em matéria tributária), por exemplo, aplicação dos instrumentos de *matching credit* ou *tax sparing*.

Infelizmente, o comentário ao artigo 29(8) aborda a disposição alternativa brevemente no parágrafo 168 sem fornecer muita orientação sobre sua aplicação e, portanto, não é possível prever se a aplicação da disposição alternativa poderá levar a um resultado diferente da aplicação da nova cláusula.

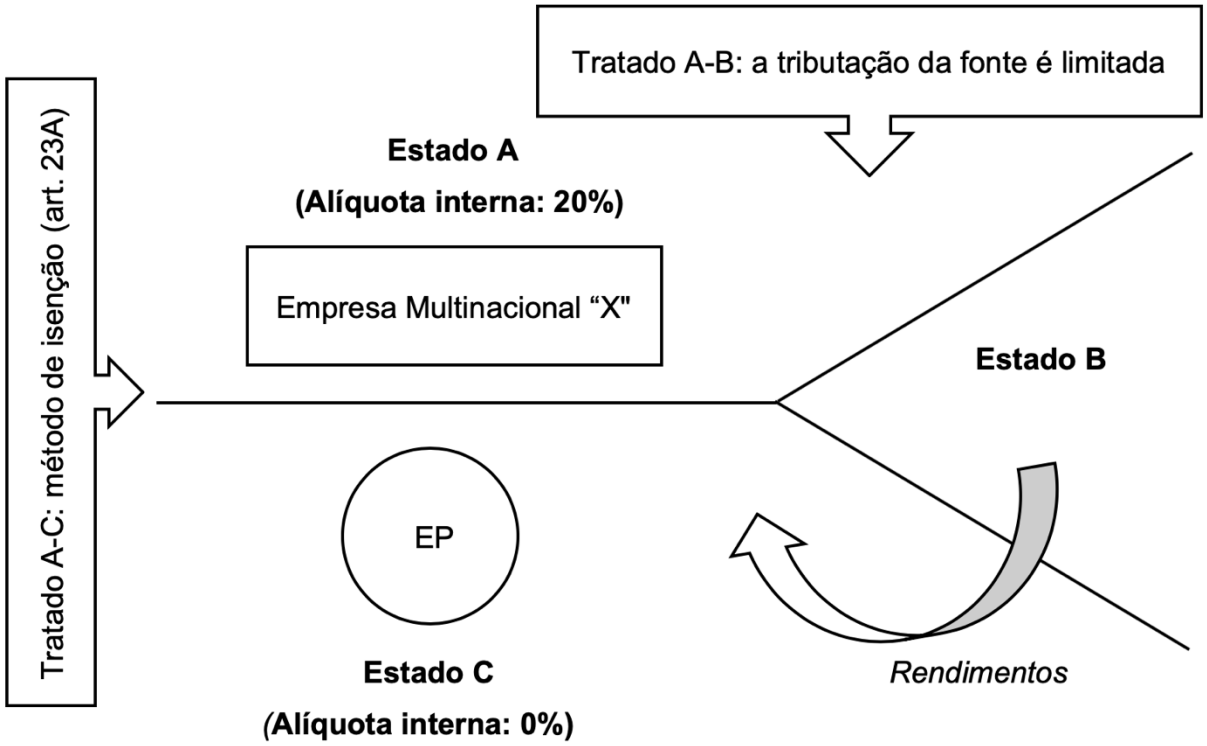
4.2 ESTRUTURA NORMATIVA DA REGRA DO ESTABELECIMENTO PERMANENTE NO TERCEIRO ESTADO

A principal contribuição deste item será promover uma análise lógico-sintática do artigo 29(8) do Modelo OCDE, construindo assim, sua norma padrão de incidência, estabelecendo analiticamente cada um de seus elementos componentes.

Conforme disposto no item anterior, a regra do estabelecimento permanente, em síntese, autoriza o Estado da fonte dos rendimentos a negar os benefícios do tratado em situações abusivas – particularmente – onde o contribuinte utiliza-se de estruturas triangulares com vistas à transferir artificialmente ativos para um estabelecimento permanente situado um terceiro Estado que não tributa o lucro destes rendimentos ou ainda, oferece um tratamento preferencial (por exemplo: baixa tributação). Podendo ser mais bem visualizada no diagrama abaixo:

[355] Nesse sentido, ver: parágrafos 168 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, p. 587.

Figura 11 – Estrutura Normativa do artigo 29(8)



(Diagrama elaborado pela autora)

Assim, através desta pesquisa, identificou-se uma norma primária dispositiva na estrutura acima. Esquematizando logicamente a norma primária dispositiva identificada no artigo 29(8), ou, a regra do estabelecimento permanente no terceiro Estado:

$$NPD: F_c \rightarrow B\ R\ X$$

Em que:

NPD: Norma primária dispositiva

F_c: Fato jurídico complexo[356] formado por: (F_1 . F_2 . F_3)

F_1: Obter rendimentos originários no Estado B e atribuir tais rendimentos para um estabelecimento permanente localizado no Estado C

[356] Para fato jurídico complexo, Jonathan Barros Vita dispõe: "[...], tem-se que os fatos jurídicos podem ser formados por vários extratos de linguagem/enunciados, formando uma proposição factual." VITA, Jonathan Barros. **Teoria Geral do Direito:** Direito Internacional e Direito Tributário, São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 111. Ainda, ver: TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova do direito tributário.** 1ª Ed., São Paulo: Noeses, 2006.

F_2: Serem isentos de tributação, no Estado A, os lucros atribuídos ao estabelecimento permanente

F_3: Ser inferior a 60% do imposto, que seria devido no Estado A, a carga tributária suportada no Estado C referente ao item relevante do rendimento atribuído ao estabelecimento permanente

. : Functor aditivo

$\rightarrow$: Functor implicador deôntico não modalizado

B: Estado B

R: Relação jurídica modalizada

X: Residente no Estado A

O objeto da relação jurídica "**R**" é a proibição (modal deôntico "**V**") da obtenção de benefício do tratado em matéria tributária firmado pelo Estado A e o Estado B.

Neste caso, importante observar que, não há norma primária sancionadora eis que a não realização da relação jurídica do consequente da norma primária dispositiva pelo Estado B não gera qualquer consequência jurídica.

Paralelamente, com a incorreta aplicação da norma primária dispositiva pelo Estado B, o sujeito "**X**" poderá ingressar com uma ação (anulatória) no Estado B. De tal modo que, a norma secundária encontra-se esquematizada abaixo:

$$NS: [\perp (B\ R\ X) \rightarrow X\ R'\ E_{jb}]$$

Em que:

NS: Norma secundária

⊥: Functor lógico de falsidade/contradição

B: Estado B

R: Relação jurídica modalizada

R': Relação jurídica modalizada

X: Residente no Estado A

$\rightarrow$: Functor implicador deôntico não modalizado

E_{jb}: Estado-Juiz do Estado B

Portanto, caso a relação jurídica "**R**" seja falsa/inválida, por exemplo, pela incorreta incidência de quaisquer um dos elementos da norma primária dispositiva

(**NPD**), ou seja, quaisquer um dos fatos simples (**F_1 . F_2 . F_3**) que compõem o fato complexo (**F_c**) e sua correspondente relação jurídica (**B R X**), o sujeito "**X**" terá direito subjetivo à exigir judicialmente no Estado B a anulação da norma primária dispositiva (**NPD**) individual e concreta a fim de receber os benefícios do tratado em matéria tributária firmado pelo Estado A e Estado B.

Dentro do cenário aqui exposto, resta comprovada a ausência de remédio processual tutelado pelas normas de Direito Internacional Tributário[357], mais especificamente, não serão aplicados os métodos de solução de controvérsias do Modelo OCDE (tais como: procedimento amigável ou arbitragem).

Portanto, resta demonstrada a conhecida (in)diferenciação funcional do Direito Internacional, vez que este não possui meios próprios para aplicar a coerção estatal.[358]

4.3 A NOVA CLÁUSULA JUNTO AO MODELO DE CONVENÇÃO DA ONU

A principal contribuição deste item será traçar um comparativo entre os Modelos de Convenção em matéria tributária da OCDE e ONU no que tange – especificamente – ao artigo 29(8) neles contidos.

Assim, através da presente pesquisa, constatou-se que, o artigo 29(8) contido na última atualização do Modelo da ONU (2017) reproduz – integralmente – a redação da cláusula inserida no artigo 29(8) do Modelo da OCDE.[359]

Como se assim não o fosse, o comentário ao artigo 29(8) do Modelo da ONU faz referência aos parágrafos 161 a 168 contidos no comentário ao artigo 29(8) do Modelo OCDE, transcrevendo-os em sua integralidade.[360]

---

[357] Em relação a ausência de remédio processual tutelado pelas normas de Direito Internacional Tributário, Jonathan Barros Vita dispõe: "Sintetizando, apesar de a norma internacional individual e concreta que estabelece o direito à retaliação ser internacional, sua operacionalização depende de instrumentos internos (sistema politico e jurídico internos) que se utilizam de medidas unilaterais para tanto, ainda que autorizadas no âmbito do sistema internacional, o mesmo ocorrendo com a arbitragem e o reconhecimento e *enforcement* de suas decisões." VITA, Jonathan Barros. **Teoria Geral do Direito:** Direito Internacional e Direito Tributário, São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 160.

[358] VITA, Jonathan Barros. **Teoria Geral do Direito:** Direito Internacional e Direito Tributário, São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 159.

[359] Nesse sentido, ver: artigo 29, parágrafo 8. United Nations. **Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**, 2017, p.54; UNITED NATIONS. **United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries,** edited by Alexander Trepelkov, Harry Tonino and Dominika Halka, 2sd. Edition, New York, 2017.

[360] Nesse sentido, ver: parágrafo 35 do comentário ao artigo 29. United Nations. **Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**, 2017, pp.769-773.

Dessa forma, restou averiguado que tanto os critérios objetivos para aplicação e as exceções previstas no artigo 29(8) do Modelo da ONU convergem aos mesmos resultados práticos apresentados no item 4.1 do presente capítulo, portanto, não serão novamente testados neste item.

Essencialmente, a despeito da nova cláusula do estabelecimento permanente situado em terceiro Estado induzir mudanças nos Modelos de Convenção aqui em referência, podendo influenciar a redação de novos tratados em matéria tributária para inúmeras jurisdições ao redor do globo, sob o ponto de vista prático, os efeitos de sua aplicação poderão diferenciar-se no que tange aos Estados Contratantes que adotarem o Modelo da ONU ou o Modelo OCDE. [361]

Corroborando com o entendimento aqui exposto, importante ressaltar que os países em desenvolvimento geralmente adotam o Modelo da ONU em seus tratados em matéria tributária, configurando-se predominantemente como o Estado da fonte dos rendimentos e, em sentido contrário, menos proeminentes como exportadores de capital. [362]

Como se assim não o fosse, tais jurisdições, ordinariamente, possuem lacunas no que tange às regras internas antiabuso, além de enfrentarem dificuldades na negociação e aplicação de tratados em matéria tributária. [363] Assim, o impacto da nova cláusula nas práticas dos países em desenvolvimento será abordado no capítulo 5 do presente estudo.

4.4 UMA ANÁLISE DA CLÁUSULA CONTIDA NO ARTIGO 29(8) DO MODELO OCDE NO PLANO DO MLI

Através do presente item objetiva-se analisar a nova cláusula *vis a vis* o Instrumento Multilateral (MLI) para implementação de tratados em matéria tributária derivado do projeto BEPS, bem como à sua adesão pelos países signatários.

---

[361] UNITED NATIONS. **United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries,** edited by Alexander Trepelkov, Harry Tonino and Dominika Halka, 2sd. Edition, New York, 2017.
[362] UNITED NATIONS. **United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries,** edited by Alexander Trepelkov, Harry Tonino and Dominika Halka, 2sd. Edition, New York, 2017.
[363] FALCÃO, Tatiana. Recent Developments in the Workflow of the U.N. Tax Committee of Experts, **Tax Notes International**, 2018, pp. 525-552.

Primeiramente, faz-se necessário apontar que, 100 jurisdições fizeram parte das negociações do MLI, sendo que, atualmente, 42 dos 94 países signatários já ratificaram o tratado.[364] Indicando, assim, que uma considerável rede de tratados já deveria/deve estar sofrendo os efeitos (e modificações) decorrentes deste Instrumento Multilateral.

Movendo-se mais adiante especificamente, o artigo 10 do MLI foi baseado no conteúdo apresentado no relatório final da Ação 6 do projeto BEPS e é semelhante à redação contida no artigo 29(8) do Modelo OCDE.[365] Nesta perspectiva, ressalta-se que, através deste estudo, restou averiguado que tanto os critérios objetivos para aplicação e às exceções previstas no artigo 10 do MLI convergem aos mesmos resultados práticos apresentados no item 4.1 do presente capítulo, portanto, não serão novamente testados neste item.

O artigo 10 do MLI possui a seguinte redação:

> Where:
> a) an enterprise of a Contracting Jurisdiction to a Covered Tax Agreement derives income from the other Contracting Jurisdiction and the first-mentioned Contracting Jurisdiction treats such income as attributable to a permanent establishment of the enterprise situated in a third jurisdiction; and
> b) the profits attributable to that permanent establishment are exempt from tax in the first-mentioned Contracting Jurisdiction,
> the benefits of the Covered Tax Agreement shall not apply to any item of income on which the tax in the third jurisdiction is less than 60 per cent of the tax that would be imposed in the first-mentioned Contracting Jurisdiction on that item of income if that permanent establishment were situated in the first-mentioned Contracting Jurisdiction. In such a case, any income to which the provisions of this paragraph apply shall remain taxable according to the domestic law of the other Contracting Jurisdiction, notwithstanding any other provisions of the Covered Tax Agreement.
> 2. Paragraph 1 shall not apply if the income derived from the other Contracting Jurisdiction described in paragraph 1 is derived in connection with or is incidental to the active conduct of a business carried on through the permanent establishment (other than the business of making, managing or simply holding investments for the enterprise's own account, unless these activities are banking, insurance or securities activities carried on by a bank, insurance enterprise or registered securities dealer, respectively).
> 3. If benefits under a Covered Tax Agreement are denied pursuant to paragraph 1 with respect to an item of income derived by a resident of a Contracting Jurisdiction, the competent authority of the other Contracting Jurisdiction may, nevertheless, grant these benefits with respect to that item of income if, in response to a request by such resident, such competent

[364] OECD. **Signatories and Parties to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related to Prevent Base Erosion and Profit Shifting**, Status as of 6 February 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[365] OECD. **Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting**, 2016, p. 35. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

> authority determines that granting such benefits is justified in light of the reasons such resident did not satisfy the requirements of paragraphs 1 and 2. The competent authority of the Contracting Jurisdiction to which a request has been made under the preceding sentence by a resident of the other Contracting Jurisdiction shall consult with the competent authority of that other Contracting Jurisdiction before either granting or denying the request. [...][366]

Todavia, o artigo 10 do MLI é uma cláusula opcional, ou seja, é dado a um Estado Contratante à flexibilidade de optar por excluir essa disposição por meio do mecanismo de reservas.[367] Para tanto, veja a redação do artigo 10(5) do MLI:

> [...] A Party may reserve the right:
> a) for the entirety of this Article not to apply to its Covered Tax Agreements;
> b) for the entirety of this Article not to apply to its Covered Tax Agreements that already contain the provisions described in paragraph 4;
> c) for this Article to apply only to its Covered Tax Agreements that already contain the provisions described in paragraph 4.
> 6. Each Party that has not made the reservation described in subparagraph a) or b) of paragraph 5 shall notify the Depositary of whether each of its Covered Tax Agreements contains a provision described in paragraph 4, and if so, the article and paragraph number of each such provision. Where all Contracting Jurisdictions have made such a notification with respect to a provision of a Covered Tax Agreement, that provision shall be replaced by the provisions of paragraphs 1 through 3. In other cases, paragraphs 1 through 3 shall supersede the provisions of the Covered Tax Agreement only to the extent that those provisions are incompatible with those paragraphs.[368]

Corroborando com o entendimento aqui exposto, a redação contida no artigo 10(5) do MLI transcrita acima, autoriza uma das partes a se reservar do direito de:

(i) Afastar à aplicação da totalidade do artigo 10 do MLI aos seus tratados em matéria tributária cobertos pelo Instrumento Multilateral;

---

[366] OECD. **Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related to Prevent Base Erosion and Profit Shifting**, pp. 16-17.

[367] Através do mecanismo de reservas é possível excluir à aplicação, de parte ou da totalidade das disposições contidas no MLI. Nesse sentido: "Opting out of provisions or parts of provisions with respect to all Covered Tax Agreements. Where a substantive provision does not reflect a minimum standard, a Party is generally given the flexibility to opt out of that provision entirely (or, in some cases, out of part of that provision). 4 This is accomplished through the mechanism of reservations, which are specifically defined for each substantive Article of the Convention. Where a Party uses a reservation to opt out of a provision of the Convention, that provision will not apply as between the reserving Party and all other Parties to the Convention. Accordingly, the modification foreseen by that provision will not be made to any of the Covered Tax Agreements of the reserving Party." OECD. **Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting**, 2016, pp. 3-4. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[368] OECD. **Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related to Prevent Base Erosion and Profit Shifting**, pp. 16-17.

(ii) Afastar à aplicação da totalidade do artigo 10 do MLI aos seus tratados em matéria tributária cobertos pelo Instrumento Multilateral que já contenham uma previsão semelhante a disposta no parágrafo 4 (ou seja, quando já contenham disposições que neguem ou limitem os benefícios do tratado para estruturas triangulares com estabelecimento permanente em terceiro Estado).

Em outras palavras, a cláusula antiabuso contida no artigo 10 do MLI, não se faz necessária para os Estados Contratantes atingirem ao padrão mínimo contido no relatório final da Ação 6 do projeto BEPS.

Curiosamente, 116 dos 120 países que fizeram parte das negociações do Instrumento Multilateral, participaram do monitoramento de implementação do padrão mínimo contido na Ação 6 do projeto BEPS (*Peer review report on treaty shopping: inclusive framework on BEPS: Action 6)*, sendo que os Estados Unidos (EUA) manifestou-se pela não assinatura do MLI pois entende que os seus tratados (bilaterais) em matéria tributária já estão de acordo com o padrão mínimo exigido e o Brasil[369] optou por alterar seus tratados em matéria tributária de forma bilateral e portanto até o momento, não é signatário do MLI.[370]

Fato é que, o MLI aplica-se apenas aos tratados em matéria tributária firmados entre os Estados Contratantes que ratificaram o Instrumento Multilateral e desde que, estes tratados tenham sido explicitamente listados por ambos Estados Contratantes. Ou seja, as disposições pós-MLI (assinatura e ratificação) aplicam-se na medida em

---

[369] O Brasil não assinou o MLI. A Administração Pública apresentou duas justificativas principais, são elas: número reduzido de acordos para evitar a dupla tributação firmados pelo Brasil e prolongadas discussões no Congresso que poderiam atrasar à sua entrada em vigor. A política adotada pelo Brasil é a emenda individualizada de cada um dos tratados em matéria tributária existentes através de novas negociações bilaterais. O primeiro tratado brasileiro ajustado às novas medidas implementadas pelo projeto BEPS foi o firmado com a Argentina, conforme Protocolo de Emenda à Convenção entre República Federativa do Brasil e a República Argentina destinada a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de impostos sobre a renda assinado em 21 de julho de 2017.

[370] De acordo com: OECD. **OECD Prevention of Treaty Abuse – Peer Review Report on Treaty Shopping: Inclusive Framework on BEPS: Action 6,** Paris, 2019, Chapter 3, p. 23. O relatório reflete o resultado da primeira revisão por pares (*peer review)* da implementação da Ação 6 do projeto BEPS, especialmente no que tange à adoção do padrão mínimo na luta contra *treaty shopping.* O relatório inclui os resultados da revisão e os dados sobre os tratados em matéria tributária firmados por cada um dos 116 membros do Inclusive Framework sobre o BEPS. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/prevention-of-treaty-abuse-peer-review-report-on-treaty-shopping_9789264312388-en#page1> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

que subsistam opções correspondentes (semelhantes) entre os Estados Contratantes.[371]

À vista disso, o volume de opções apresentado através de diversas redações para determinadas cláusulas somado às múltiplas possibilidades que são proporcionadas aos Estados Contratantes quando da ratificação do MLI, acabam por permitir que os Estados Contratantes possam anular muitas das regras contidas no Instrumento Multilateral, como à cláusula antiabuso específica em análise.

Corroborando com o entendimento aqui exposto, dos 94 países signatários do MLI mencionados anteriormente, 65[372] países utilizaram-se da condição contida no parágrafo 5, (a) do artigo 10 do MLI para afastar à totalidade de aplicação da cláusula antiabuso aos seus tratados em matéria tributária cobertos pelo Instrumento Multilateral, ainda que estes não contenham disposições semelhantes que neguem ou limitem benefícios do tratado. Representando quase 70% (precisamente 69,15%) dos países signatários do MLI.

Como se assim não o fosse, dos 65 que se reservaram no direito de não aplicar o artigo 10 do MLI em sua totalidade, 31[373] já ratificaram o Instrumento Multilateral.

Sob o ponto de vista prático, todo o aqui exposto poderá criar inconsistências nos tratados em matéria tributária e diversos problemas para se alcançar à harmonização proposta pelo Instrumento Multilateral. Da mesma forma, poder-se-ia questionar o quão bem os tratados em matéria tributária serão integrados e como

---

[371] OECD. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances**. Action 6, 2015 Final Report, p. 20.

[372] São eles: África do Sul, Arábia Saudita, Austrália, Barbados, Bélgica, Belize, Bósnia e Herzegovina, Bulgária. Burkina Faso, Camarões, Canadá, Catar, China, Colômbia, Costa do Marfim, Croácia, Curaçao, Chipre, Emirados Árabes Unidos, República Tcheca, Egito, Estônia, Finlândia, França, Gabão, Geórgia, Grécia, Guernsey, Hong Kong, Hungria, Islândia, Indonésia, Irlanda, Ilha de Man, Ilhas Maurício, Itália, Jersey, Jordânia, Coreia do Sul, Kuwait, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Macedônia, Malásia, Malta, Mônaco, Marrocos, Noruega, Omã, Paquistão, Panamá, Papua-Nova Guiné, Polônia, Portugal, San Marino, Sérvia, Seychelles, Singapura, Suécia, Suíça, Tunísia, Turquia, Reino Unido. Levantamento realizado pela autora de acordo com: OECD. **Signatories and Parties to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related to Prevent Base Erosion and Profit Shifting**, Status as of 6 February 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

[373] São eles: Arábia Saudita, Austrália, Bélgica, Canadá, Catar, Curaçao, Chipre, Emirados Árabes Unidos, Finlândia, França, Geórgia, Guernsey, Islândia, Irlanda, Ilha de Man, Ilhas Maurício, Jersey, Letônia, Liechtenstein, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Mônaco, Noruega, Polônia, San Marino, Sérvia, Singapura, Suécia, Suíça, Reino Unido. Levantamento realizado pela autora de acordo com: OECD. **Signatories and Parties to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related to Prevent Base Erosion and Profit Shifting**, Status as of 6 February 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

serão afetados os países que não optaram pela adoção de um tratado multilateral, o que inclusive conduziu algumas jurisdições a não assinar o MLI.

O que se pretende aqui demonstrar é: para os Estados que visam reprimir à perda de receitas ou transferência artificial de lucros para países de baixa ou zero tributação, através da utilização de estruturas triangulares com estabelecimento permanente localizados em terceiro Estado, poderá não ser suficiente garantir à assinatura ao MLI, uma vez que a participação neste Instrumento Multilateral não é obrigatória e dois Estados Contratantes poderão ter preferências diferentes sobre como interpretar as disposições cobertas pela cláusula antiabuso ou mesmo fazer uma das reservas possíveis à aplicação do artigo 10 do MLI. [374]

Finalmente, os dados aqui fornecidos poderão ser úteis para entender o futuro da cláusula antiabuso objeto do presente trabalho sob à perspectiva do MLI.

[374] OECD. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances**. Action 6, 2015 Final Report, p. 20.

5 UMA ANÁLISE CRÍTICA DA REGRA DO ESTABELECIMENTO PERMANENTE NO TERCEIRO ESTADO: DA ECONOMIA À PRAGMÁTICA

Um dos aspectos da soberania de um país é o poder de exigir as contribuições necessárias para o funcionamento da máquina estatal, implicando o necessário estabelecimento de tributos.

Conversamente, os países utilizam-se de baixa tributação ou oferecem incentivos fiscais a fim de promover o desenvolvimento local. Logo, é importante observar que muitas jurisdições de baixa tributação não são necessariamente paraísos fiscais e dependem de investimentos estrangeiros para fortalecer sua economia com a criação de emprego, aumento de renda e, consequentemente, incentivar a circulação de moeda nacional.

Corroborando com o entendimento exposto no parágrafo anterior, em uma jurisdição considerada como de baixa tributação, a baixa (ou inexistente) carga tributária será alocada tanto para as empresas nacionais (investidores residentes) como para as empresas estrangeiras (investidores não residentes) em obediência ao princípio da não-discriminação, como por exemplo, o proposto no artigo 24 do Modelo OCDE. Portanto, sob o ponto de vista prático, se uma empresa multinacional optar por investir em uma jurisdição de baixa tributação, consequentemente, estará sujeita à baixa carga tributária assim como às empresas nacionais (residentes) desta.[375]

Paralelamente, as empresas multinacionais baseiam seus investimentos estrangeiros diretos em fatores econômicos (localização geográfica, tamanho do mercado e custos de produção); estabilidade política e econômica do país; infraestrutura e eficácia do regime regulatório. Naturalmente, as implicações tributárias relevantes fazem parte do processo de tomada de decisão em relação à estrutura ideal e ao retorno do investimento.[376]

Portanto, primeiramente, o presente capítulo analisará como as regras contidas no artigo 29(8) do Modelo da OCDE poderão influenciar os investimentos e tratados em matéria tributária nos Estados envolvidos nestas estruturas triangulares sob à ótica da concorrência tributária internacional e utilizando como plano de fundo

---

[375] MARTINS, Flavia. Anti-Abuse Clause for Permanent Establishments in Third Countries *in*: BLUM, Daniel; SEILER, Markus (eds.), **Preventing Treaty Abuse**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, p. 8.

[376] Nesse sentido, ver: NOUDARI, Khadija Baggerman; OFFERMANSS, René. Foreign Direct Investment in Developing Countries: Some Tax Considerations and Other Related Legal Matters, IBFD, **Bulletin for International Taxation**, 2016, pp. 310-321.

o dilema dos prisioneiros evidenciado a aplicação de ferramentas específicas do *Law and Economics* (5.1).

Ainda, serão analisados tanto as práticas ostentadas para atrair investimentos e proteger à arrecadação em seus territórios, como as políticas adotadas em diferentes níveis de desenvolvimento econômico.

Posteriormente, verificar-se-á se a cláusula antiabuso contida no artigo 29(8) do Modelo da OCDE configura sanção pela utilização de estruturas triangulares com estabelecimento permanente (5.2), vez que esta pode agir para conter a falha de mercado da espécie assimetria de informações.

Finalmente, será averiguado se o dispositivo em análise atingiu o seu objetivo e quais externalidades podem ser intuídas, bem como serão apresentados pontos de melhoria para sua aplicação (5.3).

5.1 O DILEMA DOS PRISIONEIROS E OS AGENTES RACIONAIS ENVOLVIDOS NA CONCORRÊNCIA TRIBUTÁRIA INTERNACIONAL

Cientes de que a concorrência tributária internacional sob a forma de práticas tributárias prejudiciais pode distorcer os padrões comerciais e de investimento, corroer as bases tributárias nacionais e transferir parte da carga tributária para bases tributárias menos móveis, as Organizações Internacionais há tempos concentram seus esforços na solução dos problemas relacionados à concorrência tributária. [377]

Assim, a principal contribuição deste item será fornecer uma avaliação crítica sobre a concorrência tributária internacional como importante política tributária na era globalizada, bem como traçar um paralelo com os efeitos de aplicação do artigo 29(8) do Modelo da OCDE.

Desta forma, objetiva-se demostrar a necessidade de melhor diálogo e cooperação internacional a fim de promover uma concorrência incentivada, instituída com bases sólidas, resultando assim, na criação de ambientes favoráveis aos negócios, facilitação da alocação eficiente de investimentos e a redução das desigualdades regionais.

---

[377] Esta é uma versão modificada e aplicada ao caso concreto do texto já publicado pela autora em: ZANETONI, Jaqueline de Paula Leite; VITA, Jonathan Barros. Concorrência Tributária Internacional: O Dilema dos Prisioneiros, **Anais do VII Congresso Nacional da FEPODI, 2020,** pp. 904-911, disponível em: <https://drive.google.com/file/d/12-tqG6W66_7uvYJUnHwrgh7yRw0GG_FG/view> Acesso 20 de fevereiro de 2020.

Nesse sentido, será apresentado o dilema dos prisioneiros[378] e os agentes racionais envolvidos na concorrência tributária internacional (5.1.1 e 5.1.2), haja vista que a ausência de cooperação supostamente resultará que tais agentes atuem contra seus interesses de longo prazo, especialmente no que tange ao combate da utilização de estruturas triangulares elusivas, sendo um clássico dilema da Teoria dos Jogos[379], mais especificamente, o chamado dilema dos prisioneiros.

É dizer, pensa-se na concorrência tributária internacional como um dilema dos prisioneiros, onde diante da ausência de cooperação, todos os agentes racionais parecem ter um incentivo para agir contra seus interesses de longo prazo.[380] Em que pesem as divergências doutrinárias em relação ao tema aqui abordado, este estudo se propõe a abordar as principais falhas e benefícios da concorrência tributária em relação aos agentes envolvidos no cenário internacional. Logo, para quem a concorrência tributária é conveniente?

5.1.1 Uma breve introdução ao dilema dos prisioneiros

Um dos exemplos clássicos da aplicação da Teoria dos Jogos é conhecido como o "dilema dos prisioneiros". Neste jogo [381], dois indivíduos (A e B) são acusados de serem cúmplices em um determinado crime. Ambos são mantidos isolados e sem qualquer possibilidade de comunicação, sendo oferecidas - separadamente - aos prisioneiros A e B as seguintes escolhas:

- 5 anos de prisão se ambos confessarem o crime;
- 1 ano de prisão se ambos negarem o crime ante a falta de provas robustas para um crime de maior potencial ofensivo;
- se um confessar e o outro negar, será aplicado a penalidade de 10 anos de prisão para o indivíduo que negou o crime e a concessão de

[378] O Dilema dos Prisioneiros foi inventado em 1950 por Merrill Flood e Melvin Dresher, posteriormente adaptado e divulgado por A.W. Tucker. Utilizada no campo da concorrência tributária internacional por AVI-YONAH, Reuven S. *in* Globalization, tax competition, and the fiscal crisis of the welfare state, **The Harvard Law Review Association**, 2000.
[379] Para mais sobre a Teoria dos jogos no campo da ciência política: MORROW, James. Game Theory for Political Scientists. Princeton, **NJ: Princeton University Press**, 1994.
[380] Ver: AVI-YONAH, Reuven S. Globalization, tax competition, and the fiscal crisis of the welfare state, **The Harvard Law Review Association**, 2000.
[381] Para mais informações: CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pp. 104-115.

liberdade para o que confessou.

Observe que, somente duas escolhas foram apresentadas para A e B: (i) confessar e (ii) negar. Para melhor entendimento, a matriz do jogo e os possíveis *pay offs* (recompensas) podem ser representados pelo diagrama abaixo:

Figura 12 – Recompensas do Dilema dos Prisioneiros

		A	
		confessa	nega
B	confessa	5, 5	0, 10
	nega	10, 0	1,1

(Diagrama elaborado pela autora baseado na adaptação e divulgação de A.W. Tucker)

Com base nos *pays offs* apresentados, o prisioneiro A provavelmente irá considerar as seguintes hipóteses: (i) se o prisioneiro B negar, a melhor escolha seria negar eis que a penalidade aplicada é de 1 ano de prisão. Todavia, poderia confessar (trair o prisioneiro B) e livrar-se de qualquer penalidade (veja-se que trair apresentou-se como a melhor opção); (ii) se o prisioneiro B confessar, a melhor escolha seria confessar eis que a penalidade aplicada é de 5 anos de prisão. Novamente, trair o outro jogador e confessar o crime apresentou-se como melhor opção através de uma escolha racional.

O prisioneiro B provavelmente irá considerar as mesmas hipóteses através de uma análise racional dos *pays offs* apresentados.

Dessa forma, a matriz de ganhos do dilema dos prisioneiros também pode ser representada através da seguinte equação: T>R>C>P (onde "**T**" é a tentação para trair, ou seja, quando um jogador confessa e o outro nega; "**R**" é a recompensa pela cooperação mútua; "**C**" é o castigo pela deserção mútua; e "**P**" é a paga do ingênuo, ou seja, quando um jogador nega e o outro confessa.[382]

O dilema dos prisioneiros pode envolver tanto um jogo estático - jogado uma única vez ou jogos sequenciais ou dinâmicos que se repetem diversas vezes.[383]

[382] CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pp. 104-115.
[383] CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pp. 104-115.

Neste jogo, portanto, a estratégia dominante é confessar, pois apresenta um melhor resultado independentemente da decisão do outro jogador. Assim, pode-se dizer que os dois jogadores irão escolher confessar eis que esta apresenta-se como a estratégia dominante, portanto, o confessar-confessar é a solução de equilíbrio (ou Equilíbrio de Nash[384]).

O Equilíbrio de Nash se apresenta no dilema dos prisioneiros nas situações em que ambos os indivíduos decidem por confessar o crime (5,5) e geralmente é resultante de um jogo estático, haja vista que, leva-se em consideração a escolha provável de cada jogador individualmente. Já nos jogos sequenciais ou dinâmicos[385], o resultado esperado é que ambos jogadores neguem o crime (1,1) eis que são baseadas nos interesses em ser retribuído de acordo com o ponto de vista ótimo de Pareto.[386]

5.1.2 Aplicação do dilema dos prisioneiros à concorrência tributária internacional

Com base no dilema dos prisioneiros aqui apresentado, as escolhas derivadas da concorrência tributária internacional é essencialmente a mesma. Dessa forma, se agentes racionais cooperassem entre si, provavelmente a necessidade de incentivos fiscais e/ou baixa tributação seria mais bem adequada e uniforme no cenário internacional, não prejudicando de forma preocupante as receitas tributárias de muitas jurisdições em especial dos países em desenvolvimento.[387]

---

[384] O Equilíbrio de Nash apresenta-se quando nenhum jogar tende a ganhar mudando sua escolha de forma individual. Nesse sentindo, Cristiano Carvalho dispõe que: “Ocorre que nem sempre a escolha individual possivelmente maximizadora, na avaliação do agente, dadas às circunstância, acaba convertendo-se no melhor resultado para o grupo.” CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 106.

[385] CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pp. 104-115.

[386] O Ótimo de Pareto manifesta-se quando não for possível melhorar a sua situação sem agravar a situação do outro jogador. Para Cristiano Carvalho: “Devem-se levar em conta outras possíveis saídas para o dilema. Por exemplo, se fosse possível, de alguma forma, aos prisioneiros se comunicarem e se houvesse confiança entre eles, o resultado poderia ter sido o Ótimo de Pareto, um ano de cadeia para cada.” CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 106.

[387] LICHT, Amir N. Games Commissions Play: 2x2 Games of International Securities Regulation, **Yale Journal of International Law**, Volume 24, 1999, pp.88-94.

Considere uma empresa multinacional escolhendo entre duas jurisdições para alicerçar seu investimento estrangeiro. Assim, através de regras não transparentes ou de aplicação deficiente, um país pode exteriorizar efeitos adversos para seu rival.[388]

Em outras palavras, a estrutura dos incentivos fiscais arquitetada a fim de atrair investimentos estrangeiros para si é a do dilema dos prisioneiros: cada jogador prefere impactar os recursos financeiros do seu governo e limitar a sua receita fiscal com base no seu interesse individual onde uma análise estritamente racional induz a um resultado inferior ao invés de unirem-se para criar uma rede de cooperação internacional.[389]

No caso concreto da concorrência tributária internacional, os jogadores podem ser representados pelos países desenvolvidos e em desenvolvimento.

Corroborando com o entendimento aqui exposto, dentro de um cenário de tomada de decisões/escolhas individuais, os países em desenvolvimento concedem incentivos fiscais para receber investimentos estrangeiros de modo que se empenham em impedir qualquer tentativa dos países desenvolvidos de aumentar os impostos.

Não obstante, os países em desenvolvimento são principalmente o Estado da fonte e, por esse motivo, preocupam-se com a redução da tributação baseada na fonte e não com a mudança da renda doméstica de empresas de propriedade local para jurisdições de baixa tributação (ou mesmo para jurisdições de não tributação).[390]

Paralelamente, os países desenvolvidos não tributam ativamente a renda atual por temer que as empresas multinacionais estabeleçam sua sede em outra jurisdição eis que o *status* de residente é facilmente alterado.[391] Em outras palavras, os países desenvolvidos se beneficiam (ainda que indiretamente) do aumento da riqueza dos investidores residentes em seu território de modo que tentam obstar o aumento de impostos por parte dos países em desenvolvimento.

Fato é que, sob o ponto de vista prático, o *status* de residente desempenha um papel fundamental nas práticas de evasão e elusão fiscal em âmbito internacional,

---

[388] LICHT, Amir N. Games Commissions Play: 2x2 Games of International Securities Regulation, **Yale Journal of International Law**, Volume 24, 1999, pp.88-94.
[389] LICHT, Amir N. Games Commissions Play: 2x2 Games of International Securities Regulation, **Yale Journal of International Law**, Volume 24, 1999, pp.88-94.
[390] UNITED NATIONS. **United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries,** edited by Alexander Trepelkov, Harry Tonino and Dominika Halka, 2sd. Edition, New York, 2017, p. 5.
[391] AVI-YONAH, Reuven S./XY, Haiyan. Global taxation after the crisis: Why BEPS and MAATM are inadequate responses, and what can be done about it?, **University of Michigan Public Law Research Paper n. 494**, (2016), p. 4.

haja vista que, o local de residência pode ser escolhido e/ou transferido com o objetivo de se beneficiar de um tratado em matéria tributária sem necessariamente afetar à atividade geradora de rendimentos.

Especificamente e de forma (até que) precursora, a cláusula contida no artigo 29(8) do Modelo OCDE introduziu uma barreira de acesso aos residentes para os benefícios do tratado em matéria tributária em casos específicos.[392]

Em outras palavras, o escopo de aplicação da nova cláusula antiabuso afastou à aplicabilidade do princípio da residência ao conferir poder ao Estado da fonte para negar os benefícios do tratado em estruturas triangulares com estabelecimento permanente desde que preenchidos os critérios objetivos de aplicação.

Ocorre que, algumas empresas multinacionais, a fim de impedir à aplicação da cláusula contida no artigo 29(8) do Modelo OCDE, poderão transferir os seus ativos relevantes para uma empresa associada que seja residente em uma outra jurisdição que não tenha inserido à nova cláusula antiabuso no tratado em matéria tributária firmado com o Estado da fonte, quase que recriando os cenários de *treaty shopping*.

Corroborando com o entendimento acima exposto, o artigo 29(8) do Modelo OCDE não aborda às consequências aplicáveis a um contribuinte que realize a mudança do *status* de residente de um Estado para outro com a única intenção de evitar o pagamento de impostos. Particularmente, nenhum dos artigos tanto do Modelo OCDE como do Modelo ONU dispõe e pune à transferência do *status* de residente somente para tal finalidade.[393]

Ademais, diversos estudos demonstram que alguns países desenvolvidos se utilizam – intencionalmente – de práticas injustas para induzir os países em desenvolvimento a concluir tratados fiscais que não são favoráveis ao seu desenvolvimento.[394]

Particularmente, as críticas relativas à concorrência tributária internacional através de incentivos fiscais são divididas em duas categorias: (i) preocupações básicas sobre a transferência de recursos dos governos para as empresas por meio

---

[392] Nesse sentido, ver: KEMMEREN, Eric C.C.M. Source of Income in Globalizing Economies: Overwiew of the Issues and a Plea for an Origin-Based Approach, IBFD, **Tax Bulletin**, 2016, p.446.
[393] Nesse sentido, ver: KEMMEREN, Eric C.C.M. Source of Income in Globalizing Economies: Overwiew of the Issues and a Plea for an Origin-Based Approach**,** IBFD, **Tax Bulletin**, 2016, p.445.
[394] BALCO, Tomas. **Specific Interpretation and application of treaties on avoidance of double taxation**. Masaryk University, (Dissertation 2017/2018), pp. 19-20

de tais incentivos e (ii) esforços para documentar as ineficiências que tais transferências podem criar.

Corroborando com o entendimento exposto no parágrafo anterior, estima-se que, como já citado, US$ 100 bilhões em prejuízos fiscais anuais sejam suportados pelos países em desenvolvimento devido apenas à condução de investimentos estrangeiros diretos através de paraísos fiscais.[395]

Os países em desenvolvimento são mais suscetíveis à erosão de base pelas empresas multinacionais, uma vez que há uma maior necessidade de investimento estrangeiro e menor capacidade de administração e controle eficaz dos impostos.

Em outras palavras, um número considerável de incentivos fiscais preferenciais são instituídos nestes países apenas para empresas estrangeiras (por exemplo, *tax sparing*). Como se assim não o fosse, o imposto de renda sobre o investimento interno normalmente representa uma parcela maior da receita total nos países em desenvolvimento.[396]

Fato é que, contrariando à posição adotada pela OCDE, alguns autores[397] apresentam uma percepção diferente do uso indevido de tratados em matéria tributária sob à perspectiva de alguns Estados tidos como da fonte (países em desenvolvimento). De tal modo que, o *treaty shopping* é utilizado pelos Estados da fonte como importante instrumento de política para atrair investimentos estrangeiros, podendo ser – inclusive – considerado como um dos objetivos de um tratado em matéria tributária.

Explica-se melhor, os Estados da fonte – comumente - não possuem uma grande rede de tratados em matéria tributária e, por vezes, o *treaty shopping* apresenta-se como uma forma de expandir sua rede de tratados, sem à necessidade de negociar e assinar novos tratados em matéria tributária. [398]

---

[395] AVI-YONAH, Reuven S./XY, Haiyan. Global taxation after the crisis: Why BEPS and MAATM are inadequate responses, and what can be done about it? **University of Michigan Public Law Research Paper n. 494**, (2016), p. 4.

[396] UNITED NATIONS. **United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries,** edited by Alexander Trepelkov, Harry Tonino and Dominika Halka, 2sd. Edition, New York, 2017, p. 5.

[397] Nesse sentido, ver: BARRETO, Paulo Ayres; TANAKO, Caio. The Prevention of Tax Treaty in the BEPS Action 6: A Brazilian Perspective, **43 Intertax**, Issue 12, 2015, p. 828.

[398] Nesse sentido, ver: SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e Cooperação Internacional, **Revista de Direito Tributário Atual**, 2004, p. 62; ROCHA, Sérgio. The Other Side of BEPS: "Imperial Taxation" and "International Tax Imperialism" *in:* ROCHA, André; CHRUSTIANS, Allison (eds.), **Tax Sovereignty in the BEPS,** 1st edition, The Netherlands: Kluwer Law International, 2017, pp. 194/195.

Dentro do cenário aqui apresentado, tanto a concessão e correta utilização de incentivos fiscais como o sucesso do artigo 29(8) do Modelo OCDE são limitados em certa medida pela capacidade administrativa dos Estados da fonte. Portanto, é possível que a adoção e aplicação da nova cláusula antiabuso encontre barreiras[399], tais como:

- Sistema tributário ainda em desenvolvimento;
- Pessoas insuficientes trabalhando nas autoridades competentes e poucos/inexistentes recursos administrativos disponíveis para lidar com estruturas triangulares;
- A natureza do tratado tributário com o Estado de residência;
- Pressões políticas praticadas por empresas multinacionais e considerações regionais.

Ainda, importante ressaltar que inúmeros Estados da fonte não possuem sequer leis internas claras contra o uso de estruturas abusivas criadas com à finalidade de não pagar impostos e, caso às possuam, na maioria das vezes são deficientes em aplicá-las. [400]

Observe que, a grande preocupação pertinente à aplicação do artigo 29(8) do Modelo OCDE, está relacionada a uma questão primordial: como os Estados da fonte irão detectar abusos de tratados através do uso de estruturas triangulares a fim de negarem os benefícios contidos nos tratados firmados com os Estados de residência e tributarem os rendimentos originários em seu território de acordo com a sua legislação interna, uma vez que, os Estados da fonte – via de regra – não têm poder para solicitar às informações necessárias para os Estados de residência e não há pessoas suficientes para analisar as informações recebidas de outro país em um curto período de tempo.

Como se assim não o fosse, reconhece-se que, alguns países desenvolvidos deram maus exemplos aos países em desenvolvimento na luta contra práticas

---

[399] UNITED NATIONS. **United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries,** edited by Alexander Trepelkov, Harry Tonino and Dominika Halka, 2sd. Edition, New York, 2017, p. 6.

[400] AVI-YONAH, Reuven S./XY, Haiyan. Global taxation after the crisis: Why BEPS and MAATM are inadequate responses, and what can be done about it?, **University of Michigan Public Law Research Paper n. 494**, 2016, p. 4.

prejudiciais. Como exemplo, a União Europeia tem acolhido e permitindo a criação de paraísos fiscais dentro de suas fronteiras ao permitir a criação de regimes e sistemas especiais (tais como: *IP box*, *tax rulings,* APA, transparência ou opacidade de empresas, ou deslocalização legal de rendas e em alguns casos, a possibilidade de exportar a nacionalidade de uma empresa).

Já em uma escolha de cooperação entre os jogadores, os países em desenvolvimento poderiam se beneficiar de mais receitas (e não apenas os países desenvolvidos), sem sofrer uma limitação significante na sua capacidade de atrair investimentos estrangeiros e fornecendo taxas de retorno mais altas (após impostos).

Paralelamente, os países desenvolvidos também seriam beneficiados com mais receitas, tornando-se mais atraentes para investimentos ao passo que os regimes tributários dos países em desenvolvimento suportariam uma limitação (não significante) na capacidade de atrair investimentos estrangeiros.

Logo, a concorrência incentivada, se instituída com bases sólidas, tem efeitos positivos, pois estimula a criação de ambientes favoráveis aos negócios, facilita a alocação eficiente de investimentos e está relacionada à redução das desigualdades regionais. As experiências das últimas décadas, tanto nos países desenvolvidos quanto nas economias em desenvolvimento (principalmente no Sudeste Asiático), incluem várias histórias de sucesso aparente da concorrência tributária que estão impulsionando o progresso econômico sob o ponto de vista internacional.

Neste ponto, somente a título argumentativo, faz-se necessário mencionar que, a concorrência tributária internacional - via de regra - é conveniente para os chamados paraísos fiscais, salvo se os benefícios recebidos em troca da cooperação tributária excedam os benefícios já existentes no cenário da concorrência tributária.

Assim, em reação à nova cláusula contida no artigo 29(8) do Modelo OCDE, determinadas empresas multinacionais poderão optar por não possuir um estabelecimento permanente em uma jurisdição de baixa tributação que careça de investimentos estrangeiros ou ainda, reformular a estrutura de negócios utilizada para não se enquadrarem dentro do escopo de aplicação na cláusula antiabuso – não denotando, todavia, que novas estruturas de negócios que possam vir a ser criadas não resultem em baixa (ou zero) tributação e em abusos de tratados em matéria tributária.

Como se assim não o fosse, os tratados em matéria tributária firmados com os chamados terceiros Estados com baixa ou zero tributação poderão estar sujeitos a

descrédito internacional em razão da aplicação do artigo 29(8) do Modelo OCDE e, em reação à nova cláusula, algumas jurisdições podem identificar os terceiros Estados como prejudiciais/inseguros e provavelmente introduzirão medidas especiais contra tais Estados a fim de proteger suas bases tributárias.

Ainda, os países (leia-se Estado da fonte ou Estado de residência) que já adotam em seus tratados em matéria tributária o artigo 29(8) do Modelo OCDE, poderão considerar incluir os terceiros Estados (ou Estado onde se localiza o estabelecimento permanente) em uma *black list*[401], levando a uma diminuição de investimentos estrangeiros nessas jurisdições de baixa tributação.[402]

Em suma, poder-se-ia questionar até que o ponto a aplicação do artigo 29(8) do Modelo OCDE não inibirá investimentos estrangeiros nestes terceiros Estados através da utilização de estruturas triangulares. Portanto, sob à ótica aqui apresentada, talvez, a disposição contida no artigo 29(8) do Modelo OCDE (mais uma vez) vá além do seu objetivo inicial, eis que não abordou aspectos tributários importantes e possui o condão para interferir tanto na economia/investimentos quanto nas negociações internacionais relacionadas ao terceiro Estado.

Portanto, a fim de evitar reações internacionais, os chamados terceiros Estados dentro do escopo de aplicação do artigo 29(8) do Modelo OCDE, deverão – expressamente – comprometer-se ao cumprimento das legislações e regulamentos internacionais relevantes, especialmente as ações 6 e 7 do Projeto BEPS a fim de impedir incertezas para os contribuintes (estrangeiros e nacionais) e para os países signatários de sua rede de tratados em matéria tributária.

Mais ainda, os terceiros Estados deverão buscar um diálogo aberto e transparente com outros países, a fim de evitar disputas desnecessárias que possam ser proveitosos nesse assunto.

---

[401] Nesse sentido, Jonathan Barros Vista dispõe: “Menciona-se que alguns dos fatores que nortearam a modificação da legislação nacional foram produzidas no âmbito da OCDE, com sua *Black List*, que desenhou a busca de vários países a (re)ordenar suas legislações para saírem desta lista que determina uma negatividade para investimentos realizados nestes países, sendo (re)produzidas as suas características de identificação sob o âmbito da nova legislação nacional.” VITA, Jonathan Barros. **Preços de transferência:** atualizado com as Leis 12.715 e 12.766 e a instrução normativa 1.312, com as alterações das INs 1.322 e 1.395, 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais : FISCOSoft Editora, 2014, p.150.

[402] A *black list* brasileira pode ser encontrada na Instrução Normativa RFB n. 1037, de 04 de junho de 2010, a qual foi dividida em dois grupos: os países ou dependências com tributação inferior a 20% ou que aplicam sigilo societário e os regimes fiscais privilegiados. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=16002> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

Finalmente, os investidores se beneficiam da concorrência tributária internacional eis que obtém maior taxa de retorno de seus investimentos.

Particularmente, os grandes investidores (empresas multinacionais) são os que mais se beneficiam da concorrência tributária internacional e, consequentemente, sofrerão maiores prejuízos nos casos de cooperação tributária. Já, os pequenos investidores arriscam-se a beneficiar de impostos mais altos sobre o capital, desde que tal prática reduza seus impostos sobre o trabalho, eis estes que também são trabalhadores.

Portanto, a maior dificuldade no dilema dos prisioneiros é que o equilíbrio não é o melhor resultado, eis que a colaboração entre os jogadores se apresenta como melhor solução. Dessa forma, a cooperação internacional poderia ser uma ferramenta para reduzir os resultados ineficientes típicos do dilema dos prisioneiros mediante *pay offs* adequados, colaborando com a sustentabilidade financeira dos países[403] e na redução de despesas tributárias.[404]

Dessa forma, em regra, o dilema dos prisioneiros resulta em um equilíbrio ineficiente eis que o arranjo de incentivos e a racionalidade induzem a um resultado pior. Somado a isso, em situações dinâmicas, a cooperação é desacreditada após a "primeira traição" de um dos jogares, sendo difícil acreditar neste nas próximas negociações.

5.2 ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES E CARÁTER PENAL DA NOVA CLÁUSULA CONTIDA NO ARTIGO 29(8) NAS ESTRUTURAS TRIANGULARES

A principal contribuição deste item será verificar se a aplicação da nova cláusula contida no artigo 29(8) do Modelo OCDE poderá impor ao contribuinte penalidade (no sentido de maior carga tributária) pela utilização de estruturas triangulares com estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado, vez que esta pode agir para conter a falha de mercado da espécie assimetria de informações.

---

[403] Para um estudo mais aprofundado sobre como a tributação pode caminhar lado-a-lado com a redistribuição de riquezas e justiça social, ver: RIBEIRO, Maria de Fátima.; MACIEL, L. P. . Um Olhar sobre a Efetividade das Políticas Públicas na Busca da Justiça Social. **Revista de Direito Tributário e Financeiro**, v. 3 N 2, pp. 23-44, 2017.

[404] CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, pp. 104-115.

Sinteticamente, a assimetria de informações poderá ser observada em operações nas quais os compradores e vendedores não estão em pé de igualdade no que tange as informações das características do mercado; dos produtos ou serviços impedindo trocas que poderiam beneficiar ambas as partes, resultando em uma alocação ineficiente de recursos.[405]

Em outras palavras, tal assimetria faz-se presente quando determinado agente detém informações que não estão disponíveis de modo integral para outros agentes.[406] Fato é que, esta desigualdade de informações poderá ocasionar diversas distorções no mercado, impedindo seu bom funcionamento.

Soma-se a isso o risco moral decorrente da assimetria de informações eis que, a conduta de uma parte não pode ser verificada pela outra parte, impedindo a consecução de um negócio de forma eficiente. De tal modo que, a parte detentora das informações tende a quebrar o estipulado, incentivada pela maximização dos seus interesses, pois a parte prejudicada não possui conhecimento técnico para verificar o desempenho do contratado.[407]

Movendo-se mais especificamente, a elusão fiscal decorrente da utilização de estruturas triangulares com estabelecimento permanente em terceiro Estado, além da exploração de lacunas e assimetrias (*mismatches*) nas regras tributárias internacionais, poderá ser atribuída às falhas de mercado decorrentes da assimetria de informações entre o Estados envolvidos na operação, e de forma mais específica a assimetria de informações existente entre o Estado da fonte e o terceiro Estado.

De tal modo que, a cláusula contida no artigo 29(8) do Modelo OCDE apresenta-se como uma correção à falha de mercado da assimetria das informações, vez que os Estados envolvidos possuem informações distintas e inferiores aquelas detidas pelas empresas, que se utilizam dessa vantagem para obter benefícios indevidos no campo do planejamento tributário (abusivo) internacional.

Assim, a regra do estabelecimento permanente em terceiro Estado, por um lado, poderá operar para corrigir as distorções no mercado em razão da ineficiência

---

[405] FRANK, Robert H.; BERNANKE, Ben S. **Princípios de economia**. Porto Alegre: AMGH, 2012, p. 333.
[406] Ver: CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do direito:** uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008; CARVALHO, Cristiano Rosa de. **Teoria do sistema jurídico:** direito, economia, tributação. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005.
[407] TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. **Direito contratual como redutor das falhas de mercado**. 2013. 211f. Dissertação (Mestrado em Direito). UFGRS. Porto Alegre, 2013, p. 75.

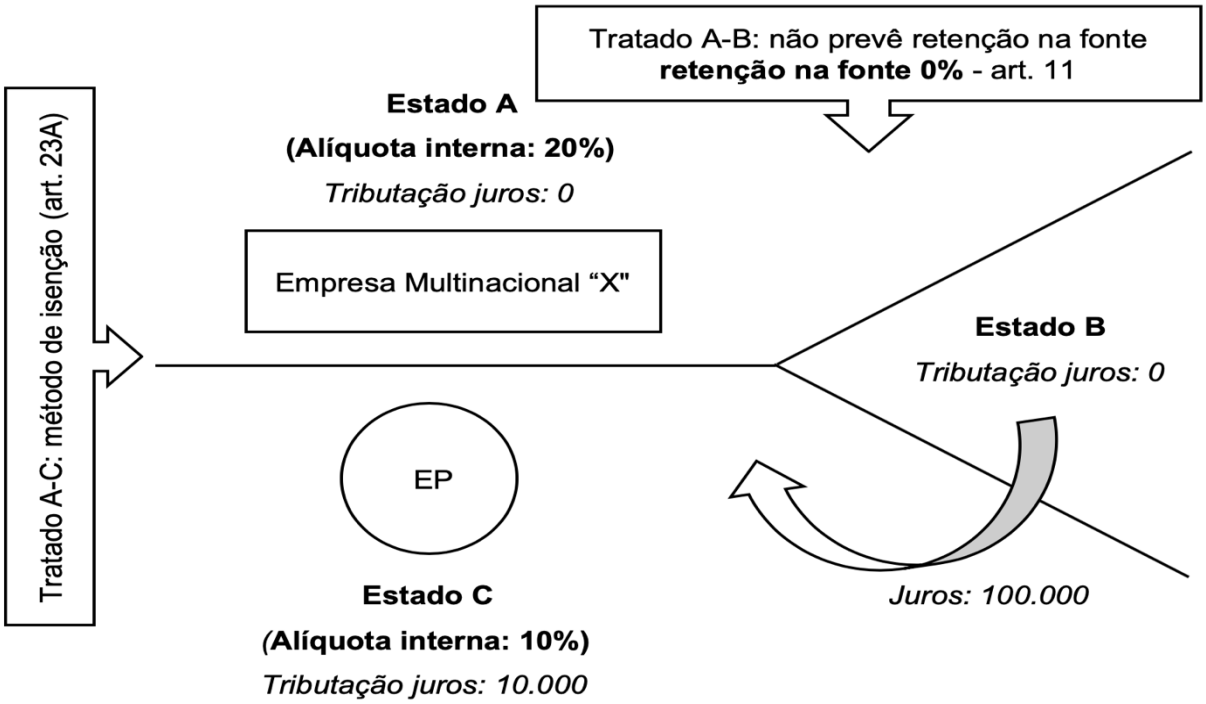
alocativa dos recursos e, por outro lado, poderá apresentar uma penalidade pela utilização desta estrutura.

A fim de confirmar o aqui exposto, faz-se necessário a utilização de algumas premissas. Veja-se:

- Empresa X é residente no Estado A e obtém juros originários no Estado B no valor de 100.000 (artigo 11 do Modelo OCDE);
- Tais rendimentos foram atribuíveis a um estabelecimento permanente situado no Estado C de baixa tributação;
- O Estado A deverá conceder isenção sobre os lucros atribuíveis ao estabelecimento permanente de acordo com uma disposição semelhante ao Artigo 23A incluída no tratado em matéria tributária firmado com o Estado C ou mesmo de acordo com a sua legislação interna;
- No tratado em matéria tributária firmado entre o Estado A e o Estado B não há previsão expressa para retenção na fonte no presente caso (retenção na fonte 0%);
- Ainda, o tratado em matéria tributária firmado entre o Estado A e o Estado B possui uma previsão semelhante ao artigo 29(8) do Modelo OCDE, o qual autoriza que o Estado B tribute os rendimentos atribuíveis ao estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado na alíquota de 15% (alíquota máxima prevista bilateralmente para a aplicação do artigo 29(8) do tratado A-B);
- A alíquota interna aplicada no Estado A é de 20%;
- A alíquota interna aplicada no Estado C é de 10%.

No cenário em apreço, não há qualquer imposto pago no Estado A e, portanto, não há que se falar em concessão de crédito pelo Estado B do imposto pago no Estado C.

Figura 13 – Penalidades para estruturas triangulares: aplicação do artigo 29(8)



(Diagrama elaborado pela autora)

Tabela 13 – Penalidades para estruturas triangulares: aplicação do artigo 29(8) do Modelo OCDE

Cálculo do imposto devido no Estado C	**Rendimentos**
Juros 100.000 (alíquota 10%) *	10.000
Imposto devido no Estado C	**10.000**

(Tabela elaborada pela autora)

* Carga tributária suportada pelo contribuinte (10%)

Cálculo do imposto devido no Estado A	**Rendimentos**
Juros 100.000 (alíquota 20%)	20.000
Imposto devido no Estado A	**20.000 ***

(Tabela elaborada pela autora)

* Imposto pago no terceiro Estado referente ao item relevante do rendimento atribuível ao estabelecimento permanente é inferior a 60% do imposto que seria devido no Estado de residência (60% de 20.000 = 12.000)

Nesse sentido, após observar o valor do imposto pago sobre juros no Estado C, a autoridade competente no Estado B concluiu que tal valor é inferior a 60% do valor do imposto que seria devido no Estado A e decidiu aplicar a cláusula antiabuso contida no artigo 29(8) do tratado em matéria tributária firmado com o Estado A conforme demonstrado a seguir:

Tabela 14 – Penalidades para estruturas triangulares: aplicação do artigo 29(8) do Modelo OCDE

Cálculo do imposto devido	**Juros 100.000**
Imposto devido no Estado A	0
Imposto devido no Estado C (alíquota 10%)	**10.000 ***
Imposto devido no Estado B (alíquota 15%)	**15.000**
Imposto total devido na operação	**25.000 ****

(Tabela elaborada pela autora)

* Carga tributária suportada pelo contribuinte (10%) antes da aplicação do artigo 29(8) do Modelo OCDE

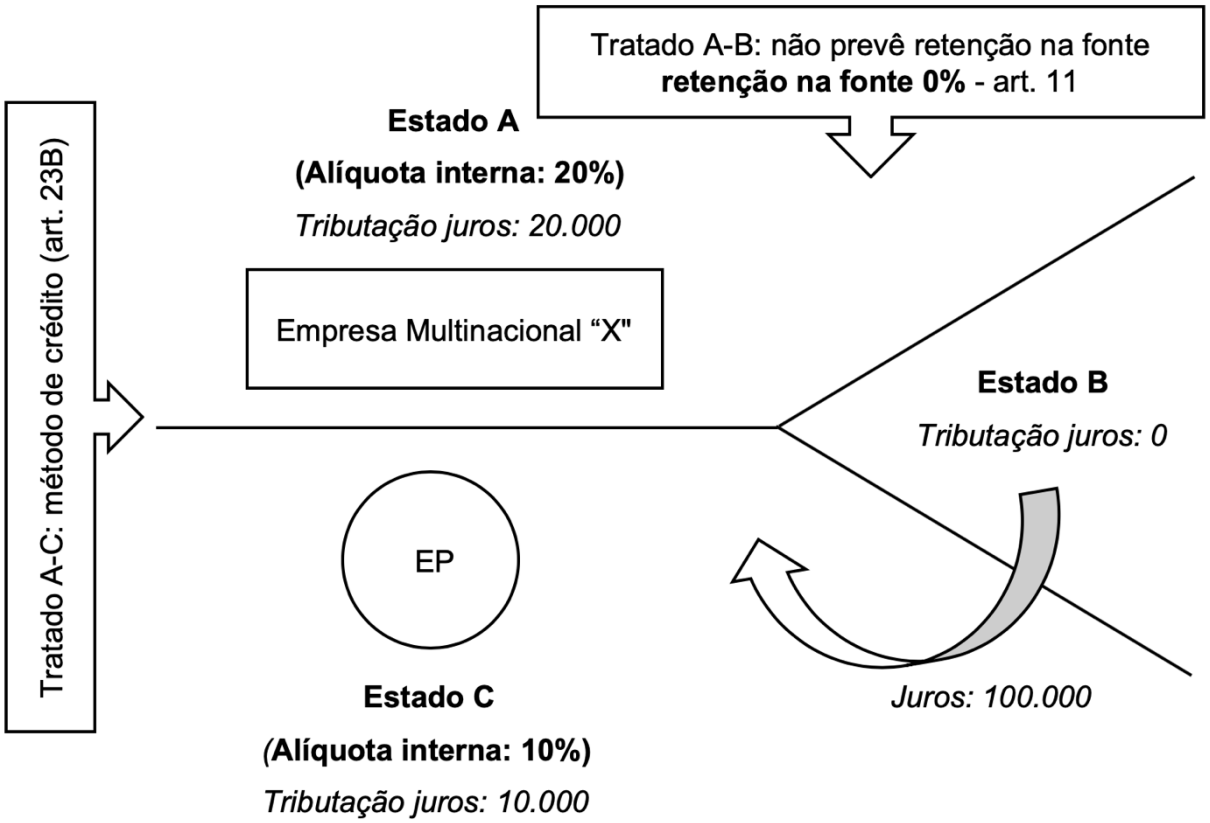
** Carga tributária suportada pelo contribuinte (25%) após aplicação do artigo 29(8) do Modelo OCDE

Como resultado, o contribuinte suportará uma carga tributária total de 25% (anteriormente, a carga tributária suportada seria de 10%) – podendo representar uma penalidade para a utilização de estruturas triangulares que estejam dentro do escopo de aplicação da nova cláusula contida no artigo 29(8) do Modelo OCDE (a estrutura triangular preencheu todos os critérios objetivos de sua aplicação conforme situação hipotética acima).

Imagine agora, que o contribuinte decida utilizar-se da mesma estrutura acima, porém delibere por constituir seu estabelecimento permanente em outro terceiro Estado – ainda de baixa tributação – porém com uma única diferença primordial:

- O Estado A deverá conceder crédito sobre os lucros atribuíveis ao estabelecimento permanente de acordo com uma disposição semelhante ao Artigo 23B (Modelo OCDE) constante no tratado em matéria tributária firmado com o Estado C.

Figura 14 – Penalidades para estruturas triangulares: padrão hipotético



(Diagrama elaborado pela autora)

Tabela 15 – Penalidades para estruturas triangulares: cálculo para verificação

Método de crédito (art. 23B)	**Juros 100.000**
Imposto devido no Estado A (alíquota 20%)	20.000
Imposto devido no Estado B (alíquota 0%) *	(-) 0
Imposto devido no Estado C (alíquota 10%) **	(-) 10.000
Tributação total (dividendos) no Estado A	**10.000**

(Tabela elaborada pela autora)

* Crédito concedido pelo Estado A (tratado A-C)
** Retenção na fonte (tratado A-B)

Cálculo do imposto devido	**Juros 100.000**
Imposto devido no Estado A	10.000 *
Imposto devido no Estado C (alíquota 10%)	**10.000 ***
Imposto devido no Estado B (alíquota 0%)	**0**
Imposto total devido na operação	**20.000**

(Tabela elaborada pela autora)

* Carga tributária suportada pelo contribuinte (20% - método de crédito)

Observe que, ainda que o tratado em matéria tributária firmado entre o Estado A e o Estado B possua uma previsão semelhante ao artigo 29(8) do Modelo OCDE, a cláusula antiabuso não será aplicada eis que os critérios objetivos para sua aplicação não foram preenchidos: o tratado em matéria tributária firmado entre o Estado de residência e o Estado onde se localiza o estabelecimento permanente adotaram o método de crédito e não o método de isenção.

Portanto, restou confirmado que a aplicação da nova cláusula contida no artigo 29(8) do Modelo OCDE poderá – em certos casos – impor ao contribuinte penalidade (no sentido de maior carga tributária) pela utilização de estruturas triangulares com estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado.

Como se assim não o fosse, poder-se-ia argumentar que a cláusula antiabuso contida no artigo 29(8) do Modelo OCDE representaria uma penalidade pela utilização de estruturas triangulares nos casos em que o Estado onde se localiza o estabelecimento permanente firmou um tratado em matéria tributária com o Estado da fonte, o qual prevê a aplicação dos artigos 7 e 23A do modelo OCDE (semelhante ao tratado firmado entre o Estado de residência e o Estado da fonte).

Nesta circunstância, caso o contribuinte opte por estabelecer uma empresa no Estado do estabelecimento permanente (ao invés de situar a sua empresa no Estado A e transferir o rendimento para um estabelecimento permanente localizado no Estado C), o Estado da fonte será obrigado a conceder os benefícios do tratado.[408]

Fato é que, a nova estratégia de investimento não se enquadra dentro dos critérios objetivos para aplicação da cláusula antiabuso do artigo 29(8) do Modelo OCDE.

Particularmente, a aplicação da nova cláusula poderia ser questionada em situações nas quais sua aplicação resulta em uma – inconsistente - alta tributação.[409] Neste ponto, ressalta-se que, o comentário ao artigo 29(8) do Modelo OCDE é omisso

---

[408] Nesse sentido, ver: RUST, Alexander; WOHRER, Viktoria, Anti-Abuse Clauses for Permanent Establishments Located in Third Countries *in*: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale Pistone; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; SOTRCK, Alfred (eds.). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, p. 15.

[409] RUST, Alexander; WOHRER, Viktoria, Anti-Abuse Clauses for Permanent Establishments Located in Third Countries *in*: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale Pistone; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; SOTRCK, Alfred (eds.). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, p. 15.

em relação aos dois cenários aqui apresentados, não fornecendo qualquer orientação tanto para os contribuintes como para as autoridades fiscais competentes.[410]

Por fim, acredita-se que, o comentário ao artigo 29(8) do Modelo OCDE deveria ter fornecido alguns exemplos claros para aplicação da cláusula antiabuso (inclusive nas situações aqui mencionadas) a fim de proporcionar maior segurança aos contribuintes, além de fornecer orientações endereçadas às autoridades competentes a fim de evitar decisões arbitrárias.

5.3 A NOVA CLÁUSULA ANTIABUSO ATINGIU SEU OBJETIVO?

A principal contribuição deste item será averiguar se a nova cláusula contida no artigo 29(8) do Modelo OCDE atingiu ao objetivo visado, qual seja, coibir à erosão de base ou transferência artificial de lucros para países de baixa ou zero tributação através da utilização de estruturas triangulares elusivas.

Paralelamente, tentar-se-á oferecer pontos de melhoria - resultantes dos testes empregados durante toda esta pesquisa - para à aplicação da cláusula antiabuso em análise.

Inicialmente, uma das principais críticas ao artigo 29(8) do Modelo OCDE está relacionada à redação da nova cláusula, eis que de difícil leitura e compreensão. Ora, em transações transfronteiriças, a elaboração de dispositivos inteligíveis é de suma importância, uma vez que muitos países possuem menos destreza na negociação e aplicação de tratados em matéria tributária, bem como têm pessoas menos treinadas trabalhando nas autoridades administrativas competentes**,** podendo se constituir tal circunstância em mais uma falha de mercado na forma assimetria de informações entre os participantes.

Em verdade, a crítica à redação ao artigo 29(8) é um elemento comum aos demais dispositivos decorrentes do projeto BEPS, eis que às disposições do modelo OCDE tornaram-se mais complexas com vistas a evitar à evasão e elusão fiscal.[411]

Não obstante, poder-se-ia insurgir-se contra o escopo da nova cláusula antiabuso por ir além do seu objetivo inicial, eis que – *a priori* – o artigo 29(8) do

---

[410] Nesse sentido, ver: parágrafos 161-168 do comentário ao artigo 29. OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017, pp. 585-587.

[411] Nesse sentido, ver: BALCO, Tomas. **Specific Interpretation and Aplication of Treaties on Avoidance of Double Taxation,** Masaryk University (Dissertation 2017/2018), p. 328.

Modelo da OCDE poderia ser aplicado a qualquer estrutura internacional que cumprisse à condição objetiva de baixa ou zero tributação em um terceiro Estado. De tal modo, à primeira vista, tanto à redação da nova cláusula quanto o comentário ao artigo 29(8) não apresentam qualquer distinção em relação à baixa tributação alcançada através de um planejamento tributário abusivo ou decorrente de uma opção de investimento em uma jurisdição de baixa tributação.[412]

Para tanto, parece que a fim de contornar à situação descrita no parágrafo anterior, optou-se por vincular o critério objetivo de baixa ou zero tributação contido no artigo 29(8) do Modelo da OCDE ao teste (*activity test*) contido na (nova) cláusula de limitação de benefícios (LoB) do artigo 29(3), "a" e comentário correspondente contido no Modelo – o qual não apresenta um conceito bem definido para aplicação deste.

Fato é que, mesmo com os 3 "subtestes" contidos no *activity test* (i. rendimento decorrente do exercício ativo de uma atividade empresarial; ii. rendimento incidental de uma atividade empresarial e iii. pessoas agindo em nome da entidade e que realizam tarefas substanciais para a condução da atividade ali exercida), o conceito legal de *active conduct of a bussiness* não fora apresentado.[413]

Somado a isso, à aplicação da nova cláusula antiabuso objeto do presente estudo, não classifica como critério objetivo à intenção do contribuinte, em clara oposição ao teste do propósito principal contido no artigo 29(9) do Modelo OCDE.

Uma possível solução para todo o aqui exposto, seria que a OCDE considera-se em incluir no seu Modelo de Convenção um conceito legal (claro) para o exercício ativo de uma atividade empresarial juntamente com uma lista (*open-ended list)* de atividades empresariais que compõe à *active conduct of a business* exigido para que a estrutura internacional utilizada pelo contribuinte não seja acobertado pela nova cláusula antiabuso apenas por cumprir o critério objetivo de baixa ou zero tributação no terceiro Estado.

---

[412] No que tange ao planejamento tributário legítimo, Ricardo Lobo Torres dispõe: "O contribuinte tem plena Liberdade para conduzir os seus negócios do modo que lhe aprouver. O combate à elisão não pode significar restrições ao planejamento tributário. O campo da Liberdade da iniciativa é o ponto de partida para a vida econômica e não pode sofrer interferências por parte do Estado." TORRES, Ricardo Lobo. **Planejamento tributário: elisão e evasão fiscal**. 2ed. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2013, p. 10; Ainda, para Paulo de Barros Carvalho: "Se a programação levada a cabo nesses planos perseguir objetivos que se justifiquem como empresarialmente verdadeiros, segundo formas jurídicas permitidas, em que haja efetiva produção e circulação de riquezas e não apenas artifícios dolosos para evitar a incidência tributária, a economia resultante será perfeitamente legítima." CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e positivação no direito tributário,** Volume I. São Paulo: Noeses, 2011, p.88.

Ainda, no que diz respeito ao critério objetivo de baixa ou zero tributação para aplicação do artigo 29(8) do Modelo OCDE, condena-se à ausência de previsão acerca de como as incompatibilidades no tempo deveriam ser levadas em consideração em estruturas triangulares.[414] Explica-se: uma vez que eventuais incentivos à depreciação ou transferência de prejuízos podem ser alocados para um ano tributável diferente, como realizar os reajustes para aplicação ou não do artigo 29(8) do Modelo OCDE? Novamente, à nova cláusula antiabuso é omissa neste sentido.

Individualmente, alguns países em desenvolvimento estão preocupados com à condição de aplicação da nova cláusula que dispõe acerca da exigência do imposto devido no terceiro Estado não ser inferior à 60% do imposto que seria exigido no Estado de residência[415], eis que poderia levar a uma restrição injustificada em relação as operações realizadas através de estabelecimentos permanentes localizados em seu território com empresas sediadas em Estados que possuem um tributação elevada**,** produzindo uma externalidade negativa.[416]

Em outras palavras, a nova cláusula poderia ser aplicada em operações que não miram no abuso de tratados, desencorajando negócios entre países com alíquotas diferentes entre si, o que configuraria uma externalidade negativa.

---

[414] RUST, Alexander; WOHRER, Viktoria, Anti-Abuse Clauses for Permanent Establishments Located in Third Countries *in*: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale Pistone; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; SOTRCK, Alfred (eds.). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016, p. 14.

[415] Como exemplo, citou-se os casos em que as atividades realizadas através de estabelecimento permanente localizado no Reino Unido poderiam ser enquadradas como abusivas sempre que o Estado de Residência aplicar uma alíquota nominal acima de 33,3%, desconsiderando o fato de que o estabelecimento permanente localizado no Reino Unido está sendo tributado sob à mesma alíquota das empresas locais. Para maiores informações ver: Association for Financial Markets in Europe (AFME) and British Bankers' Association (BBA) comments, OECD (2015), **Revised Discussion Draft, BEPS ACTION 6: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances**, 22 May 2015–17 June 2015, p. 12.

[416] Para compreensão do conceito de externalidade, Fábio Nusdeo dispõe: "As externalidades correspondem, pois, a custos ou benefícios circulando externamente ao mercado, vale dizer, que se quedam incompensados, pois, para eles, o mercado, por limitações institucionais, não consegue imputar um preço. E, assim, o nome externalidade ou efeito externo não quer significar fatos ocorridos faro das unidades econômicas, mas sim fatos ou efeitos ocorridos fora do mercado, externos ou paralelos a ele, podendo ser vistos como efeitos parasitas." NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia:** Introdução ao Direito Econômico, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 153; Ainda, para Luís Eduardo Schoueri: "As externalidades, tanto positiva quanto negativa, escapam do mecanismo de mercado. No caso do poluidor, o fato de ele não suportar os custos indiretos causados permite-lhe praticar preços mais reduzidos, sem afastar sua lucratividade. A externalidade positiva, de igual modo, não reverte em maior renda para quem gera. Um e outro caso podem contrariam os interesses da coletividade. No caso da externalidade negativa, seu acobertamento por meio do repasse à coletividade implica aumento da atividade indesejada. A externalidade positiva, por outro lado, não recompensando seu gerador, pode não motivar à prática de interesse coletivo." SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica,** Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 76-77.

Embora, sob do ponto de vista prático, a aplicação da nova cláusula antiabuso possa oferecer certa flexibilidade em relação ao aqui exposto ao permitir que a autoridade competente do Estado da fonte venha à conceder os benefícios do tratado em situações justificadas – ainda que todos os critérios objetivos de aplicação do artigo 29(8) do Modelo OCDE tenham sido cumpridos – não parece que seja o suficiente. Fato é que, à ausência de orientações claras para à aplicação de qualquer dispositivo legal poderá abrir caminhos para incontáveis decisões arbitrárias.

Particularmente, estendem-se algumas críticas também em relação à exceção de aplicação da nova cláusula contida no artigo 29(8) “c” do Modelo OCDE, eis que tanto à sua redação como o comentário ao artigo 29(8) não forneceram qualquer orientação no que tange aos aspectos formais de sua aplicação. Em outras palavras, o amplo nível de discrição concedido à autoridade competente do Estado da fonte poderá resultar tanto na inação da autoridade competente como em decisões que extrapolem o objetivo da nova cláusula.

Como se assim não o fosse, o comentário ao artigo 29(8) do Modelo OCDE é omisso no que tange: (i) ao prazo para o contribuinte apresentar pedido de concessão do benefício junto à autoridade competente do Estado da fonte; (ii) à obrigatoriedade da autoridade competente do Estado da fonte consultar à autoridade competente do Estado de residência antes de proferir uma decisão; (iii) ausência de critérios que deverão ser analisados pela autoridade competente do Estado da fonte antes de proferir uma decisão.

Para tanto, este trabalho já apresentou uma solução alternativa a fim de suprir a omissão mencionada no parágrafo anterior. Sugere-se que, a autoridade competente do Estado da fonte considere o proposto no comentário ao artigo 29(6) do Modelo OCDE – o qual, além de ser mais extenso, faz referência à cláusula de limitação de benefícios (LoB) ao prever que a autoridade competente do Estado que possui autoridade para negar os benefícios do tratado de acordo com o artigo 29(1) a (5) poderá concedê-los se determinadas condições forem atendidas.

Alternativamente, uma possível solução, seria que a OCDE considerasse incluir no seu Modelo de Convenção o procedimento formal que deverá ser adotado pela autoridade administrativa do Estado da fonte ao analisar os pedidos recebidos com fulcro no artigo 29(8) “c” do Modelo OCDE. O procedimento apresentado deveria – inclusive – ser observado tanto pelo contribuinte como pela autoridade competente do Estado de residência.

Adicionalmente, a nova cláusula contida no artigo 29(8) do Modelo OCDE silencia os casos nos quais, além de limitar os benefícios do tratado, poderá impor ao contribuinte penalidade pela utilização de estruturas triangulares com estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado.

O presente trabalho já apresentou uma solução alternativa a fim de suprir a omissão mencionada no parágrafo anterior. Sugere-se que, o comentário ao artigo 29(8) do Modelo OCDE forneça alguns exemplos claros para aplicação da cláusula antiabuso (inclusive nas situações aqui mencionadas) a fim de proporcionar maior segurança aos contribuintes, além de fornecer orientações endereçadas às autoridades competentes. Todavia, é provável que a falta de orientação nessas situações seja preenchida em uma análise caso a caso pelas autoridades fiscais dos Estados envolvidos, o que poderá resultar em decisões arbitrárias.

Não obstante, a cláusula contida no artigo 29(8) do Modelo OCDE não se faz necessária para os Estados Contratantes atingirem ao *minimum standard* contido no relatório final da Ação 6 do projeto BEPS. Portanto, ainda não está claro como os países da OCDE estão comprometidos em incluir o dispositivo em tela aos seus tratados em matéria tributária, uma vez que, na maioria das ocasiões, figuram como um Estado de residência sob a nova cláusula.

Neste ponto, importante destacar que, apesar do uso de regra antiabuso específica (SAAR) oferecer maior segurança, por outro lado, abrange apenas uma estratégia específica de negócios.

Portanto, se os Estados Contratantes não incluírem determinada estrutura como abuso de tratado (de forma específica), os benefícios do tratado não poderão ser negados. O que se pretende aqui demonstrar é que, talvez uma abordagem geral antiabuso seria mais bem-sucedida a fim de impedir situações abusivas, bem como a transferência artificial de lucros por empresas multinacionais inclusive em casos que envolvam estruturas triangulares com estabelecimento permanente localizados em um terceiro Estado.

Fato é que, para que a nova cláusula seja aplicada corretamente e possa gerar resultados positivos, é necessária uma rede considerável de tratados, especialmente a cooperação entre os três Estados envolvidos na estrutura triangular. Para tanto, uma solução seria à substituição de tratados bilaterais por um tratado multilateral, todavia, os efeitos de um tratado multilateral para as estruturas

triangulares aqui estudas ainda são desconhecidos conforme exposto no item 4.4 deste trabalho.

Por fim, em termos gerais, a nova cláusula contida no artigo 29(8) do Modelo OCDE apresentou-se como uma solução efetiva a fim de evitar abuso de tratados através de estruturas triangulares projetadas com a localização em um terceiro Estado com vistas a evadir/eludir ao pagamento de impostos, além de abranger às jurisdições conhecidas como paraísos fiscais que promovem baixa carga tributária para atrair entidades sem qualquer atividade empresarial em seu território.

No entanto, apenas o tempo mostrará se a nova cláusula antiabuso alcançou os seus objetivos e se os Estados Contratantes estarão aptos a revestir às omissões e falhas aqui apontadas durante as negociações dos tratados em matéria tributária ou através da criação de legislação interna.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, apresenta-se as seguintes conclusões e sugestões:

1. O Modelo de Convenção da OCDE favorece os países desenvolvidos ou exportadores de capital, pois estabelece que o Estado da fonte abdique, em parte ou ao todo, do imposto incidente em determinadas categorias de rendimentos originários em seu território.
2. O Modelo de Convenção da ONU institui menos restrições aos direitos a tributação na fonte, além de conferir direitos tributários majorados sobre a receita comercial de não-residentes ao Estado da fonte.
3. A utilização do Modelo de Convenção da OCDE mostra-se adequada quando o fluxo de comércio e investimento for razoavelmente similar entre os Estados Contratantes. Caso contrário, o Modelo de Convenção da ONU deverá ser considerado nas negociações de tratados em matéria tributária.
4. O Modelo da ONU baseia-se no Modelo da OCDE, contendo apenas algumas variações (ainda que importantes) na redação e âmbito de incidência de alguns dispositivos específicos a fim de promover à tributação na fonte e garantir um resultado mais justo para os países em desenvolvimento ou importadores de capital.
5. Paralelamente, a rede de tratados do Brasil cresceu de forma inexpressiva desde a assinatura do primeiro tratado em matéria tributária (1967).
6. A política tributária brasileira de assinatura/negociação de tratados em matéria tributária é lenta e com grandes peculiaridades.
7. Em uma perspectiva comparativa (internacional), além do Brasil ter iniciado tardiamente sua rede de tratados em matéria tributária, não foi bem-sucedido na construção e expansão desta em comparação aos países com desenvolvimento econômico análogo.
8. Para contornar as deficiências supracitadas, o Brasil vem promovendo, desde meados de 2019, avanços consideráveis no que tange à expansão e modernização da sua rede de tratados em matéria tributária com a tramitação de dois projetos para aprovar os acordos firmados com Singapura e os Emirados Árabes.
9. O Brasil não possui um Modelo de Convenção próprio e, portanto, optou por seguir o Modelo OCDE com a utilização de algumas premissas do Modelo ONU.

10. Os tratados em matéria tributária firmados pelo Brasil não acompanham a evolução das normas internacionais de tributação (inércia evolutiva) e não endereçam efetivamente as situações de abusos de tratados (dupla não-tributação).

11. As autoridades competentes não estão preparadas durante as negociações para lidar com cláusulas que se refiram a abuso de tratados pela a ausência de uma política tributária interna focada em combater tais práticas.

12. O Brasil decidiu por não assinar o Instrumento Multilateral (MLI) impulsionado pelo projeto e, portanto, optou por realizar uma emenda individualizada em cada um de seus tratados a fim de adotar as medidas promovidas pelo projeto BEPS, algo que demandará mais tempo e esforços do governo brasileiro e poderá gerar uma redução de investimentos, por exemplo.

13. O primeiro tratado em matéria tributária brasileiro negociado de acordo com as medidas derivadas do projeto BEPS foi o firmado com a Argentina, sendo que os maiores avanços neste sentindo foram à inclusão de medidas antiabusivas (ainda que todas as medidas derivas do projeto não tenham sido implementadas pelo país).

14. O Brasil incluiu a regra do estabelecimento permanente no terceiro estado ao renegociar o tratado firmado com a Argentina.

15. O Brasil é o país não-membro com maior participação em instrumentos da OCDE e já adotou 57% dos instrumentos relativos à tributação, o que demonstra o direcionamento dos esforços políticos nacionais para entrar na Organização.

16. Caso todas recomendações da OCDE venham a ser adotadas internamente, isso resultará em profundas mudanças no sistema tributário brasileiro, especialmente em relação as regras de preços de transferência e o sistema de tributos indiretos, em favor do Modelo OCDE, podendo gerar uma externalidade negativa que é a produção de disputas tributárias de grande complexidade.

17. Os tratados em matéria tributária da forma que foram concebidos (biltaterais) apresentam lacunas e incompatibilidades eis que não tutelam terceiros Estados e proporcionam ambientes para abusos de tratados através de um planejamento tributário abusivo.

18. Um número considerável de empresas multinacionais utilizam-se de estruturas triangulares elusivas em seu planejamento tributário.

19. Até 2017, os Modelos da OCDE e ONU não endereçavam em um dispositivo específico abusos de tratados em matéria tributária através de estruturas triangulares com estabelecimento permanente localizado em terceiro Estado.

20. Nenhum avanço importante fora realizado pela ONU em relação ao uso inadequado de tratados até o projeto BEPS.

21. O Modelo de Convenção dos EUA foi pioneiro no combate ao abuso de tratados, inclusive com a inclusão da regra do estabelecimento permanente em terceiro Estado.

22. No que tange ao combate ao abuso de tratados, o Modelo de Convenção dos EUA serviu como referência para diversas medidas incluídas no projeto BEPS promovido pela OCDE/G20.

23. A regra do estabelecimento permanente no terceiro Estado contida no artigo 29(8) do Modelo da OCDE representou um grande avanço no combate à elusão fiscal.

24. Ao induzir uma barreira ao acesso de benefícios de um tratado em matéria tributária aos residentes de um dos Estados Contratantes, o dispositivo contido no artigo 29(8) afastou à aplicação do princípio da residência (promovido pela OCDE) e concedeu poder ao Estado da fonte para negar tais benefícios.

25. O artigo 29(8) do Modelo OCDE possui uma redação de difícil compreensão, podendo resultar no total descarte da cláusula nas negociações de tratados em matéria tributária e/ou em medidas arbitrárias promovidas durante a sua aplicação.

26. A regra do estabelecimento permanente em terceiro Estado contida no Modelo da OCDE apesar de bem posta não atinge plenamente seus objetivos, pois possui falhas omissivas em seu escopo de aplicação, como a ausência de um mecanismo de solução de controvérsias.

27. Da mesma forma, o Modelo da OCDE não endereça diretamente as consequências da mudança do *status* de residente com a única intenção de evitar a aplicação do artigo 29(8).

28. O comentário ao artigo 29(8) do Modelo OCDE não fornece exemplos claros de sua aplicação, o que poderá resultar em decisões arbitrárias das autoridades competentes e incertezas para os contribuintes.

29. Não há, também, um roteiro de procedimentos e prazos para a aplicação da cláusula pelo Estado da fonte, o que gera incertezas graves para os contribuintes, inclusive no que tange à possibilidade deste requerer os benefícios do tratado mesmo quando as condições objetivas de aplicação do artigo 29(8) foram preenchidas.

30. Com uma modificação dos comentários poder-se-ia resolver várias dúvidas e problemas supra-apresentados, não necessitando uma modificação da redação do artigo 29(8) em si.

31. A regra do estabelecimento permanente no terceiro Estado revela-se admirável no tratamento da erosão de base para os países em desenvolvimento eis que às práticas abusivas têm um impacto significativo em suas finanças públicas.

32. Tanto a regra do estabelecimento permanente no terceiro Estado contida no Modelo da ONU como a contida no MLI não apresentam diferenças substanciais em relação ao Modelo da OCDE.

33. Para que o artigo 29(8) do Modelo da OCDE gere resultados positivos, faz-se necessária uma rede considerável de tratados, o que poderia ter sido realizado pelo MLI, mas não o foi.

34. Um tratado multilateral em matéria tributária poderia ser a solução para o problema apresentado no item anterior.

35. Precisamente 69,15% dos países signatários do MLI utilizaram-se da condição contida no parágrafo 5, (a) do artigo 10 do MLI para afastar à totalidade de aplicação da regra de estabelecimento permanente em terceiro Estado coberta pelo Instrumento Multilateral.

36. A OCDE deveria, portanto, ter incluído tal cláusula no seu padrão mínimo (*minimum standard*).

37. O artigo 29(8) do Modelo OCDE impôs uma penalidade pela utilização de estruturas triangulares ao corrigir a falha de mercado da assimetria das informações.

38. A regra do estabelecimento permanente no terceiro Estado poderá influenciar os investimentos nos Estados envolvidos, sendo necessário uma cooperação internacional para evitar situações abusivas.

39. A política de negociação de tratados adotada pelos países em desenvolvimento surge como uma barreira para inclusão do artigo 29(8) dos tratados em matéria tributária por estes firmados.

40. Os terceiros Estados devem ser cuidadosos em seus encargos tributários e precisam reconsiderar seu sistema tributário, inclusive com a inclusão de regras internas antiabusos a fim de combater a elusão fiscal e para não sofrerem descredito no cenário internacional.

41. A aplicação da regra do estabelecimento permanente no terceiro Estado encontrará barreiras tanto na capacidade administrativa dos países em desenvolvimento como nas pressões políticas exercidas por empresas multinacionais.

REFERÊNCIAS

ÁFRICA DO SUL. **South Africa Revenue Services.** Disponível em: <https://www.sars.gov.za/Pages/default.aspx> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

ARMSTRONG, C. S.; BLOUIN, J. L.; JAGOLINZER, A. D.; LARCKER , D. F. Corporate governance, incentives, and tax avoidance. **Journal of Accounting and Economics**, 60(1), 2015, pp. 1-17.

ARNOLD, Brian J. **An introduction to tax treaties,** 2015, pp. 4-16. Disponível em: <https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2015/10/TT_Introduction_Eng.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

AVI-YONAH, Reuven S.; XY, Haiyan. Global taxation after the crisis: Why BEPS and MAATM are inadequate responses, and what can be done about it? University of **Michigan Public Law Research Paper n. 494**, 2016.

AVI-YONAH, Reuven S., Globalization, tax competition, and the fiscal crisis of the welfare state. **The Harvard Law Review Association**, 2000.

AZEVEDO, Marcelo Tobias da Silva; CLARK, Giovani. Direito ao Desenvolvimento: Reflexões a partir do Direito Econômico sobre o Desenvolvimento Sustentável, **Direito & Desenvolvimento,** Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado em Direito e Desenvolvimento Sustentável, volume 10, número 2, jul/dez 2019, pp. 73-87. Disponível em: <https://periodicos.unipe.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/781/651> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

BALCO, Tomas. **Specific Interpretation and Aplication of Treaties on Avoidance of Double Taxation**, Masaryk University (Dissertation 2017/2018).

BARRETO, Paulo Ayres. **Imposto sobre a renda e preços de transferência**. São Paulo: Dialética, 2001.

BARRETO, Paulo Ayres; TANAKO Caio. The Prevention of Tax Treaty in the BEPS Action 6: A Brazilian Perspective, **43 Intertax**, Issue 12, 2015.

BAKER, Paul L. An Analysis of Double Taxation Treaties and their Effect on Foreign Direct Investment, **International Journal of the Economics of Business**, 2014.

BRASIL. **Ato Declaratório Executivo SRF n. 72** de 22 de dezembro de 2005, DOU de 26.12.2005, o qual dispõe sobre a data do término de vigência do Acordo para Evitar a Dupla Tributação em Matéria de Impostos sobre a Renda e o Capital firmado entre o Brasil e Alemanha.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PDL 203/2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2198954> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PDL 650/2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2223601> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PDL 667/2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2225914> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

BRASIL. **Decreto n. 335, de 02 de dezembro de 1991**, promulga a Convenção Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria Tributária de Imposto sobre a Renda, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo do Reino dos Países Baixos, DOU de 03.12.1991.

BRASIL. **Decreto n. 72.542, de 30 de julho de 1973**, Promulga a Convenção para Evitar a Dupla Tributação e Regular Outras Questões em Matéria de Impostos sobre a Renda. Brasil Bélgica. DOU de 2/8/1973 e Retificado pelo DOU de 9/8/1973. (com as modificações do Decreto nº 6.332, de 28 de dezembro de 2007)

BRASIL. **Decreto n. 8.140, de 14 de novembro de 2013**, promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Turquia para Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda firmado em Foz do Iguaçu em 16 de dezembro de 2010, DOU de 18.11.2013.

BRASIL. **Decreto n. 9.482, de 27 de agosto de 2018**, promulga o Protocolo de Emenda à Convenção entre a República Federativa do Brasil e a República da Argentina Destinada a Evitar a Dupla Tributação e Prevenir a Evasão Fiscal em Matéria de Impostos sobre a Renda e seu Protocolo firmado em Mendonza em 21 de julho de 2017, DOU de 27.08.2018.

BRASIL. **Lei n. 11.312, de 27 de junho de 2006,** Reduz a zero as alíquotas do imposto de renda e da Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF nos casos que especifica; altera a Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996; e dá outras providências, D.O.U. de 26/06/2006.

BRASIL. Itamaraty. **Brasil e a OCDE**. Disponível em: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/15584-o-brasil-e-a-ocde> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Receita Federal. **Acordos para evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal**. Disponível em: http://receita.economia.gov.br/acesso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/argentina/decreto-no-9-482-de-27-de-agosto-de-2018 Acesso 08 de fevereiro de 2020.

BRASIL. Receita Federal. **Instrução Normativa RFB n. 1037**, de 04 de junho de 2010. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=16002> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

BRAUN, Julia; ZAGLER, Martin. An Economic Perspective on Double Tax Treaties with(in) Developing Countries, **World Tax Journal**, October/2014.

CALIENDO, Paulo. **Direito tributário e análise econômica do direito:** uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

CALIENDO, Paulo. BEPS e o Abuso do *Status* de Estabelecimento Permanente *in* ROCHA, Sergio André; TÔRRES, Heleno (coords.). **Direito Tributário Internacional Homenagem ao Professor Alberto Xavier**, São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2016.

CAMAYO, Manuel Augusto Carrión. Limitation on Benefits: Derivative Benefits and Discretionary Relief i*n*: BLUM, Daniel; SEILER, Markus (eds.). **Preventing Treaty Abuse**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

CARVALHO, Cristiano Rosa de. **Teoria do sistema jurídico:** direito, economia, tributação. São Paulo: Ed. Quartier Latin, 2005.

CARVALHO, Marcela Santos de. **Os acordos para evitar a dupla tributação assinados pelo Brasil e as negociações com os Estados Unidos: Históricos e Desafios,** dissertação apresentada à Universidade de Brasília (UnB), 2013, pp. 77-87. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/14541/1/2013_MarcelaSantosCarvalho.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário:** linguagem e método. 2ª edição. São Paulo: Noeses, 2008.

CARVALHO, Paulo de Barros, Tratados Internacionais destinados a evitar a dupla tributação e incidência de imposto sobre a renda no Brasil: análise do regime jurídico tributário das atividades de navegação marítima envolvendo o Brasil e Itália, **Revista Tributária das Américas**, n.1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Derivação e positivação no direito tributário,** Volume I. São Paulo: Noeses, 2011.

CHATLANI, Ravi. Recent Modification of Article 5 to Prevent the Avoidance of the PE Status *in*: BINDER, Ana; WOHRER, Viktoria (eds.). **Special Features of the UN Model Convention**, 1st edition, Vienna: Linde, 2019, pp. 531-554.

CHINA. **State Taxation Administration of the People's Republic of China**. Disponível em: <http://www.chinatax.gov.cn/eng/c101270/c101275/c5112209/content.html> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

CIRILLO, Michaela. The New Tie-Breaker Rule of Dual-Resident Persons other than Individuals *in*: BINDER, Ana; WOHRER, Viktoria (eds.). **Special Features of the UN Model Convention**, 1st edition, Vienna: Linde, 2019, pp. 509-530.

COREIA DO SUL. **National Tax Service**. Disponível em: <https://www.nts.go.kr/eng/resources/resour_02.asp?minfoKey=MINF762008022017 3406> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

DELOITTE. **Corporate Income Tax Rate 2019**. Disponível em: <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/global/Documents/Tax/dttl-tax-corporate-tax-rates.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

EUROPEAN UNION. **DECISÃO (UE) 2019/1252 da COMISSÃO** de 19 de setembro de 2018 relativa às decisões fiscais prévias SA.38945 (2015/C) (ex 2015/NN) (ex 2014/CP) concedidas por Luxemburgo à McDonald's Europe. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2019:195:FULL&from=EN> Acesso 08 de fevereiro de 2018.

FALCÃO, Tatiana. Recent Developments in the Workflow of the U.N. Tax Committee of Experts, **Tax Notes International**, 2018.

FARO, Maurício Pereira Faro; MEIRA, Thaís de Barros. As Novas Regras de Tributação de Lucros no Exterior e o Artigo 7 dos Tratados *in* ROCHA, Sergio André; TÔRRES, Heleno (coords.). **Direito Tributário Internacional Homenagem ao Professor Alberto Xavier**, São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2016.

FETT, Emily. **Triangular Cases: The Application of Bilateral Income Tax Treaties in Multilateral Situation**, Volume 29 in the Doctoral Series, Amsterdam: IBFD, 2014.

FIESP. Departamento de Relações Internacionais e Comércio Exterior. **Análise da Acessão do Brasil à OCDE,** São Paulo, julho/2019. Disponível em: <file:///Users/jaquelinezanetoni/Downloads/file-20190808135443-estudoanalise-da-entrada-do-brasil-na-ocde.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

FINANCIAL TIMES. **Report links McDonald's to EU tax avoidance scandal**, 25 de fevereiro de 2015 Disponível em: <https://www.ft.com/content/aeeaf598-bcfd-11e4-9902-00144feab7de> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

FRANK, Robert H.; BERNANKE, Ben S. **Princípios de economia**. Porto Alegre: AMGH, 2012.

GOMES, Lívio Marcus. Relatório do Projeto de Pesquisa Coletiva "Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)" *in:* SCHOUERI, Luís Eduardo; GOMES, Marcus Lívio (Coord.). **A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS: soluções globais e peculiaridades de países em desenvolvimento**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

IBFD, **Glossary of Tax Terms**. Disponível em: https://www.ibfd.org/ Acesso 07 de fevereiro de 2019.

IFA. **IFA Cahiers 2016 - Volume 101A:** Dispute resolution procedures in international tax matters.

ILADT, **Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario**, ILADT, 2015.

INDIA. **Income Tax Department Governament of India.** Disponível em: <https://www.incometaxindia.gov.in/Pages/international-taxation/old-treaties.aspx> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

IRAWAN, Romi. Historical Development on the OECD's Work on Treaty Abuse i*n*: BLUM, Daniel; SEILER, Markus (eds.), **Preventing Treaty Abuse**, 1st edition (Vienna: Linde, 2016).

JIMÉNEZ, Adolfo J. Martín; PRATS, F. Alfredo García; CARRERO, José M. Calderón. Triangular Cases, Tax Treaties and EC Law: The Saint-Gobain Decision of the ECJ, IBDF, **Tax Bulletin** (2011).

KEMMEREN, Eric C.C.M. Source of Income in Globalizing Economies: Overwiew of the Issues and a Plea for an Origin-Based Approach, IBFD, **Tax Bulletin**, 2016.

KOSTERS, Bart. The United Model Tax Convention and Its Recent Developments, **Asia-Pacific Tax Bulletin**, 2004.

KUZNIACKI, Błażej. **Active Business Test in the MLI's LOB rule: The First Subtes**t, Kluwer International Tax Blog, Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2018/05/17/active-business-test-mlis-lob-rule-first-subtest/> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

LANG, Michael. **Introduction to the Law of Double Taxation Convention,** 2nd edition, Vienna: Linde, 2013.

LENNARD, Michael. The Purpose and Current Status of the United Nations Tax Work, **Asia-Pacific Tax Bulletin**, 2008.

LENNARD, Michael. The UN Model Tax Convention as Compared with the OECD Model Tax Convention – Current Points of Difference and Recent Developments, IBFD, **Asia-Pacific Tax Bulletin**, 2009.

LICHT, Amir N. Games Commissions Play: 2x2 Games of International Securities Regulation. **Yale Journal of International Law**, Volume 24, 1999.

LUKJANENKO, Larissa Polesi**. Lob - Article X (3) of the OECD MC: Active Conduct of a Business** *in*: BLUM, Daniel Blum; SEILER, Markus (eds.), **Preventing Treaty Abuse**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016.

LUXEMBOURG. Service Central of Legislation. **Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et la Fédération de Russie tendant à éviter les doubles impositions et à prévenir l'évasion fiscale en matièred'impôts sur le revenuet sur la fortune**, signée à Moscou, le 28 juin1993.

MARTINS, Flavia. Anti-Abuse Clause for Permanent Establishments in Third Countries *in*: BLUM, Daniel; SEILER, Markus (eds.). **Preventing Treaty Abuse**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016.

MOREIRA, Francisco Lisboa. O Projeto de Combate à Erosão das Bases Tributárias e Movimentação de Lucros (BEPS) da OCDE e a Política Tributária Internacional Brasileira: Algumas Reflexões *in* ROCHA, Sergio André; TÔRRES, Heleno (coords.). **Direito Tributário Internacional Homenagem ao Professor Alberto Xavier**, São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2016.

MORENO, Andrés Báez. The Taxation of Technical Services under the United Nations Model Double Taxation Convention: A Rushed – Yet Appropriate – Proposal for (Developing) Countries?, **World Tax Journal**, 2015, volume 7, n, 3.

MORROW, James. Game Theory for Political Scientists. Princeton, **NJ: Princeton University Press**, 1994.

NOUDARI, Khadija Baggerman; OFFERMANSS, René. Foreign Direct Investment in Developing Countries: Some Tax Considerations and Other Related Legal Matters, IBFD, **Bulletin for International Taxation**, 2016.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia:** Introdução ao Direito Econômico, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OCDE. **Triangular Cases** *in* (R11), 23 de julho de 1992. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2014-full-version/r-11-triangular-cases_9789264239081-104-en#page1> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

OECD, **Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies** (Paris: OECD, 1987).

OECD, **Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies** (Paris: OECD, 1987).

OECD, **Revised Discussion Draft**, BEPS ACTION 6: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, 22 May 2015–17 June 2015.

OECD. **Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related to Prevent Base Erosion and Profit Shifting**.

OECD. **Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties**. Action 15, 2015 Final Report.

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

OECD. **Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting**, 2016. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

OECD. **List of OECD Member countries - Ratification of the Convention on the OECD**. Disponível em: <https://www.oecd.org/about/document/list-oecd-member-countries.htm> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 1977.

OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 1992.

OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2013.

OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**, 2017.

OECD. **OECD Prevention of Treaty Abuse – Peer Review Report on Treaty Shopping: Inclusive Framework on BEPS: Action 6,** Paris, 2019, Chapter 3. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/prevention-of-treaty-abuse-peer-review-report-on-treaty-shopping_9789264312388-en#page1> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

OECD. **Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances**. Action 6, 2015 Final Report.

OECD. **Relatórios Econômicos OCDE Brasil,** fevereiro/2018. Disponível em: <http://www.oecd.org/economy/surveys/Brazil-2018-OECD-economic-survey-overview-Portuguese.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

OECD. **Signatories and Parties to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related to Prevent Base Erosion and Profit Shifting**, Status as of 6 February 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

OCDE. **The 2017 Update to the OECD Model Tax Convention,** november/2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/2017-update-model-tax-convention.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

OECD. **Transfer Pricing in Brazil Towards Convergence with the OECD Standard,** 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/transfer-pricing-in-

brazil-towards-convergence-with-the-oecd-standard.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

OECD. **What is BEPS?** Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/about/> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

OLIVEIRA, Bruno Bastos. **Arbitragem Tributária:** Racionalização e Desenvolvimento Econômico no Brasil, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

OLZHABAYEVA, Dana. The New Limitation on Benefits (LoB) in Article 29 of the UM Model *in*: BINDER, Ana; WOHRER, Viktoria (eds.). **Special Features of the UN Model Convention**, 1st edition, Vienna: Linde, 2019, pp. 555-589.

ORLANDI, Marco. Article 8: Are the Underlying Reasons for Granting a Special Rule Still Valid? *in*: BINDER, Ana; WOHRER, Viktoria (eds.). **Special Features of the UN Model Convention**, 1st edition, Vienna: Linde, 2019, pp. 237-261.

PÉREZ, Rafael Ramírez Moreno. The New General Anti-Abuse Rule in Article 29(9) *in*: BINDER, Ana; WOHRER, Viktoria (eds.). **Special Features of the UN Model Convention**, 1st edition, Vienna: Linde, 2019, pp. 617-637.

PETRUZZI, Rafaelle; WOHRER, Viktoria. Business Profits, Permanent Establishments and Associated Enterprises *in*: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (eds.). **The UN Model Convention and Its Relevance for the Global Tax Treaty Network**.

PWC. **Mexico. Individual - Foreign tax relief and tax treaties**. Disponível em: <http://taxsummaries.pwc.com/ID/Mexico-Individual-Foreign-tax-relief-and-tax-treaties> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

RIBEIRO, Maria de Fátima. Considerações sobre as Medidas Fiscais estabelecidas para fazer frentes às crises econômicas e as repercussões no Desenvolvimento Econômico *in* FERREIRA, Eduardo Paz; TÔRRES, Heleno Taveira; PALMA, Clotilde

Celorico (org.), **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Alberto Xavier**, Vol. II**,** Portugal: Almedina, 2013, pp. 223-250.

RIBEIRO, Maria de Fátima.; MACIEL, L. P. . Um Olhar sobre a Efetividade das Políticas Públicas na Busca da Justiça Social. **Revista de Direito Tributário e Financeiro**, v. 3 N 2, pp. 23-44, 2017.

ROCHA, Sérgio André. **Interpretação dos tratados para evitar a bitributação da renda,** 2ª edição, São Paulo: Quartier Latin, 2013.

ROCHA, Sérgio André. The Other Side of BEPS: "Imperial Taxation" and "International Tax Imperialism" *in:* ROCHA, André; CHRUSTIANS, Allison (eds.), **Tax Sovereighty in the BEPS,** 1st edition, The Netherlands: Kluwer Law International, 2017.

ROSENBLATT, Paulo. **General Anti-Avoidance Rules for Major Developing Countries**, Aphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Law & Business, 2015.

RÚSSIA. **Federal Tax Services of Russia**. Disponível em: <https://www.nalog.ru/eng/international_cooperation/dta/> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

RUST, Alexander; WOHRER, Viktoria, Anti-Abuse Clauses for Permanent Establishments Located in Third Countries *in*: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; RUST, Alexander; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus; SOTRCK, Alfred (eds.). **Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)**, 1st edition, Vienna: Linde, 2016.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; ANDRADE, Sinara Lacerda. A construção complexa do desenvolvimento: uma análise pelo prisma da teoria da complexidade**, Revista Brasileira de Direito**, v. 14, n. 2 (2018), pp. 180-197. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2667> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

SAGAR, Suhas. How “Limited” is Limited Force of Attraction? An Analysis of the Relevant Case Law and the Potential Implications of the OECD/G2O BEPS Initiative, IBFD, **Bulletin for International Taxation**, march/april, 2017, pp.180-213.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Contribuição à História dos Acordos de Bitributação: a Experiência Brasileira, **Revista Direito Tributário Atual**, 22, São Paulo: Dialética, 2008.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica,** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Notas sobre os tratados internacionais sobre tributação:** Tratados internacionais na ordem jurídica brasileira, São Paulo: Lex Editora S.A./Aduaneiras, 2005.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Preços de Transferência do direito tributário brasileiro,** 2ª edição, São Paulo: Dialética, 2006.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Tratados e convenções internacionais sobre tributação, **Revista Direito Tributário Atual**, n. 17, São Paulo: Dialética, 2003.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Tributação e Cooperação Internacional, **Revista de Direito Tributário Atual**, 2004.

SILVEIRA, V. O.; RIBEIRO, E. B. N. . Ética: conteúdo da responsabilidade corporativa e desdobramento da função solidária da empresa. **Argumentum (UNIMAR)**, v. 16, p. 37-54, 2015.

SUGARMAN, Ian K. The U.S. Netherlands Income Tax Treaty: Closing the Doors on the Treaty Shoppers, **Fordham International Law Journal**, (volume 17, 1993, Article 9).

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A prova do direito tributário.** 1ª Ed., São Paulo: Noeses, 2006.

TÔRRES, Heleno Taveira. A Qualificação dos Serviços não Técnicos como lucros de Empresas nas Convenções para Evitar a Dupla Tributação *in* ROCHA, Sergio André; TÔRRES, Heleno (coords.). **Direito Tributário Internacional Homenagem ao Professor Alberto Xavier**, São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2016, pp.249-267.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Derecho tributário y Derecho privado.** Autonomia privada, simulación y elusión tributaria, Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito tributário e direito privado**. Autonomia privada, simulação e elusão tributária. São Paulo: RT, 2000.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Direito Tributário Internacional:** planejamento tributário e operações transnacionais. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. **Planejamento tributário:** elisão e evasão fiscal. 2ed. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2013.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. **Direito contratual como redutor das falhas de mercado**. 2013. 211f. Dissertação (Mestrado em Direito). UFGRS. Porto Alegre, 2013.

UCKMAR, Victor. **Double Taxation Convention** *in:* AMATUCCI, Andrea. **International Tax Law,** The Netherlands: Kluwer Law International, 2012, chapter VI.

UNITED NATIONS. **Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, 1980**.

UNITED NATIONS. **Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, 2001**.

UNITED NATIONS. **Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, 2011**.

UNITED NATIONS. **Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, 2017**.

UNITED NATIONS. **Report on the twelfth and thirteenth Sessions of the Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters** (E/2016/45-E/C.18/2016/7).

UNITED NATIONS. **United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries,** edited by Alexander Trepelkov, Harry Tonino and Dominika Halka, 2sd. Edition, New York, 2017.

UNITED NATIONS. **World Economic Situation Prospects 2020**. Disponível em: <https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/WESP2020_FullReport.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

UNITED NATIONS. **World Investment Report 2015 - Reforming International Investment Governance, United Nations Conference on Trade and Development (**UNCTAD), p. 200 e ss. Disponível em: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf Acesso 29 de maio de 2019.

UNITED STATES. Internal Revenue Services, **Tax Convention with Luxembourg**, signed at Luxembourg on April 3, 1996, and entered into force on December 20, 2000.

UNITED STATES. Internal Revenue Services, **Tax Convention with the Netherlands,** general efective date under article 37: 1 january 1994.

U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. **Preambule to 2016 U.S. Model Income Tax Convention (2016)**. Disponível em: <https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Preamble-US%20Model-2016.pdf> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY. Press Center. **Treasury Announces Release of 2016 U.S. Model Income Tax Treaty**, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Pages/jl0356.aspx> Acesso 08 de fevereiro de 2020.

UNITED STATES. **United States Model Income Tax Covention,** 2016.

VIENNA CONVETION. **Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais**, concluída em Viena, em 23 de maio de 1969.

VITA, Jonathan Barros. As Convenções para evitar a Dupla Tributação Brasileiras: Técnicas de Negociações e Análise Estrutural segundo os Modelos OCDE e ONU, **Revista Direito Tributário Atual**, 2010.

VITA, Jonathan Barros. Estabelecimento permanente pós-BEPS e a economia digital: entre a retenção na fonte e novos tributos no plano da disputa entre OCDE e UE. *In*: SOUZA, Priscila; CARVALHO, Paulo de Barros. (Org.). **30 Anos da Constituição Federal e o Sistema Tributário Brasileiro**. 1ed.São Paulo: Noeses, 2018.

VITA, Jonathan Barros. **Os Conflitos entre Estruturas Normativas nas Arbitragens Internacionais: uma Análise sintática e Sistêmica** *in* Arbitragem Internacional UNIDOIT, CISG e Direito Internacional, São Paulo: Quartier Latin, 2011, pp. 51-78.

VITA, Jonathan Barros. **Preços de transferência:** atualizado com as Leis 12.715 e 12.766 e a instrução normativa 1.312, com as alterações das INs 1.322 e 1.395, 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais : FISCOSoft Editora, 2014. v. 1. 472p.

VITA, Jonathan Barros. **Teoria Geral do Direito:** Direito Internacional e Direito Tributário, São Paulo: Quartier Latin, 2011.

VOGEL, Klaus. **Double Tax Treaties and Their Interpretation**, 4 Int'l Tax & Bus. Law. 1 (1986).

VOGEL, Klaus. **Double Taxation Conventions,** edited by REIMER, Ekkehart; RUST, Alexander, 4th edition, 2015, The Netherlands: Kluwer Law International, 2015.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil,** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ZANETONI, Jaqueline de Paula Leite; VITA, Jonathan Barros. Concorrência Tributária Internacional: O Dilema dos Prisioneiros, **Anais do VII Congresso Nacional da FEPODI**, 2020 pp. 904-911, disponível em: <https://drive.google.com/file/d/12-tqG6W66_7uvYJUnHwrgh7yRw0GG_FG/view> Acesso 20 de fevereiro de 2020.