

GABRIEL BEZ-BATTI

**A REGRA DE NÃO DISCRIMINAÇÃO EM FUNÇÃO DA RESIDÊNCIA
DOS TITULARES DO CAPITAL NOS ACORDOS PARA EVITAR A
BITRIBUTAÇÃO**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Dr. Luís Eduardo Schoueri

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2023

GABRIEL BEZ-BATTI

**A REGRA DE NÃO DISCRIMINAÇÃO EM FUNÇÃO DA RESIDÊNCIA
DOS TITULARES DO CAPITAL NOS ACORDOS PARA EVITAR A
BITRIBUTAÇÃO**

Projeto de Dissertação de Mestrado, apresentado à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito Econômico, Financeiro e Tributário, sob a orientação do Prof. Titular Dr. Luís Eduardo Schoueri.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2023

Autorizo a reprodução e divulgação parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação

Serviço de Biblioteca e Documentação

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

Bez-Batti, Gabriel.

A regra de não discriminação em função da residência dos titulares do capital nos acordos para evitar a bitributação / Gabriel Bez-Batti; Orientador Professor Titular Dr. Luís Eduardo Schoueri – São Paulo, 2023.

Dissertação (Mestrado – Programa de Pós-graduação em Direito – Direito Econômico, Financeiro e Tributário) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

1. Direito Tributário Internacional 2. Acordos para evitar a dupla tributação 3. Não discriminação 4. 24 (5)

Nome: Gabriel Bez-Batti

Título: A regra de não discriminação em função da residência dos titulares do capital nos acordos para evitar a bitributação

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito na subárea de Direito Tributário, na Área de Concentração “Direito Econômico, Financeiro e Tributário”, sob a orientação do Professor Titular Dr. Luís Eduardo Schoueri.

Aprovado em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Professor Titular Luís Eduardo Schoueri Instituição: FDUSP

(Orientador)

Assinatura: _____ Julgamento: _____

Professor: _____ Instituição: _____

Assinatura: _____ Julgamento: _____

Professor: _____ Instituição: _____

Assinatura: _____ Julgamento: _____

Professor: _____ Instituição: _____

Assinatura: _____ Julgamento: _____

A Deus e à minha família,

Por tudo.

AGRADECIMENTOS

Estudar na FDUSP foi um sonho, que realizei com muita intensidade. Apesar da vida corrida do nosso escritório (Brigagão, Duque Estrada Advogados), ser mestre pela faculdade de Direito mais tradicional do País virou uma obsessão.

Confesso que ser orientado pela Professor Schoueri também fazia parte desse sonho. Qualquer profissional que atua na área tributária se impressiona com a forma como ele é apaixonado pelo que faz, e isso contagia. Tinha que ser com ele.

Após um período em Viena, em que cursei o LLM em International Tax Law na Wirtschaftsuniversität Wien, prestei a prova do mestrado da USP e tive a honra de ser escolhido pelo Professor Schoueri, que até então não me conhecia. Quando fui informado dessa escolha, comemorei muito. Sem dúvida alguma, um dos momentos mais felizes da minha vida.

Por isso, meu primeiro agradecimento tem que ser a ele, e a todos os meus colegas da São Francisco e do IBDT. Obrigado Guilherme Galdino, pela coordenação e empenho nas atividades da monitoria, Leonardo Pignatari, Bruno Fettermann, Diogo Olm, Felipe Amaro, Raphael Lavez, Alina Miyake e Eloiza Pereira, a melhor bibliotecária do mundo.

Agradeço ao meu querido amigo, colega de escritório e da São Francisco, Eduardo Muniz, uma pessoa rara, que me deu muitas forças durante todo o período de mestrado. O Eduardo, além de ser um grande professor, é um grande profissional e, mais que tudo, uma grande pessoa, que eu tenho orgulho de chamar de irmão.

Agradeço ao Roberto Duque Estrada, por toda confiança depositada. Foi ele que me deu o primeiro abraço após a aprovação. Quando o Roberto me chamou para trabalhar com ele, a primeira frase que eu lhe disse foi: “confia em mim”. Desde então, lá se vão alguns anos de parceria, que perdurarão, se Deus quiser, por muito tempo.

Agradeço ao Gustavo Brigagão, pelo exemplo de ética, técnica, excelência, responsabilidade, postura, perfeccionismo, profissionalismo e compromisso com o resultado, e por depositar tanta confiança em mim, tornando-se um professor particular de primeira linha, em todos os sentidos.

Agradeço aos colegas de Brigagão Duque Estrada Advogados, por tanto companheirismo e dedicação.

À minha família, por tudo. São as pessoas mais importantes que tenho na vida. Sem eles, não conseguiria absolutamente nada. Por eles, portanto, faço tudo.

Aos meus pais, Jane e Paulo, por toda a educação, à minha madrinha, Tomasia, por ser um exemplo de vida e cuidado, enfim, nada que conquisei até agora seria possível sem ela; à minha irmã, Tatiana, cunhado, Rodrigo, e sobrinhos, Rodrigo e Ana Luisa, por tanta ajuda e amor. Ao meu irmão João Marcelo, por estar sempre ao meu lado.

Aos meus amigos queridos, estejam eles em Tubarão-SC, Estados Unidos, Viena, França, Rio de Janeiro e São Paulo.

A Deus, muito obrigado.

BEZ-BATTI, Gabriel. *A regra de não discriminação em função da residência dos titulares do capital nos acordos para evitar a bitributação*. 2023. 210 p. Dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

RESUMO

O presente trabalho tem como tema central a análise da regra de não discriminação em função da residência dos titulares do capital prevista nos acordos de bitributação assinados pelo Brasil, que corresponde ao parágrafo 5 do artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE.

No Capítulo 1, serão analisados os aspectos históricos da referida cláusula — passando pelo trabalho da Liga das Nações e dos trabalhos da OCDE sobre o tema — e a sua interação com as outras regras de não discriminação previstas nos acordos de bitributação.

Além disso, será verificada a importância da referida cláusula para fomentar a neutralidade de capitais e a sua interação com os princípios da igualdade, da igualdade tributária e da capacidade contributiva, previstos na maior parte dos ordenamentos jurídicos modernos.

No Capítulo 2, serão analisadas as particularidades da regra prevista no parágrafo 5 do artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE, por meio do estudo de detalhes importantes sobre a sua redação, o método de comparação, a forma de sua interpretação e as situações em que tal dispositivo não deve ser aplicado.

Cada um desses pontos será analisado sob a perspectiva brasileira, por meio de exemplos que terão o objetivo de facilitar a compreensão do leitor.

Ao final, no Capítulo 3, pretende-se estudar os casos brasileiros em que a regra de não discriminação prevista nesse parágrafo foi ou poderia ser invocada.

Não se pretende, neste estudo, fazer uma análise pormenorizada da aplicação das regras de não discriminação pelas cortes europeias. O objetivo é restringir o estudo à realidade brasileira.

Palavras-Chave: 1. Direito Tributário Internacional; 2. Acordos para evitar a dupla tributação; 3. Não discriminação; 4. Capital estrangeiro.

BEZ-BATTI, Gabriel. *The non-discrimination rule based on the residence of the capital holders in the double taxation agreements*. 2023. 210 p. Dissertation (Master Degree), Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2023.

ABSTRACT

The objective of this study is to analyze the non-discrimination rule provided in paragraph 5 of article 24 of the OECD Model Convention.

Chapter 1 will dive into the historical aspects of that clause — passing through the work of the League of Nations and the work of the OECD on the subject — and its interaction with other non-discrimination rules provided in double taxation agreements.

In addition, it will analyze the importance of that clause, how it can promote the neutrality of capital (CEN and CIN) and how it interacts with the principles of equality, tax equality, and ability to pay.

Chapter 2, in turn, goes through important details about the wording of Article 24 (5), its method of comparison, how it should be interpreted, and the situations in which such provision should not be applied.

Each of these points will be analyzed from the Brazilian perspective, through examples with the objective to facilitate the reader's understanding.

Finally, in Chapter 3, we intend to study Brazilian cases in which the non-discrimination rule provided in this paragraph has been or could be invoked.

It is not intended, in this study, to make a detailed analysis of the application of non-discrimination rules by European courts. The objective is to restrict the study to the Brazilian reality.

Keywords: 1. International taxation; 2. Double tax agreements; 3. Non-discrimination; 4. Foreign capital.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Cláusulas de não-discriminação nos acordos de bitributação assinados pelo Brasil ..	36
Figura 2 – Exemplo de neutralidade na importação de capitais I.....	47
Figura 3 – Exemplo de neutralidade na importação de capitais II	49
Figura 4 – Capacidade contributiva idêntica.....	55
Figura 5 – Capacidade contributiva distinta.....	56
Figura 6 – Distinção na residência	59
Figura 7 – Distinção na residência dos sócios.....	61
Figura 8 – Controle indireto	75
Figura 9 – Distinção na residência dos sócios.....	81
Figura 10 – Teste de comparação I	84
Figura 11 – Teste de comparação II	84
Figura 12 – Teste de comparação III.....	85
Figura 13 - Discriminação proibida pela maioria dos tratados.....	94
Figura 14 - Discriminação proibida pelos tratados assinados com Emirados Árabes Unidos, Argentina, Canadá, Chile, Coreia do Sul, Filipinas, Hungria, Índia, Israel, Itália, Noruega, Peru, Singapura, Trinidad e Tobago e Ucrânia.....	94
Figura 15 – Distribuição de dividendos I.....	112
Figura 16 – Distribuição de dividendos II.....	113
Figura 17 – Consolidação de lucros I.....	115
Figura 18 – Consolidação de lucros II	118
Figura 19 – Regras de consolidação de lucros na França.....	124
Figura 20 – Regras de consolidação de lucros na Holanda.....	126
Figura 21 – Simples Nacional	170
Figura 22 – Teste de comparação II	174

LISTA DE ABREVIATURAS

Bacen – Banco Central do Brasil

BEPS – Base erosion and profit shifting (em português, erosão de base e transferência de lucros)

Carf – Conselho de Administração de Recursos Fiscais

CEN – Capital Export Neutrality

CGI – Code Général des Impôts

CIN – Capital Import Neutrality

CM-OCDE – Convenção Modelo da OCDE

CPC – Código de Processo Civil

CSL – Contribuição Social sobre o Lucro

CST – Coordenação do Sistema de Tributação

CTN – Código Tributário Nacional

CVDT – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

DDL – Distribuição Disfarçada de Lucros

DL – Decreto-Lei

FGV – Fundação Getúlio Vargas

ICPC – Interpretação do Comitê de Pronunciamentos Contábeis

IN RFB – Instrução Normativa da Receita Federal do Brasil

INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial

IFRS – International Financial Reporting Standards Foundation

IRRF – Imposto de Renda Retido na Fonte

IRPJ – Imposto de Renda da Pessoa Jurídica

IRRF – Imposto de Renda Retido na Fonte

IRS – Internal Revenue Service, serviço de receita norteamericano

JCP – Juros sobre Capital Próprio

OCDE (ou OECD) – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (em inglês, Organisation for Economic Co-operation and Development)

OECE/OCDE – Organização Europeia de Cooperação Econômica da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

ONU – Organização das Nações Unidas

OPA – Oferta Pública de Ações

Refis – Programa de Recuperação Fiscal

RFB – Receita Federal do Brasil

RIR – Regulamento do Imposto de Renda

SA – Sociedade Anônima

TD – Treasury Decision (em referência ao Tesouro norteamericano)

TJUE – Tribunal de Justiça da União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. A CLÁUSULA DE NÃO DISCRIMINAÇÃO DO ARTIGO 24 DA CONVENÇÃO MODELO DA OCDE E SEUS OBJETIVOS.....	18
1.1 Contexto histórico	18
1.1.1 As regras de não discriminação nas Convenções Modelo.....	24
1.2 O trabalho da Liga das Nações.....	26
1.3 As cláusulas de não discriminação na Convenção Modelo atual	31
1.4 A regra de não discriminação e a neutralidade fiscal	39
1.4.1 Neutralidade na importação de capital e a regra de não discriminação prevista nos acordos de bitributação assinados pelo Brasil	44
1.5 A proteção da igualdade.....	50
1.5.1 A residência como critério relevante de discriminação.....	56
1.5.2 As regras de não discriminação dos acordos de bitributação	58
1.5.3 A cláusula de não discriminação é essencial, mesmo diante do princípio da igualdade previsto na Constituição Federal.....	62
1.6 A cláusula de não discriminação e a atribuição de competência ao Superior Tribunal de Justiça para a interpretação das regras dos tratados	68
2. A CLÁUSULA DE NÃO DISCRIMINAÇÃO DO ARTIGO 24 (5).....	72
2.1 Aspectos introdutórios.....	72
2.2 A questão da detenção ou controle.....	74
2.3 Tributação diversa ou mais onerosa	76
2.3.1 Acordos assinados pelo Brasil.....	80
2.4 A discriminação com base na residência.....	80
2.5 Teste de comparabilidade.....	81
2.6 By reason of ownership.....	87
2.7 A redação do artigo 24 (5) das Convenções Modelo da OCDE e da ONU.....	92
2.8 Protocolos dos acordos de bitributação assinados pelo Brasil	96
2.9 Os Comentários ao artigo 24 (5) das Convenções Modelo da OCDE e da ONU	99
2.9.1 A relevância dos Comentários ao artigo 25 (5).....	99
2.9.2 Os Comentários ao artigo 24 (5): aspectos históricos	103
2.9.3 Os Comentários ao artigo 24 (5): questões atuais	104
2.9.4 Discriminação da sociedade no Brasil ou do sócio localizado no exterior? A questão da tributação na fonte sobre rendas passivas.....	105
2.9.5 Discriminação da sociedade no Brasil ou do sócio localizado no exterior? Um exemplo com os Juros Sobre o Capital Próprio (“JCP”).....	109
2.9.6 Distribuição de dividendos.....	111

2.9.7	Consolidação de lucros, transferência de prejuízos e transmissão de ativos sem tributação	114
2.9.8	Consolidação de lucros, transferência de prejuízos e transmissão de ativos sem tributação: análise da compatibilidade das regras brasileiras com o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE	120
2.9.9	Regras de consolidação de lucros na Europa	123
2.9.10	Pagamento de juros	129
2.9.11	As regras brasileiras de subcapitalização	130
2.9.12	As regras de subcapitalização e a não discriminação prevista no parágrafo 4 do artigo 24 (4) da Convenção Modelo da OCDE	132
3.	A REGRA DE NÃO DISCRIMINAÇÃO EM FUNÇÃO DA RESIDÊNCIA DOS TITULARES DO CAPITAL NOS ACORDOS PARA EVITAR A BITRIBUTAÇÃO E A LEGISLAÇÃO FISCAL BRASILEIRA	137
3.1	Aspectos introdutórios	137
3.1.1	As regras de preços de transferência no Brasil e a não discriminação prevista no parágrafo 5 do artigo 24	138
3.2	As regras de dedutibilidade do ágio	143
3.2.1	O regime jurídico do ágio e a regra do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE	149
3.2.2	Nossa opinião sobre o tema	150
3.3	As regras brasileiras de dedução de royalties	152
3.4	Jurisprudência do Carf	161
3.5	As regras brasileiras de dedução de royalties violam o art. 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE?	164
3.5.1	Dos tratados que estabelecem em protocolo que não há discriminação	164
3.5.2	A exigência de registro no Bacen viola o artigo 24 (5)?	166
3.6	Simples Nacional e a regra do art. 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE	169
3.7	A interação entre os parágrafos (5) e (6) do artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE	171
3.8	Acordos brasileiros que preveem redação distinta ao artigo 24 (5)	173
4.	CONCLUSÃO	177
	Capítulo I	177
	Capítulo II	180
	Capítulo III	186
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	190

INTRODUÇÃO

Uma das funções dos acordos de bitributação é alocar competências tributárias para os Estados de residência ou fonte, a depender da qualificação que é dada a determinado rendimento. De fato, desde a assinatura do primeiro acordo contra a bitributação de que se tem notícia, o objetivo visado consiste em evitar que ocorra a dupla tributação jurídica da renda, para proteger os investimentos internos e estimular os investimentos realizados pelos nacionais e residentes de outros países.

A alocação de competências tributárias é tão intrínseca aos acordos de bitributação que poucos estudos são realizados em relação às cláusulas adjacentes, como a da não discriminação, cujo objetivo é impedir que sujeitos em condições comparáveis sejam tratados de forma desigual.

Corolário do princípio da igualdade, a cláusula de não discriminação tributária visa a impedir que nacionais e residentes de um Estado sejam tributados de forma mais onerosa no outro Estado, somente em razão da sua condição de “não-nacional” ou “não residente”.

O estudo da regra de não discriminação tributária, mesmo que de fundamental importância, é ainda incipiente no País, e a sua utilização em casos concretos pode ser mais bem explorada.

A análise da regra de não discriminação nos países desenvolvidos e em desenvolvimento, como a China e a Índia, está muito mais avançada, em comparação ao estudo sobre o tema no Brasil. Na União Europeia, análise mais profunda do princípio da não discriminação é constantemente realizada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”).

O objetivo desta dissertação é mostrar ao leitor as particularidades do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE/ONU, que trata da regra de não discriminação em função da residência dos titulares do capital, presente em todos os acordos de bitributação firmados pelo Brasil até agora.

A redação desse dispositivo, na maioria dos acordos, está em consonância com a recomendada pela OCDE e ONU nas suas Convenções Modelo, e dispõe que as empresas de um Estado Contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por uma ou várias pessoas residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado, a nenhuma tributação ou

obrigação correspondente diversa ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro Estado.

Porém, há acordos de bitributação assinados pelo Brasil que preveem redação distinta ao referido dispositivo, e estabelecem que a sociedade residente no Estado Contratante, cujo capital é detido ou controlado por não residente, não pode ser tratada de forma distinta àquela cujo capital é detido ou controlado por residente em terceiro Estado.

A diferença na redação do parágrafo 5 do artigo 24 das Convenções Modelo da ONU e OCDE não é particularidade dos acordos de bitributação firmados pelo Brasil com aqueles países.

No ano de 1999, data em que a Convenção Modelo das Nações Unidas foi revisada, alguns membros de países em desenvolvimento destacaram que medidas especiais, previstas na legislação interna dos seus países e aplicáveis a todas as empresas estrangeiras, não deveriam ser tratadas como discriminatórias. Por conta disso, esses países propuseram, na Convenção, a redação mencionada acima (“whose capital is totally or partially, directly or indirectly, held or controlled by one or several residents of a third State”).

Não obstante, o Brasil foi o único país que reservou o seu direito de incluir tal redação no artigo 24 (5).

Este estudo irá realizar um histórico da referida cláusula de não discriminação, analisar as suas particularidades e identificar, ao final, se tal dispositivo está em conflito com algumas das principais regras brasileiras de tributação.

Para tanto, será realizado, no Capítulo I, um contexto histórico da cláusula, por meio da análise dos documentos firmados pelas organizações internacionais à época que constituíram grupos de trabalho com o objetivo de evitar a dupla tributação da renda. Além disso, no Capítulo I serão verificados os objetivos pelos quais as regras de não discriminação são importantes nos acordos de bitributação.

Entre esses objetivos, destaca-se a sua utilidade para fomentar a neutralidade na exportação e importação de capitais, a sua interrelação com o princípio da igualdade e a sua eficiência para impedir que o Estado da fonte tribute a parcela do rendimento que competiria ao Estado de residência.

De fato, as regras de não discriminação obstam que o Estado da fonte imponha carga tributária mais elevada — ou, em alguns casos, distinta — ao não nacional ou ao não residente, até o montante que será creditável no Estado de residência. Caso o

Estado da fonte imponha carga tributária mais elevada ao não residente ou ao não nacional, tal medida pode prejudicar a neutralidade na exportação de capitais e a divisão da carga tributária acordada entre os estados contratantes.

Além dessas funções relevantes, as regras de não discriminação previstas nos acordos de bitributação firmados pelo Brasil também têm a função de atribuir competência ao Superior Tribunal de Justiça para analisar questões relacionadas à igualdade tributária.

No Capítulo II, por sua vez, serão analisadas as particularidades da cláusula de não discriminação prevista no artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE/ONU. O objetivo, aqui, é identificar a redação da referida cláusula de não discriminação, as hipóteses em que ela pode e deve ser utilizada, como deve ser realizado o teste de comparabilidade e como a OCDE, nos Comentários à sua Convenção Modelo, entende que tal dispositivo deve ser aplicado.

Já de início, é importante frisar nossa posição de que não há violação ao artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE/ONU se o critério de distinção não for o controle ou detenção do capital da empresa por não residente ou se tal critério não for a causa do tratamento discriminatório. Em contrapartida, haverá discriminação se o critério proibitivo estiver presente (controle ou detenção por não residente) e tal critério for o motivo do tratamento distinto, ainda que, junto a ele, referida regra preveja outro critério de discriminação.

No Capítulo III, por fim, serão demonstradas algumas hipóteses em que a referida cláusula de não discriminação pode ou não ser invocada no contexto jurídico brasileiro. Para tanto, serão analisadas — sem a pretensão de esgotar as hipóteses em que as regras brasileiras de tributação são compatíveis ou não com tal cláusula — a compatibilidade do artigo 24 (5) com as regras brasileiras de preços de transferência, ágio, dedutibilidade de *royalties* e Simples Nacional.

Além disso, é necessário verificar a correlação desse dispositivo com o artigo 24 (6) da Convenção Modelo da OCDE, segundo o qual “as disposições do presente artigo (não discriminação), sem prejuízo do disposto no artigo 2º, aplicam-se aos impostos de qualquer espécie e natureza.

Os acordos de bitributação que preveem referido dispositivo devem ser lidos no sentido de que a detenção ou o controle do capital da empresa subsidiária localizada no outro Estado contratante não pode implicar cobrança distinta de quaisquer tributos e

obrigações acessórias, sejam tais tributos e obrigações incidentes, ou não, sobre o capital e a renda.

Para a realização deste trabalho, foi imprescindível a análise aprofundada do parágrafo 5 do artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE, incluindo o seu contexto histórico, além do estudo da jurisprudência sobre o tema, de discussões e de palestras internacionais que tratam da regra de não discriminação. Por fim, a constante discussão dos temas objeto da pesquisa nas aulas ministradas no decorrer do curso do mestrado foi igualmente relevante para a discussão científica, de forma a construir premissas discutidas e testadas com a coletividade acadêmica.

1. A CLÁUSULA DE NÃO DISCRIMINAÇÃO DO ARTIGO 24 DA CONVENÇÃO MODELO DA OCDE E SEUS OBJETIVOS

Neste primeiro capítulo, serão verificados os objetivos pelos quais as regras de não discriminação são importantes nos acordos de bitributação.

Entre esses objetivos, destaca-se a sua utilidade para fomentar a neutralidade na exportação e importação de capitais, a sua interrelação com o princípio da igualdade e a sua eficiência para impedir que o Estado da fonte tribute a parcela do rendimento que competiria ao Estado de residência.

De fato, as regras de não discriminação obstam que o Estado da fonte imponha carga tributária mais elevada — ou, em alguns casos, distinta — ao não nacional ou ao não residente, até o montante que será creditável no Estado de residência. Caso o Estado da fonte imponha carga tributária mais elevada ao não residente ou ao não nacional, tal medida pode prejudicar a neutralidade na exportação de capitais e a divisão da carga tributária acordada entre os estados contratantes.

Além dessas funções relevantes, as regras de não discriminação previstas nos acordos de bitributação firmados pelo Brasil também têm a função de atribuir competência ao Superior Tribunal de Justiça para analisar questões relacionadas à igualdade tributária.

1.1 Contexto histórico

Enquanto a função predominante dos acordos tributários é afastar a bitributação da renda (função imediata)¹ e facilitar o fluxo de capitais e serviços entre as partes (função mediata), a sua principal característica é alocar competências tributárias para os Estados de residência e fonte, a depender da qualificação de determinado rendimento.

As regras estabelecidas na Convenção Modelo da OCDE dispõem que os rendimentos qualificados como “ativos”, como os lucros das empresas, devem ser tributados, em linhas gerais, no Estado de residência — linhas gerais porque o Estado da fonte, onde está localizado o estabelecimento permanente de residente no outro Estado

¹ BUHLER, Ottmar. **Principios de Derecho Internacional Tributario**. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1968, p. 223.

Contratante, também pode realizar a tributação da renda ativa —, enquanto os rendimentos qualificados como “passivos”, como os dividendos, juros e aluguéis podem ser tributados no Estado da fonte, mas com limitação.

Desde a assinatura do primeiro acordo de bitributação de que se tem notícia — o primeiro acordo de bitributação foi concluído entre a Áustria-Hungria e a Prússia em 1899 e foi amplamente baseado na Lei Alemã para Evitar a Dupla Tributação de 1870² — o seu objetivo consiste em impedir a dupla tributação jurídica da renda, para proteger os investimentos internos e estimular os investimentos realizados pelos nacionais/residentes de um Estado em outros países (ainda que referido dogma seja contestado por autores como Ramon Tomazela,³ que entende que, em algumas situações, os acordos de bitributação também impedem a dupla tributação econômica da renda).

Como a alocação de competências tributárias é intrínseca aos acordos tributários, muitos estudos são realizados para analisar o alcance das regras de dividendos, *royalties*, juros etc., mas poucos são realizados para analisar a extensão de cláusulas adjacentes, como a da não discriminação, cujo objetivo é impedir que sujeitos em condições comparáveis sejam tratados de forma desigual.

VAN RAAD⁴ afirma, inclusive, que “uma norma de não discriminação não é um ingrediente necessário, nem mesmo óbvio, de um acordo de bitributação”. Em outro estudo, o autor⁵ pontua que o artigo de não discriminação, conforme estabelecido no artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE, constitui “coleção incoerente de cláusulas bastante restritas”.

Philip BAKER⁶ compartilha da mesma impressão: para o autor, o artigo 24 se encaixa mal na estrutura geral da Convenção Modelo da OCDE. Da mesma forma, BRUNS⁷ cita que as regras de não discriminação previstas nos acordos de bitributação têm sido criticadas por não serem efetivas, pois, em geral, referidas cláusulas não são suscitadas com sucesso pelos contribuintes.

² BAMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and European tax law**. Amsterdam: IBFD, 2012.

³ O autor, no seu livro, discorre sobre inúmeras situações em que a OCDE admite a aplicação de acordos de bitributação para impedir a dupla tributação econômica da renda. SANTOS, Ramon Tomazela. **A dupla tributação econômica da renda e os acordos de bitributação**. São Paulo, IBDT, 2021.

⁴ VAN RAAD, Kees. **Não-discriminação na tributação de operações transnacionais: escopo e questões conceituais**. São Paulo: Dialética/IBDT, 2005, p. 58.

⁵ VAN RAAD, Kees. **Issues in the Application of Tax Treaty Non-Discrimination Clauses**. Amsterdam: IBFD, 1988, p. 347.

⁶ BAKER, Philip. **Double Taxation Conventions**. London: Sweet & Maxwell, 2014.

⁷ BRUNS, Silke. **Taxation and Non-Discrimination: Clarification and Reconsideration by the OECD**. [S.L.]: European Taxation, 2008, p. 15.

O autor inglês⁸ entende, porém, que o fato de referidas cláusulas não serem suscitadas pelos contribuintes não indica, por si só, que as regras de não discriminação são ineficazes, pois tal situação pode significar, também, que por conta de tais regras (não discriminação) os Estados se abstiveram de introduzir, na sua legislação interna, normas fiscais discriminatórias.

De fato, o Artigo 24 não dispõe de conceito abrangente da regra de não discriminação. Na verdade, o dispositivo lida com casos selecionados de discriminação cujo escopo é bastante limitado.⁹

Recep BAGCI,¹⁰ por sua vez, explica que o artigo 24 tem sido pouco discutido no âmbito da OCDE e da literatura tributária pelo fato de os Comentários à Convenção Modelo da OCDE preverem uma série de restrições gerais sobre a aplicação do dispositivo que, em grande medida, reduzem a sua relevância.

Como exemplo, tenha-se a regra do artigo 24 (5) da Convenção Modelo — objeto deste trabalho —, sobre a qual a Organização, nos Comentários à sua Convenção Modelo, refere-se apenas às hipóteses em que tal dispositivo não pode ser aplicado, cabendo ao intérprete identificar quais são as situações que tais regras podem e devem ser aplicadas.

O objetivo de impedir a discriminação nas relações internacionais não diz respeito apenas no artigo 24, mas a toda Convenção Modelo da OCDE. A cláusula de não discriminação não deve ser analisada de forma isolada, mas em conjunto com a totalidade do acordo de bitributação.¹¹ Note-se que a referida cláusula, por impedir a discriminação em diversas situações (como deduções de despesas, tributação de estabelecimentos permanentes, origem do capital, nacionalidade), dialoga com outras disposições do acordo, o que demonstra a sua importância.

⁸ BRUNS, Silke. **Taxation and Non-Discrimination: Clarification and Reconsideration by the OECD**. [S.L.]: European Taxation, 2008, p. 15.

⁹ DZIURDS, Kasper. **Non-discrimination in Tax Treaty Law and World Trade Law: the impact of formal, substantive, and subjective approaches**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2019, p. 166.

¹⁰ BAGCI, Recep. **Comparing Similar Enterprises under Article 24 (5) of the OECD Model: Non-Discrimination and MFN Treatment in the Context of the Netherlands Group Taxation Regime**. European Taxation, 2019, p. 23.

¹¹ BRUNS, Silke. **Taxation and Non-Discrimination: Clarification and Reconsideration by the OECD**. Op. cit., p. 490.

Nesse ponto, Alexander RUST¹² destaca que as regras distributivas e a regra de não discriminação impõem dupla categoria de obrigações. No que diz respeito à primeira categoria de obrigações, o artigo 7 (1), por exemplo, limita o direito de tributação do Estado da fonte sobre os lucros imputáveis a um estabelecimento permanente situado no seu território, de modo que os lucros que não lhe são imputáveis devem ser excluídos da base de cálculo.

A segunda categoria — aplicação das regras de não discriminação — assegura que a base de cálculo e a alíquota aplicadas ao não residente não sejam menos favoráveis do que as aplicadas aos residentes. Se o Estado da fonte excluir certas categorias de rendimentos empresariais da base de cálculo das empresas residentes, tais exclusões devem ser estendidas às empresas não residentes.

Além disso, o artigo 24 contribui para a promoção de investimentos entre Estados e para o desenvolvimento das relações económicas bilaterais¹³.

Acresça-se, ainda, que a cláusula de não discriminação teve a sua importância ampliada no cenário internacional em razão do desenvolvimento do Projeto BEPS pela OCDE e pelo G20. Conforme explica SANTOS¹⁴, para conter a erosão das bases tributáveis e a transferência artificial de lucros, diversas regras propostas pela OCDE e pelo G20 no referido projeto — principalmente na Ação 2 (*Neutralizing the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*) e na Ação 4 (*Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments*) — podem entrar em conflito com o art. 24 dos acordos de bitributação.

A cláusula de não discriminação não é exclusividade dos acordos de bitributação da renda. No Modelo de Convenção dos Tributos sobre Heranças e Doações, a OCDE prevê, no artigo 10, uma regra de não discriminação que se assemelha à prevista no artigo 24 ora em comentário¹⁵.

No âmbito internacional, é comum que sejam firmados acordos que prevejam a cláusula de não discriminação em menor ou maior grau, independentemente da matéria

¹² RUST, Alexander. **International Tax Neutrality and Non-Discrimination – A Legal Perspective in Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics** (M. Lang et al. eds., IBFD 2010), Books IBFD.

¹³ DZIURDS, Kasper. **Non-discrimination in Tax Treaty Law and World Trade Law: the impact of formal, substantive, and subjective approaches**. Op. cit., p. 166.

¹⁴ SANTOS, Ramon Tomazela. **A dupla tributação económica da renda e os acordos de bitributação**. Op. cit., p. 433.

¹⁵ OECD. Recommendation of the Council OECD Legal Instruments concerning the Avoidance of Double Taxation with respect to Taxes on Estates and Inheritances and on Gifts. Disponível em <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/82/82.en.pdf>. Acesso em 13 de dezembro de 2022.

abrangida pelos referidos acordos, para prevenir que um Estado trate sujeitos em situações comparáveis de forma desigual.

Tenha-se, como exemplo, o artigo 14 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, pelo qual o gozo dos direitos e das liberdades previstos naquela convenção deve ser assegurado sem distinções de sexo, de raça, de cor, de língua, de religião, de opiniões políticas ou outras, da origem nacional ou social, da pertença a uma política ou outras, da pertença a uma minoria nacional, da riqueza, do nascimento ou de qualquer outra situação¹⁶.

Conforme exposto nos Comentários à Convenção Modelo da OCDE¹⁷, a regra da não discriminação foi adotada nas relações fiscais internacionais antes do surgimento, no final do século XIX, do modelo clássico de convenções de dupla tributação.

SANTIAGO¹⁸ explica que, no passado, havia cláusulas de não discriminação em convenções consulares, acordos de amizade, comércio e navegação, para assegurar aos nacionais do outro Estado igualdade de tratamento face aos seus próprios nacionais.

BAMMENS¹⁹ cita, como exemplo, o Artigo 3º do tratado de amizade, comércio e navegação firmado em 1794 entre os Estados Unidos e a Grã-Bretanha, cujo objetivo foi desenvolver e fortalecer as relações econômicas entre os referidos estados contratantes, por meio de tratamento tributário igual aos investidores de um estado que desejassem exercer atividades industriais ou comerciais no outro estado.

No âmbito tributário, houve, no passado, uma tendência de impor tratamento fiscal mais oneroso para os estrangeiros (em comparação com os nacionais). Ao longo dos anos, porém, os estados perceberam que referida medida protecionista seria indesejável, sobretudo em um cenário de globalização. De fato, em um cenário globalizado e de interação entre as economias, não seria interessante conceder tratamento tributário mais gravoso aos investimentos estrangeiros para favorecer os nacionais.²⁰

¹⁶ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

¹⁷ OECD. **Model tax convention on income and on capital: condensed version**. Paris: OECD Publishing, 2017.

¹⁸ SANTIAGO, Bruno. Análise do artigo 24º da convenção modelo OCDE sobre o princípio na não-discriminação. In: FERREIRA et al. **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha**. Coimbra: Almedina, 2010.

¹⁹ BAMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and European tax law**. Op. cit.

²⁰ Ibidem.

Além do aspecto econômico, o tratamento não discriminatório também decorre da impressão, pelo menos aparente, de que dois países celebram acordo de bitributação com base na amizade e no respeito mútuo.²¹

BAMMENS²² afirma que o primeiro exemplo de cláusula de não discriminação em acordo com temática tributária foi o artigo 2º do firmado entre Alemanha e Tchecoslováquia, em 1921, que impedia tratamento desigual com base na nacionalidade.²³ De acordo com o autor,²⁴ o referido dispositivo se assemelhava a uma cláusula de igualdade de tratamento e não a uma cláusula contra a não discriminação.

Somente após a 1ª Guerra Mundial os Estados começaram a assinar, de forma sistemática e sob os auspícios da Liga das Nações, convenções tendentes a eliminar a dupla tributação entre países europeus.²⁵ A convenção firmada entre Itália e Alemanha, em 1925, foi a primeira de uma série de acordos, mas os referidos países não previram no seu texto a cláusula de não discriminação.

Com efeito, o primeiro exemplo efetivo de uma cláusula de não discriminação em acordo de bitributação foi identificado no tratado fiscal firmado entre Bélgica e Itália, em 1931, em que se estabeleceu que as empresas e outras pessoas jurídicas legalmente constituídas em qualquer dos dois Estados contratantes e com domicílio fiscal no seu território não estariam sujeitas no território do outro Estado a encargos fiscais mais elevados.²⁶

²¹ BOUMA, Herman B; MASON, Ruth. IFA 2008 Brussels Congress: USA Branch Report: Non-discrimination at the crossroads of international taxation. Brussels: **Cahiers de droit fiscal international**, 2008.

²² BAMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and European tax law**. Op. cit.

²³ “The nationals of either of the two States shall be entitled to equality of treatment with the nationals of the other State so far as taxation is concerned, in the territory of the other State, and more particularly to the same safeguards in their dealings with the revenue authorities, revenue and administrative courts and other tribunals. Legal persons, including companies and also partnerships, institutions, charitable foundations and all other organisations possessing property set aside for a particular purpose, which are not legal persons but which are liable to taxation as such, shall, if they are situated or have their registered office in the territory of one of the two States and if they are legally constituted in accordance with the legislation of the said State, be entitled to the same treatment in matters of taxation in the territory of the other State as that which is accorded to similar taxpayers in the other State”. Treaty between Germany and Czechoslovakia for the adjustment of taxation at home and abroad, in particular for the avoidance of double taxation in the field of direct taxation, and concerning legal safeguards and legal assistance in matters of taxation, signed at Prague, Dec. 31, 1921, League of Nations Treaty Series (1923), vol. XVII, no. 447, *apud* BAMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and European tax law**. Op. cit., p. 36.

²⁴ BAMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and European tax law**. Op. Cit.

²⁵ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 75.

²⁶ “§ 1º. As regards the direct taxes to which the present Convention relates, companies and other juristic persons legally constituted in either of the two Contracting States and having their fiscal domicile in its territory, together with their branches and agencies, *shall not be subject* in the territory of the other State to

No tópico posterior, as regras previstas nas primeiras Convenções Modelos serão analisadas com mais profundidade.

1.1.1 As regras de não discriminação nas Convenções Modelo

No início do século XX, os países da Liga das Nações concordaram que um sistema uniforme de acordos de bitributação poderia ajudar no desenvolvimento econômico. Para esse fim, a Liga das Nações estudou alguns acordos de imposto de renda em vigor na época e desenvolveu modelos para evitar a dupla tributação.

Dois grandes modelos de acordos tributários originaram-se do trabalho da Liga das Nações: o Modelo do México, de 1943, e o Modelo de Londres, de 1946. O Modelo do México foi elaborado durante a Segunda Guerra Mundial, obra de autores localizados em nações menos desenvolvidas, enquanto o de Londres, por sua vez, representava os interesses das nações desenvolvidas.²⁷

No que diz respeito à regra de não discriminação, as Convenções do México e Londres possuíam redação idêntica²⁸ e estabeleciam que um contribuinte que tivesse domicílio fiscal em um dos Estados contratantes não estaria sujeito, no outro Estado contratante, em relação aos rendimentos que auferisse nesse Estado, a impostos mais elevados ou distintos que aqueles exigidos sobre o mesmo rendimento a um contribuinte com domicílio fiscal ou nacionalidade nesse último Estado.²⁹

Na Convenção do México, o domicílio fiscal das pessoas jurídicas correspondia ao local em que as *partnerships*, as sociedades e outras pessoas jurídicas ou

higher fiscal charges than those borne by national companies of a like character". Art. I of the Final Protocol to the Convention between Belgium and Italy for the prevention of double taxation and for the settlement of various other questions connected with fiscal matters of 11 July 1931, *League of Nations Treaty Series* (1933), vol. CXXXVI, no. 3120, 19, *apud* BAMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and European tax law**. Op. cit., p. 37.

²⁷ WHITTAKER, Donald R. An Examination of the O.E.C.D. and U.N. Model Tax Treaties: History, Provisions and Application to U.S. Foreign Policy. **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**. Vol. 8. Number 1.

²⁸ "A taxpayer having his fiscal domicile in one of the contracting States shall not be subject in the other contracting State, in respect of income he derives from that State, to higher or other taxes than the tax es applicable in respect of the same income to a tax p ay er having his fiscal domicile in the latter State, or having the nationality of that State". Art. XV Mexico Draft, "League of Nations Fiscal Committee: London and Mexico Tax Conventions. Commentary and Text", *Legislative History of United States Tax Conventions*, vol. 4 (1962), at 4388; art. VXI London Draft, o.c., at 4389, *apud* BAMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and European tax law**. Op. cit., p. 39.

²⁹ League of Nations Fiscal Committee Report on The Work of the Tenth Session of the Committee Held in London from March 20th to 26th, 1946, in *Legislative History of United States Tax Conventions*, vol. 4, Washington: U.S. Government Printing Office, 1962, p. 4199.

entidades fossem constituídas.³⁰ Por sua vez, a Convenção de Londres previa que o domicílio fiscal das pessoas jurídicas correspondia ao local em que as *partnerships*, as sociedades e outras pessoas jurídicas ou entidades tivessem o seu centro de direção.³¹

Nessa época, o objetivo de ambas as convenções era evitar a discriminação com base no domicílio fiscal das sociedades, mas tal critério foi modificado pela OCDE posteriormente. Com efeito, nas Convenções Modelo de 1963 e 1977 a Organização previu que o critério relevante de discriminação era a nacionalidade, e não o domicílio fiscal.³²

Mais tarde, na década de 1990, a Organização esclareceu, no artigo 24 (1) da Convenção Modelo de 1992, que a diferença na residência das pessoas físicas e jurídicas não poderia resultar em tratamento discriminatório.³³

A referida redação é distinta daquela prevista nas Convenções do México e Londres, que impedia o tratamento discriminatório com base no domicílio fiscal. De fato, comparada com a redação prevista nas cláusulas de não discriminação dos acordos atuais, que tem como base a prevista na Convenção Modelo da OCDE, a das Convenções do México e Londres é notavelmente mais ampla.³⁴

Não obstante, mesmo que a expressão “em particular no que diz respeito à residência” não tenha sido prevista nas Convenções Modelo de 1963 e 1977, os países membros da OCDE entendiam que a residência do contribuinte era critério relevante de distinção e deveria ser levada em consideração para interpretar a regra do artigo 24 (1), pois esse dispositivo estabelecia, já naquela época, que o sujeito e o objeto de comparação deveriam estar “nas mesmas circunstâncias”.³⁵

De qualquer modo, apesar de a residência ser critério relevante de distinção para interpretar a regra dos parágrafos 1 e 2 do artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE,

³⁰ BAMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and European tax law**. Op. cit., p. 31.

³¹ *Idem*.

³² “The 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 are or may be subjected”. OECD. **Draft Double Taxation Convention on Income and Capital**. Paris: OECD Publishing, 1963.

³³ “Art. 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”. OECD. **Model tax convention on income and on capital: condensed version**. Paris: OECD Publishing, 1992.

³⁴ VAN RAAD, Kees. **Nondiscrimination in International Tax Law**. Hague, Kluwer, 1986, p. 29.

³⁵ OECD. **Model tax convention on income and on capital: condensed version**. Op. cit., pp. 350-351.

não o é para interpretar as regras dos parágrafos 3, 4 e 5 do referido dispositivo, que impedem a discriminação com base na residência. Tal afirmação será mais bem aplicada nos tópicos posteriores.

1.2 O trabalho da Liga das Nações

Na década de 1940, o Comitê Fiscal da Liga das Nações publicou um *report* da 10ª reunião do Comitê realizada em Londres, entre os dias 20 e 26 de março de 1946, em que foram apontadas algumas barreiras comerciais existentes no período de guerra, que deveriam ser removidas. Os trabalhos da OECE/OCDE no Modelo da OCDE foram realizados em etapas e tiveram como objetivo enfrentar questões específicas de dupla tributação.³⁶

Entre elas, destaca-se a tributação discriminatória de pessoas físicas e jurídicas estrangeiras por meio da imposição de alíquotas diferentes ou superiores às impostas a nacionais, ou pela recusa de certos abatimentos e deduções que eram concedidas a essas últimas.³⁷

Nota-se, assim, que desde os primeiros trabalhos do Comitê Fiscal a Organização Europeia de Cooperação Econômica (OECE) preocupou-se com a tributação discriminatória.³⁸ Tal afirmativa também pode ser comprovada por meio da Resolução do Conselho, de 19 de março de 1956, que criou o Conselho Fiscal e que dispôs que referido órgão foi instituído para o estudo das questões relativas à bitributação e outras questões fiscais de similar natureza, entre elas “os meios de eliminar as desigualdades na tributação em razão da nacionalidade”.

Conforme aponta LANG³⁹, nessa reunião o delegado holandês Van den Tempel foi eleito presidente e seus suplentes foram os delegados da Suécia e da França. A missão do Comitê Fiscal era, entre outras, “estudar o conceito de estabelecimento permanente, o conceito de domicílio fiscal, a lista e definição de tributos sobre a renda e

³⁶ BRUNS, Silke. **Taxation and Non-Discrimination: Clarification and Reconsideration by the OECD.** Op. cit.

³⁷ League of Nations Fiscal Committee Report on The Work of the Tenth Session of the Committee Held in London from March 20th to 26th, 1946, in Legislative History of United States Tax Conventions, vol. 4, op. cit., p. 4299, *apud* BAMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and European tax law.** Op. cit., p. 31.

³⁸ BAMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and European tax law.** Op. cit.

³⁹ LANG, Michael. Os trabalhos da OECE e da OCDE para a criação das vedações de discriminação. São Paulo: **Revista de Direito Tributário Internacional**, 2006, p. 221-242.

sobre o capital, discriminação tributária baseada na nacionalidade ou em fundamento semelhante e a tributação da renda e do capital de empresas de transporte aéreo e marítimo e de suas tripulações”.

Por sugestão do seu presidente, formaram-se cinco grupos de trabalho (*Working Parties – WP*) — cada qual composto por dois membros — para discutirem cada uma dessas questões fiscais. O *Working Party 4* (WP4) ficou encarregado de discutir a “discriminação tributária baseada na nacionalidade ou em fundamento semelhante”. Foram eleitos para compor referido grupo de trabalho (WP4) os delegados da Holanda e França.⁴⁰

O primeiro *report* do referido grupo de trabalho tinha como objetivo criar disposições com o fim de evitar a discriminação com base na nacionalidade,⁴¹ diante da preocupação que os países membros da OECDE tinham com a distinção de tratamento que existia entre os membros da Organização. Desse modo, estabeleceu-se, nesse *report*⁴², que os países membros da OECDE “reconhecem a importância de eliminar os poucos casos de discriminação que ainda existem entre eles e de reconhecer formalmente, por meio de convenções, o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade”.

Na época, nenhum dos estados membros da OECDE previam a nacionalidade como critério de conexão fiscal, mas a eliminação dos casos de discriminação entre nacionais seria importante porque determinados benefícios fiscais eram concedidos apenas aos nacionais desses Estados, como, por exemplo, vantagens pessoais em razão de circunstâncias familiares.⁴³

Ao final, o Grupo de Trabalho propôs a seguinte diretiva comum, que deveria ser adotada pelo Conselho Fiscal⁴⁴: (1) Os nacionais de um país membro da OECDE não deveriam estar sujeitos no território de qualquer outro país membro a qualquer tributação ou a qualquer obrigação conexa, no tocante aos impostos sobre a renda, sobre o capital,

⁴⁰ LANG, Michael. Os trabalhos da OECDE e da OCDE para a criação das vedações de discriminação. São Paulo: **Revista de Direito Tributário Internacional**, 2006, p. 221-242.

⁴¹ BRUNS, Silke. **Taxation and Non-Discrimination: Clarification and Reconsideration by the OECD**. Op. cit.

⁴² HISTORY OF TAX TREATIES. Project of the OECD, Institute for Austrian and International Tax Law Vienna (WU), IBFD, Università Cattolica del Sacro Cuore, IFA Canadian Branch, Canadian Tax Foundation and University of Sydney, Sydney Law School on the history of tax treaties and their provisions. Disponível em <https://www.taxtreatieshistory.org/>. Acesso em 23 de novembro de 2022.

⁴³ BAMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and European tax law**. Op. cit.

⁴⁴ HISTORY OF TAX TREATIES. Project of the OECD, Institute for Austrian and International Tax Law Vienna (WU), IBFD, Università Cattolica del Sacro Cuore, IFA Canadian Branch, Canadian Tax Foundation and University of Sydney, Sydney Law School on the history of tax treaties and their provisions. Disponível em <https://www.taxtreatieshistory.org/>. Acesso em 23 de novembro de 2022.

sobre as heranças e doações, que fossem diferentes, mais elevados ou mais onerosos do que a tributação e obrigações conexas a que estariam ou poderiam estar sujeitos os nacionais desse último país; (2) O termo 'nacionais' significava: (a) todos os indivíduos que possuíssem nacionalidade de um país membro da OECE; (b) todas as pessoas jurídicas, *partnerships* e associações, assim caracterizadas por meio da legislação em vigor em qualquer país membro da OECE.

A questão da discriminação dos apátridas também foi tratada pelo WP4. O Grupo de Trabalho se referiu aos apátridas, pela primeira vez, na Convenção de Nova Iorque de 1954, e propôs ao Comitê que adicionasse o seguinte parágrafo à diretiva citada no parágrafo anterior: (3) Os apátridas não devem estar sujeitos, no território de qualquer país-membro, a qualquer tributação ou qualquer obrigação conexa, no tocante aos impostos sobre a renda, sobre o capital, sobre as heranças e as doações, que sejam diferentes, mais elevados ou mais onerosos do que a tributação e obrigações conexas a que estão ou podem estar sujeitos os nacionais desse último país.⁴⁵

Note que a seção final do relatório pouco tratou da discriminação com base no domicílio (ou residência) das empresas, pois as questões relativas ao referido tratamento discriminatório não estavam no escopo do Grupo de Trabalho.⁴⁶ A exceção dizia respeito ao tratamento tributário dos estabelecimentos permanentes. Nesse particular, estabeleceu-se que os lucros de um estabelecimento auferidos em um país membro da OECE, por meio de um estabelecimento permanente, não deveriam ser computados de forma menos favorável do que os lucros auferidos por um estabelecimento localizado no seu próprio território.⁴⁷

Após a divulgação do relatório, a Delegação da Suíça propôs a inserção de uma cláusula de não discriminação para impedir o tratamento distinto de empresas localizadas em um Estado contratante pelo fato de o seu capital ser detido ou controlado por não residente, com a seguinte redação: “os rendimentos, os lucros e o capital de uma empresa de um dos Estados, cujo capital seja total ou parcialmente detido ou controlado,

⁴⁵ HISTORY OF TAX TREATIES. Project of the OECD, Institute for Austrian and International Tax Law Vienna (WU), IBFD, Università Cattolica del Sacro Cuore, IFA Canadian Branch, Canadian Tax Foundation and University of Sydney, Sydney Law School on the history of tax treaties and their provisions. Disponível em <https://www.taxtreatieshistory.org/>. Acesso em 23 de novembro de 2022.

⁴⁶ BAMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and European tax law**. Op. cit.

⁴⁷ HISTORY OF TAX TREATIES. Project of the OECD, Institute for Austrian and International Tax Law Vienna (WU), IBFD, Università Cattolica del Sacro Cuore, IFA Canadian Branch, Canadian Tax Foundation and University of Sydney, Sydney Law School on the history of tax treaties and their provisions. Disponível em <https://www.taxtreatieshistory.org/>. Acesso em 23 de novembro de 2022.

direta ou indiretamente, por uma ou mais pessoas domiciliadas no outro Estado, não estão sujeitos no primeiro Estado mencionado a qualquer tributação que seja diferente, mais elevada ou mais onerosa do que a tributação a que outras empresas semelhantes desse primeiro Estado mencionado, se elas estiverem nas mesmas circunstâncias”.⁴⁸

O referido parágrafo, objeto do presente estudo, foi previsto no acordo firmado entre a Suíça e Reino Unido, em 1954, e era comumente negociado pelo Reino Unido nos acordos contra a bitributação firmados com países fora de suas colônias, desde o início da década de 1950. A redação desses acordos teria servido de base para aquela que foi proposta pelo Grupo de Trabalho.⁴⁹

A proposta suíça foi aceita pelo Grupo de Trabalho da OCDE para evitar eventuais discriminações que poderiam ocorrer no futuro, mesmo que a sua aplicação, na prática, fosse considerada improvável.⁵⁰ De acordo com o Grupo de Trabalho, as situações que o referido parágrafo buscava cobrir estariam, muitas vezes, abrangidas pela disposição que impedia a discriminação por conta da nacionalidade (parágrafo 1).

Como a nacionalidade das pessoas jurídicas seria definida por meio da lei aplicável em um dos Estados, havia duas possibilidades: se a sociedade fosse regida (incorporada) pela lei do “Estado B”, ela estaria protegida no “Estado A”, pela cláusula que impedia a discriminação por conta da nacionalidade, pois a “Empresa B” seria nacional do “Estado B”. Caso a sociedade for regida (incorporada) pela lei do “Estado A”, seria improvável que o “Estado A” a discriminasse — note, porém, que a cláusula de não discriminação prevista no artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE visa justamente impedir a ocorrência dessa última situação.

Não é por outra razão que a redação dos parágrafos 1 e 5 da Convenção Modelo da OCDE se assemelham nos seguintes aspectos: em ambos os parágrafos, entende-se que a discriminação a ser evitada é aquela que prevê “tributação diversa ou

⁴⁸ HISTORY OF TAX TREATIES. Project of the OECD, Institute for Austrian and International Tax Law Vienna (WU), IBFD, Università Cattolica del Sacro Cuore, IFA Canadian Branch, Canadian Tax Foundation and University of Sydney, Sydney Law School on the history of tax treaties and their provisions. Disponível em <https://www.taxtreatieshistory.org/>. Acesso em 23 de novembro de 2022.

⁴⁹ JONES, Avery J.F et al. Art. 24(5) of the OECD Model in Relation to Intra-Group Transfers of Assets and Profits and Losses. **Word Tax Journal**. IBDF, Amsterdam, v. 3, issue 2, p. 179-225, June 2011.

⁵⁰ HISTORY OF TAX TREATIES. Project of the OECD, Institute for Austrian and International Tax Law Vienna (WU), IBFD, Università Cattolica del Sacro Cuore, IFA Canadian Branch, Canadian Tax Foundation and University of Sydney, Sydney Law School on the history of tax treaties and their provisions. Disponível em <https://www.taxtreatieshistory.org/>. Acesso em 23 de novembro de 2022.

mais onerosa”. Por conta dessa situação histórica, os parágrafos 1 e 5, nesse particular, devem ser interpretados da mesma forma.⁵¹

Em setembro de 1957, um segundo relatório suplementar foi publicado pelo Grupo de Trabalho, no qual foi realizado um resumo dos trabalhos realizados até aquela data. Note que a seguinte expressão foi incluída na cláusula que proíbe a discriminação com base no capital estrangeiro (parágrafo 5 do artigo 24): “que seja outra ou mais onerosa do que a tributação e as obrigações conexas a que estão ou podem estar sujeitas as empresas semelhantes estabelecidas no território do primeiro Estado contratante, que estejam nas mesmas circunstâncias”.

Desse modo, se antes a cláusula de não discriminação do parágrafo 5 do artigo 24 dispunha que a tributação das sociedades detidas ou controladas por não residentes não poderia ser diferente, mais elevada ou mais onerosa do que a de outras empresas semelhantes estabelecidas no território do primeiro Estado contratante, no relatório suplementar tal cláusula dispunha que a tributação não poderia ser diferente ou mais onerosa (excluiu-se a expressão “mais elevada”), além de alcançar as obrigações conexas.

Ademais, a regra referente ao cômputo dos lucros auferidos pelos estabelecimentos permanentes também foi alterada e um sexto parágrafo foi adicionado para estender a regra de proteção da discriminação para quaisquer tributos, e não somente aqueles protegidos pela Convenção (tributos sobre a renda). Confirmam-se os novos textos:

(4) a tributação de um estabelecimento permanente que um operador domiciliado ou estabelecido no território de uma das Partes Contratantes possui no território de outra Parte Contratante não deve ser realizada de forma menos favorável pela outra Parte Contratante, no caso de um operador domiciliado ou estabelecido em seu próprio território que realize atividade semelhante.

(5) Uma empresa estabelecida no território de uma das Partes Contratantes, cujo capital seja total ou parcialmente detido ou controlado, direta ou indiretamente, por uma ou mais pessoas domiciliadas no território de outra Parte Contratante, não será submetida no território da primeira Parte Contratante a qualquer tributação ou qualquer obrigação conexa que seja diferente ou mais onerosa do que a tributação e obrigações conexas a que (outras) empresas em circunstâncias semelhantes estabelecidas no território desse Estado Contratante estejam ou possam estar sujeitas.

(6) O termo “tributos” significa contribuições de qualquer tipo e descrição cobradas por qualquer autoridade.

⁵¹ BMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and European tax law.** Op. Cit.

De acordo com LANG,⁵² a rapidez na conclusão dos trabalhos e a sua qualidade foram enaltecidos à época, sobretudo porque a principal ocupação dos representantes governamentais, até então, eram as suas tarefas nas administrações tributárias locais.

Em fevereiro de 1958, o Grupo de Trabalho emitiu um relatório final, que continha os parágrafos acima citados e um Comentário que os acompanhavam. Nessa data, a OECE pôde apresentar uma Declaração à Imprensa, com o seguinte título: “a OECE Combate a Bitributação”⁵³.

1.3 As cláusulas de não discriminação na Convenção Modelo atual

A maioria das convenções contra a dupla tributação atuais segue, em grande medida, a Convenção Modelo da OCDE, que editou, em 1963, o seu primeiro modelo de convenção tributária, logo após a conclusão do Grupo de Trabalho, com o título ‘*Draft Double Taxation Convention on Income and Capital*’.⁵⁴

No ano de 1977, foi publicada uma revisão do Modelo da OCDE, que foi intitulada ‘*Model Double Taxation Convention on Income and on Capital*’. Desde 1992, o “Modelo de Convenção da OCDE” tem sido atualizado. As referidas atualizações ocorreram nos seguintes anos: 1992, 1994, 1995, 1997, 2000, 2002, 2005, 2008, 2010, 2014 e, mais recentemente, em 2017 (caso não nos refiramos de outra forma, essa versão é a que será analisada no decorrer do presente trabalho).

A redação original do artigo 24 da OCDE, prevista na Convenção Modelo de 1963, não sofreu alterações relevantes nas convenções posteriores, exceto no seguinte ponto: foi incluído o parágrafo 4 ao artigo 24, que dispõe que as despesas incorridas por uma empresa de um Estado contratante com residentes de outro Estado contratante devem ser reconhecidas nas mesmas condições que aquelas incorridas com os residentes no primeiro Estado contratante. A referida cláusula foi discutida pela primeira vez no contexto das regras de juros e de *royalties*⁵⁵ e incluída na Convenção Modelo da OCDE de 1977.

⁵² LANG, Michael. **Os trabalhos da OECE e da OCDE para a criação das vedações de discriminação**. Op. cit., p. 223.

⁵³ Ibidem, p. 224.

⁵⁴ DZIURDS, Kasper. **Non-discrimination in Tax Treaty Law and World Trade Law: the impact of formal, substantive, and subjective approaches**. Op. cit.

⁵⁵ BAMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and European tax law**. Op. cit.

Além disso, a redação do artigo 24 (1) foi alterada em algumas ocasiões. Na primeira delas, em 1977, houve emenda para introduzir nesse dispositivo uma nova redação ao artigo 1º da Convenção Modelo da OCDE, com o objetivo de permitir que os nacionais que não fossem residentes em quaisquer dos Estados contratantes tivessem direito aos benefícios do artigo 24 (1).⁵⁶

No ano de 1992, a OCDE introduziu a expressão “em particular no que diz respeito à residência” à locução “mesmas circunstâncias” para que ficasse evidente que a residência do contribuinte seria fator relevante para determinar se o sujeito e objeto de comparação estariam ou não nas mesmas circunstâncias.⁵⁷ Ainda em 1992, a definição de ‘nacional’, anteriormente prevista no artigo 24 (2), foi transferida para o artigo 3 da Convenção Modelo, que trata das ‘Definições Gerais’ para a aplicação de um acordo de bitributação.⁵⁸ Posteriormente, os parágrafos do artigo 24 foram reenumerados.

Atualmente, o artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE tem a seguinte redação:

Artigo 24

Não discriminação

1. Os nacionais de um Estado Contratante não ficarão sujeitos no outro Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação com ela conexa diferente ou mais gravosa do que aquelas a que estejam ou possam estar sujeitos os nacionais desse outro Estado que se encontrem na mesma situação, em especial no que se refere à residência. Não obstante o estabelecido no artigo 1º, esta disposição aplicar-se-á também às pessoas que não são residentes de um ou de ambos os Estados Contratantes.

2. Os apátridas residentes de um Estado Contratante não ficarão sujeitos num Estado Contratante a nenhuma tributação ou obrigação com ela conexa diferente ou mais gravosa do que aquelas a que estejam ou possam estar sujeitos os nacionais desse Estado que se encontrem na mesma situação, designadamente no que se refere à residência.

3. A tributação de um estabelecimento permanente que uma empresa de um Estado Contratante tenha no outro Estado Contratante não será nesse outro Estado Contratante menos favorável do que a das empresas desse outro Estado que exerçam as mesmas atividades. Esta disposição não poderá ser

⁵⁶ 1. Nationals of a Contracting State shall not be subject 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 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 the Contracting State. 2. The term “nationals” means: a) all individuals possessing the nationality of a Contracting State; b) all legal persons, partnerships and associations deriving their status as such from the laws in force in a Contracting State.

⁵⁷ 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 the Contracting States. OECD. **Model tax convention on income and on capital: condensed version**. Paris: OECD Publishing, 1992.

⁵⁸ BAKER, Philip. **Double Taxation Conventions**. Op. cit.

interpretada no sentido de obrigar um Estado Contratante a conceder aos residentes do outro Estado Contratante as deduções pessoais, abatimentos e reduções para efeitos fiscais atribuídos em função do estado civil ou encargos familiares concedidos aos seus próprios residentes.

4. Salvo se for aplicável o disposto no número 1 do artigo 9º, no número 6 do artigo 11º ou no número 4 do artigo 12, os juros, royalties e outras importâncias pagas por uma empresa de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante serão dedutíveis, para efeitos da determinação do lucro tributável de tal empresa, como se fossem pagos a um residente do primeiro Estado mencionado. De igual modo, quaisquer dívidas de uma empresa de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante serão dedutíveis, para efeitos da determinação do património tributável dessa empresa, nas mesmas condições como se fossem contraídas com um residente do primeiro Estado mencionado.

5. As empresas de um Estado Contratante cujo capital, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, seja possuído ou controlado por um ou mais residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado mencionado, a nenhuma tributação ou obrigação com ela conexas, diferente ou mais gravosa do que aquelas a que estejam ou possam estar sujeitas outras empresas similares desse primeiro Estado mencionado.

6. Não obstante o disposto no artigo 2º, as disposições do presente artigo aplicar-se-ão aos impostos de qualquer natureza ou denominação.

Não há diferenças significativas na redação do artigo 24 da Convenção Modelo da Organização das Nações Unidas (“ONU”) em comparação ao mesmo dispositivo previsto na Convenção Modelo da OCDE. Na Convenção Modelo dos Estados Unidos, a diferença mais expressiva diz respeito ao artigo 24 (1), que estabelece que, para fins de tributação dos Estados Unidos, os cidadãos daquele país que estejam sujeitos à tributação em bases mundiais não estão nas mesmas circunstâncias que os nacionais de outro Estado que não seja residente em território americano.⁵⁹

Isso ocorre porque a nacionalidade é critério de conexão relevante para a tributação nos Estados Unidos. Enquanto o nacional americano, residente em outro Estado, é tributável em bases mundiais, o nacional desse outro Estado, nele residente, se sujeita à tributação mais restrita do que aquela a que está sujeito o nacional americano nos Estados Unidos. Não há como comparar uma e outra situação, ainda que a residência fiscal do sujeito e objeto de comparação seja a mesma.

⁵⁹ Article 24 of the US Model Convention: Nationals of a Contracting State shall not be subjected in the other Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith that is more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other Contracting State in the same circumstances, in particular with respect to residence, are or may be subjected. This provision shall also apply to persons who are not residents of one or both of the Contracting States. However, for the purposes of United States taxation, United States nationals who are subject to tax on a worldwide basis are not in the same circumstances as nationals of _____ who are not residents of the United States. Disponível em https://home.treasury.gov/system/files/131/Treaty-US-Model-2016_1.pdf. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

Conforme explica VAN RAAD,⁶⁰ deixando-se de lado a pouco usada regra acerca de indivíduos apátridas, o artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE compreende quatro normas distintas contra o tratamento tributário menos favorável: uma que proíbe o tratamento menos favorável baseado na nacionalidade estrangeira (parágrafo 1º) e três que proíbem o tratamento menos favorável com base na residência, tanto de forma direta (parágrafo 3º) quanto indireta (parágrafos 4º e 5º).

De acordo com Philip BAKER,⁶¹ os parágrafos do artigo 24 da Convenção Modelo podem ser conceituados da seguinte maneira: a) artigo 24 (1): disposição relativa à não discriminação em relação aos nacionais; b) artigo 24 (3): disposição relativa à não discriminação dos estabelecimentos permanentes; c) artigo 24 (4): não discriminação sobre deduções; d) artigo 24 (5): não discriminação em relação ao capital.

Para Alberto XAVIER⁶², o objetivo do primeiro parágrafo é que o nacional de outro Estado não fique sujeito em um dado Estado a nenhuma tributação ou obrigação diferente ou mais onerosa do que aquelas que estiverem ou puderem estar sujeitos os nacionais desse Estado, que se encontra na mesma situação.

O segundo parágrafo trata da não discriminação em relação aos apátridas.

A proposta do artigo 24 (3) é assegurar que o estabelecimento permanente que uma empresa de um Estado contratante tenha em outro Estado contratante não seja tratado de forma menos favorável que as empresas desse último Estado, se realizadas as mesmas atividades.

O artigo 24 (4) pretende encerrar uma forma específica de discriminação resultante do fato de que, em certos países, a dedução dos juros, *royalties* e outros desembolsos são permitidos sem restrição se o beneficiário for residente, mas é restrita, ou mesmo proibida, se o beneficiário não é residente. Tal disposição está em linha com o artigo 12 da Convenção Modelo da OCDE, que estabelece competência tributária exclusiva ao Estado de residência. Ora, inegável que se o Estado da fonte pudesse impedir a dedução dos pagamentos feitos a não residentes, estaria ele tributando indiretamente o lucro auferido pelo residente no outro Estado contratante.

O artigo 24 (5) visa garantir que todas as empresas residentes em um determinado país sejam tratadas igualmente, independentemente de quem controla ou

⁶⁰ VAN RAAD, Kees. **Não-discriminação na tributação de operações transnacionais: escopo e questões conceituais**. Op. cit., p. 52-63.

⁶¹ BAKER, Philip. **Double Taxation Conventions**. Op. cit.

⁶² XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Op. cit., p. 75.

detém o seu capital. O parágrafo (6) dispõe que as regras de não discriminação previstas no artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE devem ser aplicadas para toda espécie de tributos, não somente para os que incidem sobre o capital e a renda.

No Comentários à sua Convenção Modelo, a OCDE apontou que as disposições do artigo 24 não podem ser interpretadas como fundamento para o chamado “tratamento da nação mais favorecida”.⁶³ Dessa forma, se um Estado celebra acordo bilateral ou multilateral e concede benefícios a nacionais ou residentes do outro Estado Contratante, os nacionais ou residentes de um terceiro Estado não poderão reivindicar referidos benefícios com base na cláusula de não discriminação disposta no acordo de bitributação firmado entre o terceiro e o primeiro Estado mencionado.

Desse modo, se o Estado “A” assina acordo tributário com o Estado “B”, e nesse acordo há a cláusula de não discriminação prevista no artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, que proíbe a diferença de tratamento fiscal por conta de o capital da sociedade residente em “A” ser detido ou controlado por residente no Estado “B”, outra sociedade residente no Estado “A” não pode reivindicar a aplicação do artigo 24 (5) do acordo firmado entre A e B caso o acordo firmado entre o Estado “A” e o Estado “C” (onde estão localizados os sócios dessa outra sociedade) não preveja tal regra de não discriminação.

Além disso, o artigo 24 previsto na Convenção Modelo da OCDE não supõe, em si mesmo, uma cláusula de igualdade de tratamento, e por isso não tem o objetivo de impedir que os Estados concedam tratamento mais favorável aos estrangeiros do que aos próprios nacionais ou residentes. Nesse ponto, Cesar Novoa⁶⁴ explica que a cláusula de não discriminação não impede que determinado Estado preveja medidas que favoreçam o estrangeiro a se instalar e a empreender no seu território.

O Brasil sempre optou por incluir o artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE nos seus acordos de bitributação. Não obstante, em nenhum dos acordos firmados pelo Brasil até hoje há a reprodução integral desse dispositivo, nos termos da Convenção Modelo da OCDE.

⁶³ OECD. **Model tax convention on income and on capital: condensed version**. Op. cit., p. 407.

⁶⁴ NOVOA, Cesar García *in* TÔRRES, Heleno Taveira (coord). **Tratado de direito constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 343.

Atualmente, a rede de acordo de bitributação brasileira é composta por 34 (trinta e quatro) acordos em vigor.⁶⁵ Em todos eles, há a previsão da regra de não discriminação. Alguns deles possuem todos os parágrafos previstos no artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE, outros preveem apenas algumas das cláusulas estabelecidas naquele dispositivo.

A tabela abaixo apresenta a disposição das cláusulas de não discriminação nos acordos de bitributação assinados pelo Brasil:

Figura 1 - Cláusulas de não-discriminação nos acordos de bitributação assinados pelo Brasil

Visão geral das Convenções Brasileiras em matéria tributária		
Artigo 24		
Características		Convenções Destinadas a Evitar a Dupla Tributação assinadas pelo Brasil
Parágrafo 1º	1963 OCDE	Todas, com exceção das Convenções Destinadas a Evitar a Dupla Tributação com Israel 2002, México 2003, Peru 2005, África do Sul 2003, Turquia 2010, Ucrânia 2002 e Venezuela 2005, Singapura 2018, Suíça 2018 e Emirados Árabes Unidos 2018.
	1977 OCDE	Ucrânia 2002.
	1992 OCDE	Israel 2002, México 2003, Peru 2005, África do Sul 2003, Turquia 2010, Venezuela 2005, Singapura 2018, Suíça 2018 e Emirados Árabes Unidos 2018.
Parágrafo 2º	1992 OCDE	Ucrânia 2002.

⁶⁵ A lista dos tratados tributários assinados pelo Brasil e que estão em vigor pode ser encontrada no site da Receita, em <https://receita.economia.gov.br/aceso-rapido/legislacao/acordos-internacionais/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao/acordos-para-evitar-a-dupla-tributacao>. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

	N/A	Todas, com exceção da Convenção com a Ucrânia, de 2002.
Parágrafo 3º	Modelos da OCDE e das Nações Unidas	Todas.
	Permite a não dedutibilidade dos royalties pagos por um estabelecimento permanente (Protocolo)	Argentina 1980/2017 (após a emenda em 2017), Chile 2001, Israel 2002, México 2003, Paraguai 2000, Peru 2006, Portugal 2000, Rússia 2004, África do Sul 2003, Turquia 2010, Venezuela 2005, Singapura 2018, Suíça 2018 e Emirados Árabes Unidos 2018.
Parágrafo 4º	N/A	Argentina 1980, Áustria 1975, Canadá 1986, República Checa 1986, Dinamarca 1974, Equador 1983, Finlândia 1996, França 1971, Hungria 1986, Índia 1988, Itália 1978, Japão 1967, Luxemburgo 1978, Holanda 1990, Noruega 1980, Paraguai 2000, Filipinas 1983, Eslováquia 1986 e Espanha 1974.
	Modelos da OCDE e das Nações Unidas	Bélgica 2002, Chile 2001, China 1991, Israel 2002, México 2003, Peru 2006, Portugal 2000, Rússia 2004, África do Sul 2003, Coreia do Sul 1989, Trindade e Tobago 2008, Turquia 2010, Ucrânia 2002, Venezuela 2005, Singapura 2018, Emirados Árabes Unidos 2018 e Suíça 2018.
	Regras de subcapitalização são compatíveis	Chile 2001, Israel 2002, México 2003, Peru 2006, Portugal 2000, Rússia 2004, África do Sul 2003, Turquia 2010 e Venezuela 2005.
Parágrafo 5º	Modelos da OCDE e das Nações Unidas	Todas.
	Aplicação limitada aos impostos abrangidos pelo Artigo 2º	Todas, com exceção das Convenções Destinadas a Evitar a Dupla Tributação com a Dinamarca 1974, Luxemburgo

Parágrafo 6º		1978, México de 2003 e Portugal 2000.
	Aplicação aos impostos federais de cada classe e denominação.	Mexico 2003.
	N/A.	Finlândia 1996.
	Todos os tipos de impostos.	Dinamarca 1974, Luxemburgo 1978 e Portugal 2000.

Fonte: DUARTE FILHO, Paulo César Teixeira. **Double Tax Treaties Policies of Brazil**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018.

Neste estudo, trataremos especificamente do parágrafo 5 da Convenção Modelo da OCDE. Antes, porém, é necessário verificar quais são os objetivos para que se preveja a regra de não discriminação nos acordos de bitributação.

1.4 A regra de não discriminação e a neutralidade fiscal

A análise dos fundamentos econômicos para a coordenação fiscal internacional e a divisão do poder de tributação dos Estados não é tema deste estudo, mas é importante destacar que a neutralidade de exportação de capital (Capital Export Neutrality – “CEN”) e a neutralidade de importação de capital (Capital Import Neutrality – “CIN”) são objetivos básicos que devem ser levados em consideração no âmbito da coordenação tributária internacional.

MUSGRAVE foi citado por VOGEL⁶⁶ como o primeiro autor a ter apontado os problemas relacionados ao CIN e ao CEN. De acordo com SCHÖN,⁶⁷ o CEN toma como ponto de partida o investidor e o objetivo é que a sua carga fiscal não seja distorcida, porque onde quer que invista, ele sempre pagará o tributo de acordo com as regras previstas no Estado de residência.

No CIN, destaca KEMMEREN,⁶⁸ as decisões econômicas não são distorcidas pela diferença na tributação, porque todos os concorrentes estarão, em princípio, sujeitos ao mesmo tratamento tributário. Um sistema fiscal baseado no princípio da territorialidade, continua o autor,⁶⁹ contribuiria para uma eficiente alocação dos fatores de produção no mundo todo.

A busca pela melhor eficiência econômica não é premissa rígida dos acordos tributários e sempre deve levar em consideração as particularidades de cada país.⁷⁰ De acordo com KEMMEREN,⁷¹ a escolha pelo CEN ou pelo CIN, por determinado Estado, depende do tamanho, da estrutura e da posição de sua economia dentro do ambiente globalizado.

Para o autor,⁷² “economias de natureza mais autárquica, como os Estados Unidos, tenderão mais para CEN, e uma economia mais aberta, como a Holanda, para o

⁶⁶ VOGEL, Klaus. World-Wide vs. Source Taxation of Income - A Review and Reevaluation of Arguments. In: MCLURE, Charles E.; SINN, Hans-Werner; MUSGRAVE, Peggy B. **Influence of Tax Differentials on International Competitiveness**. Deventer: Kluwer, 1990, p. 136.

⁶⁷ SCHÖN, Wolfgang. International tax coordination for a second-best world (part I). [S.L.]: **World Tax Journal**, 2009.

⁶⁸ KEMMEREN, Eric C. C. M. Source of income in globalizing economies: overview of the issues and a plea for an origin-based approach. [S.L.]: **Bulletin for International Taxation**, 2006, p. 441.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ APELBAUM, Ronaldo. **A tributação dos serviços importados nas convenções para evitar a dupla tributação**. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

⁷¹ KEMMEREN, Eric C. C. M. **Source of income in globalizing economies: overview of the issues and a plea for an origin-based approach**. Op. cit., p. 441.

⁷² Idem.

CIN". Ou seja, países desenvolvidos podem enxergar a ideia de neutralidade tributária de maneira distinta.

Alguns autores adotam o entendimento de VOGEL⁷³ e reconhecem que o estado de origem da renda contribui mais para a realização e para a produção do rendimento do que o de residência. Para esses autores, é o Estado da fonte que investe nos serviços públicos e detém todos os fatores naturais para que a renda seja produzida.

De acordo com VOGEL,⁷⁴ para o correto juízo de neutralidade não se deve considerar apenas a carga tributária do local em que se quer investir, mas os benefícios que o investidor obterá naquele lugar, pois esse fator (benefícios) é tão importante quanto a carga tributária que ele terá de suportar.

Dessa forma, a segurança, a estabilidade econômica, a infraestrutura, os subsídios diretos, o nível da saúde pública e da educação são fatores que, aliados à tributação, podem pesar na escolha do investidor.

Conforme aponta SCHOUERI,⁷⁵ nas situações em que o princípio da residência prevalece, o contribuinte sofrerá idêntica tributação caso invista em um país que lhe ofereça altos benefícios ou caso se veja obrigado a suportar altos reveses, pois, ao fim e ao cabo, persistirá a tributação no Estado de residência.

Nessa linha, qualquer sistema que adote a neutralidade na exportação de capital pode ser tachado como intervencionista, porque a tributação no Estado de residência acaba interferindo a atuação do investimento localizado no Estado da fonte. Essa é uma situação que ocorre, em particular, com os países em desenvolvimento, mas, de modo geral, não com o Brasil, porque o País, nas décadas de 1960,⁷⁶ 1970 e 1980, nas negociações dos acordos de bitributação, convenceu alguns Estados desenvolvidos a

⁷³ VOGEL, Klaus. World-Wide vs. Source Taxation of Income - A Review and Reevaluation of Arguments. In MCLURE, Charles E.; SINN, Hans-Werner; MUSGRAVE, Peggy B. **Influence of Tax Differentials on International Competitiveness**. Op. cit., p. 136.

⁷⁴ VOGEL, Klaus. World-Wide vs. Source Taxation of Income - A Review and Reevaluation of Arguments. In MCLURE, Charles E.; SINN, Hans-Werner; MUSGRAVE, Peggy B. **Influence of Tax Differentials on International Competitiveness**. Op. cit., pp. 141-14. O trecho é também citado em SCHOUERI, Luís Eduardo. Solidariedade, Domicílio e Capacidade Contributiva. In: Ives Gandra da Silva Martins; Carlos Valder do Nascimento; Rogério Gandra da Silva Martins. (Org.). **Tratado de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁷⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. Solidariedade, Domicílio e Capacidade Contributiva. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; DA SILVA MARTINS, Rogério Gandra. (Org.). **Direito Tributário**. Op. Cit.

⁷⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. Tax sparing: uma Reconsideração da Reconsideração. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo: Dialética, 2011, v. 26, p. 95.

incluïrem nos seus textos cláusulas de crédito presumido, isto é, as cláusulas de *tax sparing* e de *matching credit*.⁷⁷

As regras de não discriminação previstas nos acordos de bitributação refletem a opção política dos Estados em criar, para os residentes ou nacionais de outros Estados, um ambiente fiscal mais saudável, isonômico e paritário no Estado da fonte.

Se o método de crédito é o mecanismo escolhido no acordo para aliviar a dupla tributação, a cláusula de não discriminação pode garantir que o estado de fonte não irá tributar o não nacional ou o não residente em montante superior — ou, em alguns casos, pelo menos diferentemente — ao que estão sujeitos os seus residentes e seus nacionais.

A referida medida obsta que o Estado da fonte imponha carga tributária mais elevada — ou, em alguns casos, distinta — ao não nacional ou ao não residente, até o montante que será creditável no Estado de residência. Caso o Estado da fonte imponha carga tributária mais elevada ao não residente ou ao não nacional, tal medida pode prejudicar a neutralidade na exportação de capitais e a divisão da carga tributária acordada entre os estados contratantes.

Sem a cláusula de não discriminação prevista no artigo 24 (5), por exemplo, um Estado contratante poderia prevenir a dupla tributação jurídica por meio da cessão do seu direito de tributar ao outro Estado contratante, mas posteriormente poderia tributar as empresas desse outro Estado de forma distinta (iniciativa de dupla tributação econômica).⁷⁸

Conforme aponta SCHOUERI,⁷⁹ a tributação pelo Estado da residência tem efeito residual, uma vez que o Estado da fonte, sempre que deter competência para tributar determinado rendimento, limitará a sua tributação ao teto acordado com o Estado de residência.

Note que, quanto maior for a tributação no Estado da fonte, menor será o tributo residual devido ao Estado de residência. Como o Estado da fonte será encorajado a tributar os não residentes no mais alto grau possível, pois qualquer diminuição na sua tributação não beneficiará o contribuinte, mas aumentará a tributação residual no Estado

⁷⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Contribuição à história dos acordos de bitributação: a experiência brasileira**. São Paulo: Direito Tributário Atual, 2008, p. 275.

⁷⁸ DZIURDZ, Kasper. **Non-discrimination in Tax Treaty Law and World Trade Law: the impact of formal, substantive, and subjective approaches**. Op. cit., pp. 158-159.

⁷⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Tax sparing: uma Reconsideração da Reconsideração. **Revista Direito Tributário Atual**. Op. cit., p. 95.

da residência,⁸⁰ as regras de não discriminação são importantes para diminuir o ímpeto do Estado da fonte em realizar tal tributação exacerbada.

Nesse ponto, MASON⁸¹ explica que os Estados preveem o artigo da não discriminação nos seus acordos de bitributação para que não haja prejuízo na divisão da receita tributária. Para autora, esse é um objetivo que pode explicar o motivo pelo qual os estados exportadores de capital apoiam a ideia de que a discriminação, no Estado da fonte, deve ser evitada.

De fato, os países exportadores de capital não estão determinados a excluir a cláusula de não discriminação dos seus acordos de bitributação. A tributação discriminatória no Estado da fonte não lhes é interessante, pois quanto mais os seus residentes e os seus nacionais forem tributados na fonte, menos tributos serão devidos no Estado de residência.

Nesse aspecto, MASON⁸² destaca que os Estados são relutantes em conceder o crédito sobre os tributos que foram aplicados com discriminação no Estado da fonte.

No caso do Brasil, que apesar de ser um país essencialmente importador de capital possui muitas empresas residentes com investimentos no exterior, a regra de não discriminação do artigo 24 (5) da Convenção Modelo (que visa garantir que todas as empresas residentes em um determinado país sejam tratadas igualmente, independentemente de quem controla o seu capital) obsta que o país estrangeiro — onde está localizada a investida — tribute a investida de forma distinta à proposta às empresas controladas ou detidas por capital interno.

Tal medida favorece a aplicação do regime brasileiro de tributação de lucros no exterior (Lei n. 12.973/2014, art. 77), pois quanto menor for tributação no Estado da fonte, maior será a tributação realizada no Brasil. Note que tal preocupação tem sido manifestada pelos Estados Unidos por meio da TD 9959, norma do Departamento do Tesouro americano que restringe o direito de crédito de empresas americanas com operações no exterior quando as leis estrangeiras não tributam efetivamente a renda.⁸³

Assim, no cenário em que o método de crédito é previsto no acordo de bitributação, a regra de não discriminação pode impedir que a legislação interna do Estado

⁸⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo. Tax sparing: uma Reconsideração da Reconsideração. **Revista Direito Tributário Atual**. Op. cit., p. 95.

⁸¹ MASON, Ruth. Tax Discrimination and Capital Neutrality. [S.L.]: **World Tax Journal**, 2010.

⁸² Ibidem.

⁸³ PWC. **Treasury and IRS release final foreign tax credit regulations**. Dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.pwc.com/us/en/services/tax/library/treasury-and-irs-release-final-foreign-tax-credit-regulations.html>. Acesso em 02 de dezembro de 2022.

da fonte obstrua a arrecadação do Estado de residência. Nessa hipótese, a regra do artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE pode ser vista como protetora e fomentadora da Neutralidade na Exportação de Capital (Capital Export Neutrality - “CEN”).

Por outro lado, HASLEHNER⁸⁴ explica que a obtenção da neutralidade competitiva no Estado da fonte pode ser uma das razões para incluir a cláusula de não discriminação em um acordo de bitributação, não para proteger ou fomentar o CEN, mas para proteger e fomentar a Neutralidade na Importação de Capital (“CIN”), especialmente nos casos em que o estado de residência aplica o método de isenção para aliviar a dupla tributação da renda.

Da mesma maneira, AULT e SASSEVILLE⁸⁵ entendem que as regras de não discriminação existentes nos acordos de bitributação não buscam o CEN. Para os autores, seu objetivo é favorecer a política de neutralidade das importações de capital; advertem, ainda, que as regras previstas no art. 24 (3)⁸⁶, (4)⁸⁷ e (5)⁸⁸ têm o objetivo de garantir que o Estado da fonte trate de forma semelhante os investidores residentes e não residentes.

Para AULT e SASSEVILLE⁸⁹, o objetivo da regra de não discriminação prevista nos acordos de bitributação é fomentar o CIN, mas eles admitem que a neutralidade de importação de capital não pode ser totalmente alcançada, pois o país de residência pode tributar a renda que foi anteriormente taxada, com igualdade, no Estado da fonte.

⁸⁴ HASLEHNER, Werner. **Nationality Non-Discrimination and Article 24 OECD – Perennial Issues, Recent Trends and New Approaches**. Amsterdam: IBFD, 2016.

⁸⁵ AULT, Hugh J.; SASSEVILLE, Jacques. *Taxation and Non-Discrimination: A Reconsideration*. [S.L.]: **World Tax Journal**, 2010.

⁸⁶ The taxation on a permanent establishment which an enterprise of a Contracting State has in the other Contracting State shall not be less favourably 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.

⁸⁷ 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.

⁸⁸ 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 subject.

⁸⁹ AULT, Hugh J.; SASSEVILLE, Jacques. **Taxation and Non-Discrimination: A Reconsideration**. Op. cit.

Afinal, mesmo que o Estado da fonte adote o CIN e tribute da mesma forma os residentes, os não residentes, os nacionais e os não nacionais, ainda assim a concorrência entre os dois Estados será distorcida se houver imposição de tributo pelo Estado de origem do não residente ou do não nacional⁹⁰.

Por essa razão, os autores⁹¹ entendem que os acordo de bitributação “não têm preferência pela neutralidade de exportação de capital ou pela neutralidade de importação de capital”.

MASON⁹² considera que a regra de não discriminação prevista nos acordos de bitributação não exige que o Estado de residência não tribute o rendimento que foi tributado pelo Estado da fonte, sem discriminação. Por isso, a autora afirma que não seria correto o entendimento de que a regra da não discriminação previsto na Convenção Modelo da OCDE visa concretizar o CIN.

Há casos, porém, que o Estado de residência está impedido de realizar referida tributação, como ocorre com os acordos de bitributação assinados pelo Brasil que preveem cláusulas de crédito presumido (*tax sparing* e *matching credit*). Nesses casos, as regras de não discriminação podem propiciar a neutralidade na importação de capitais. É o que se verá.

1.4.1 Neutralidade na importação de capital e a regra de não discriminação prevista nos acordos de bitributação assinados pelo Brasil

Conforme visto acima, o método de crédito previsto em um acordo de bitributação privilegia o CEN, porque a tributação final do contribuinte geralmente será aquela prevista no Estado de residência. Não obstante, os Estados podem estipular métodos de crédito presumido nos acordos de bitributação (cláusulas de *tax sparing* ou *matching credit*) e nessas hipóteses a neutralidade na exportação de capital poderá dar lugar à neutralidade na importação de capital.

É que, nessas situações, como há uma presunção de crédito no Estado de residência, muitas vezes a tributação efetiva da operação é aquela prevista no Estado da fonte (se a tributação prevista no Estado de residência for menor ou igual ao crédito

⁹⁰ MASON, Ruth. **Tax Discrimination and Capital Neutrality**. Op. cit..

⁹¹ AULT, Hugh J.; SASSEVILLE, Jacques. **Taxation and Non-Discrimination: A Reconsideration**. Op. Cit.

⁹² Ibidem.

presumido no acordo). As regras de não discriminação determinam que a tributação dos nacionais, dos residentes, dos não nacionais e dos não residentes seja a mesma no Estado da fonte, o que pode garantir a neutralidade nesse local.

A previsão de cláusulas de crédito presumido é comum nos acordos de bitributação assinados pelo Brasil, sobretudo nos firmados com boa parte dos países na Europa. A política brasileira de negociação de acordos contra a bitributação, no seu estágio inicial, teve como foco os investidores tradicionais do Brasil, em sua maioria os países desenvolvidos⁹³.

Conforme apontou SCHOUERI⁹⁴, a principal feição da política de negociação brasileira em sua primeira etapa era que o País não se dispunha a assinar um acordo de bitributação com um país desenvolvido caso não se contemplasse cláusulas de *tax sparing* e *matching credit*.

De acordo com o autor⁹⁵, o Brasil entendia que os acordos de bitributação deveriam ser ferramentas para atingir o desenvolvimento. Assim, as renúncias tributárias aceitas pelo País em seus acordos de bitributação eram vistas como incentivo fiscal ao investidor estrangeiro. Nesse sentido, “o Brasil não concordaria com uma redução na tributação caso ela não representasse um ganho exclusivo aos investidores, mas pura transferência do poder de tributar ao Estado de residência”⁹⁶.

A partir da década de 1980, as cláusulas de *matching credit* começam a desaparecer dos acordos de bitributação assinados pelo Brasil, com exceções, como os acordos firmados com Índia, Filipinas e Coreia do Sul, que preveem cláusulas de *matching credit* recíprocas.

Tenha-se, como exemplo, o acordo de bitributação firmado entre Brasil e Coreia do Sul⁹⁷. Há cláusula de *matching credit* no acordo, que é a concessão, pelo estado da residência, de um crédito superior ao imposto previsto na legislação interna do estado da fonte. A análise desse acordo pode auxiliar a explicação sobre como a regra de não

⁹³ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Contribuição à história dos acordos de bitributação: a experiência brasileira**. Op. cit., p. 275.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Aprovado pelo Decreto Legislativo n. 205/1991, de 08 de outubro de 1991. BRASIL. **Decreto Legislativo n. 205/1991**. Aprova o texto da Convenção entre os Governos da República Federativa do Brasil e a República da Coreia destinada a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Impostos sobre a Renda, firmada em Seul, a 7 de março de 1989. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1991/decretolegislativo-205-7-outubro-1991-358195-norma-pl.html>. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

discriminação pode auxiliar o Brasil na promoção da neutralidade na importação de capitais.

De acordo com o art. 23 (2), o imposto pago no Brasil será considerado, na Coreia do Sul, para fins de concessão do crédito: a) relativamente aos dividendos, 25% (vinte e cinco por cento); b) relativamente a juros e aos *royalties*, 20% (vinte por cento).

Isso significa que, a depender da alíquota prevista na Coreia do Sul, a tributação final do investidor coreano que atua no Brasil será aquela aplicada no País. Para clarificar, veja-se o seguinte exemplo envolvendo uma empresa no Brasil que distribui juros sobre capital próprio para a sua controladora na Coreia do Sul:

A empresa X, coreana, controla a subsidiária Y, no Brasil, tributada pelo lucro real. A empresa brasileira tem um lucro antes dos tributos de R\$ 500.000,00, distribuídos à empresa coreana como juros sobre capital próprio. A tributação do lucro no Brasil é de 34%, mas quando há o pagamento de juros sobre capital a dedução se dá no mesmo percentual (34%), o que torna a operação fiscalmente neutra no País.

No Brasil, a distribuição dos juros sobre capital próprio é tributada na fonte, a uma alíquota de 15%⁹⁸. Imagine-se que, na Coreia do Sul, as autoridades fiscais coreanas definem que, para fins de aplicação do acordo de bitributação firmado entre o Brasil e a Coreia do Sul, a qualificação dos pagamentos de juros sobre capital próprio para empresas coreanas deve seguir o tratamento dado aos dividendos.

Considere-se, ainda, que o acordo prevê, na cláusula de *matching credit*, uma tributação presumida de dividendos no Brasil de 25%. Desse modo, e tendo em vista que a alíquota da tributação da pessoa jurídica na Coreia do Sul é 25%⁹⁹, temos a seguinte situação:

⁹⁸ Art. 9º, § 2º. BRASIL. **Lei n. 9.249/1995**. Altera a legislação do Imposto de Renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19249.htm>. Acesso em 02 fev. 2022.

⁹⁹ OECD. **Stat. Table II.1. Statutory corporate income tax rate**. Disponível em: <<https://stats.oecd.org/Index.aspx?QueryId=78166>>. Acesso em 17 de junho de 2021.

Figura 2 – Exemplo de neutralidade na importação de capitais I

Subsidiária brasileira	
1. Capital investido	5.000.000,00
2. Retorno do investimento (10% de 1.)	500.000,00
3. Retenção na fonte (15%)	75.000,00
4. JCP distribuídos	500.000,00
Controladora coreana	
1. JCP recebidos	500.000,00
2. Tributação PJ (25%)	125.000,00
3. Crédito (25% tratado)	125.000,00
4. Tributação efetiva na Coreia do Sul	-
5. Carga tributária total	75.000,00

Note-se, no exemplo acima, que a carga tributária final é aquela prevista no Brasil, o que significa que a adoção do método de crédito — quando há cláusula de *matching credit* — aliada à regra de não discriminação pode promover a Neutralidade na Importação de Capital, e não o CEN.

Nesses casos, as regras de não discriminação atuam para impedir que o Brasil trate de forma discriminatória os coreanos que investem no País, pois: a) não haverá alíquota maior aos investidores coreanos apenas pelo fato de eles serem nacionais da Coreia do Sul¹⁰⁰; b) a dedução dos juros sobre capital próprio pagos pela sociedade brasileira à empresa coreana deverá ser computada da mesma forma que é computado o pagamento de juros sobre capital próprio à sociedade no Brasil¹⁰¹; c) não haverá tributação e obrigações conexas distintas ou mais onerosas para a sociedade brasileira controlada ou detida por sociedade na Coreia do Sul, comparada com a tributação e obrigações conexas de uma sociedade brasileira controlada por outra sociedade no Brasil¹⁰².

¹⁰⁰ Artigo 24 (1). OECD. **Model tax convention on income and on capital: condensed version**. Paris: OECD Publishing, 2017.

¹⁰¹ Ibidem. Artigo 24 (4).

¹⁰² Ibidem. Artigo 24 (5).

Conforme esclarece Kasper DZIURDZ¹⁰³, os parágrafos do artigo 24 se complementam. Se uma empresa incorporada em um Estado exercer a sua atividade no outro Estado contratante, estará protegida pelo artigo 24 (1). Se essa mesma sociedade exercer a sua atividade no outro Estado Contratante por meio de subsidiária, estará protegida pelo artigo 24 (5).

O que pode ocorrer é uma tributação na fonte distinta para as sociedades residentes na Coreia do Sul — com base na residência e não na nacionalidade —, já que o artigo 24 (1) da Convenção Modelo da OCDE não proíbe tratamento discriminatório com base na residência e o artigo 24 (5) da Convenção Modelo não proíbe uma tributação de IRRF mais onerosa (*withholding tax*).

De fato, sempre que a diferença na residência for relevante para a concessão do tratamento discriminatório¹⁰⁴, não haverá violação ao artigo 24 (1). O artigo 24 (1) limita-se estritamente à discriminação em razão da nacionalidade, de modo que as suas finalidades e objetivos podem parecer não ter importância do ponto de vista fiscal, pelo menos na prática¹⁰⁵.

Nesses casos, a promoção do CIN dependerá do desejo do Estado da fonte em tributar de forma idêntica residentes e não residentes, pois as regras de não discriminação, na maior parte das vezes, não impedem a edição de alíquotas diferenciadas.

Com efeito, a inexistência de regras que impedem a aplicação diferenciada do IRRF nessas situações talvez seja a maior deficiência do princípio da não discriminação previsto nos acordos de bitributação, mas é prudente que países como o Brasil, que possuem essas cláusulas de crédito presumido nos seus acordos, não aplique alíquotas majoradas sobre investimentos estrangeiros, a fim de que prevaleça a neutralidade na importação de capitais e os investidores estrangeiros se sintam atraídos para investir no País.

De qualquer forma, e por tudo o que foi exposto acima, pode-se dizer que as regras de não discriminação, nas hipóteses em que há cláusula de *matching credit* ou de *tax sparing*, isto é, as cláusulas de crédito presumido, podem auxiliar na promoção da neutralidade na importação de capitais.

¹⁰³ DZIURDZ, Kasper. **Non-discrimination in Tax Treaty Law and World Trade Law: the impact of formal, substantive, and subjective approaches**. Op. cit, pp. 158-159.

¹⁰⁴ Item 18. OCDE. **Comentários ao artigo 24 (1) da Convenção Modelo**. Disponível em <https://www.oecd.org/ctp/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419.htm>. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

¹⁰⁵ DZIURDZ, Kasper. **Non-Discrimination in Tax Treaty Law and World Trade Law: the impact of formal, substantive, and subjective approaches**. Op. cit., p. 176.

Note-se, ainda, que a promoção da neutralidade na importação de capital também estará facilitada se o Estado de residência do investidor isentar os rendimentos auferidos na fonte, como ocorre com o Brasil em relação aos acordos de bitributação firmados com a Áustria — que está em negociação —, com o Equador, com a Espanha e com a Índia, no tocante aos rendimentos qualificados como dividendos.

Imagine-se, por exemplo, a sociedade austríaca “A” que receba dividendos da sua controlada no Brasil. Considere, ainda, que a alíquota fictícia de tributação dos dividendos no Brasil é de 15%. O artigo 23 (6) do acordo firmado entre o Brasil e a Áustria promove o CIN nesse particular, porque prevê o método de isenção para os dividendos pagos no Brasil à sociedade na Áustria que possua mais de 50% do capital votante da sociedade que paga os dividendos.

Veja-se o seguinte exemplo:

Figura 3 – Exemplo de neutralidade na importação de capitais II

Subsidiária brasileira	
1. Capital investido	5.000.000,00
2. Retorno do investimento (10% de 1.)	500.000,00
3. Tributação PJ (34%)	170.000,00
4. Lucros distribuíveis	330.000,00
5. Tributação de dividendos (15%)	49.500,00
Controladora austríaca	
1. Dividendos recebidos	330.000,00
2. Tributação PJ (25%)	82.500,00
3. Isenção (tratado)	82.500,00
4. Tributação efetiva na Áustria	-
5. Carga tributária total	219.500,00

Nesse caso, o conglomerado austríaco estará sempre em paridade de condições com as empresas no Brasil. Isso porque, no exemplo fictício, a pessoa jurídica que distribui dividendos será tributada a 34% e a distribuição de dividendos será tributada a uma alíquota (fictícia) de 15%.

Essa é a mesma carga tributária a ser suportada pela sociedade na Áustria (no exemplo acima, a carga tributária total é de R\$ 219.500,00, que corresponde à soma do que foi pago, no Brasil, a título de imposto de renda – IRPJ, CSL e IRRF).

Com efeito, as cláusulas de não discriminação previstas no artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE protegem, no Brasil, o investidor austríaco, que não terá uma carga tributária maior no País, pois: a) não haverá alíquota maior aos investidores austríacos apenas pelo fato de eles serem nacionais da Áustria;¹⁰⁶ b) a dedução das despesas pagas pela sociedade brasileira à empresa austríaca deverá ser computada da mesma forma que são computadas as despesas pagas à sociedade no Brasil;¹⁰⁷ c) não haverá tributação e obrigações conexas distintas ou mais onerosas para a sociedade brasileira controlada ou detida por sociedade na Áustria, comparada à tributação e às obrigações conexas de uma sociedade brasileira detida ou controlada por outra sociedade no Brasil¹⁰⁸. De modo geral, a sociedade controlada no Brasil sofrerá a mesma tributação que uma empresa no Brasil (34%).

O que pode ocorrer, também nesse caso, é uma tributação na fonte distinta para as sociedades residentes na Áustria — com base na residência e não na nacionalidade —, pois o artigo 24 (1) da Convenção Modelo da OCDE não proíbe tratamento discriminatório com base na residência e o artigo 24 (5) da Convenção Modelo não proíbe uma tributação na fonte mais onerosa (*withholding tax*).

Diante desse cenário, é possível concluir que a cláusula de não discriminação, em conjunto com as cláusulas de crédito presumido referidas acima, pode promover um ambiente fiscal isonômico a estrangeiros e brasileiros que operam no País.

1.5 A proteção da igualdade

No tópico anterior, foi possível verificar que a cláusula de não discriminação, aliada ao método contra a bitributação elegido pelos dois países contratantes, pode ajudar a promover a neutralidade de exportação e de importação de capital.

A questão que surge é se, além da neutralidade na importação e na exportação de capitais, a regra de não discriminação prevista em um acordo de bitributação pode auxiliar na promoção de outros objetivos e valores. Além disso, o fato de as Constituições

¹⁰⁶ Artigo 24 (1). OECD. **Model tax convention on income and on capital: condensed version**. Paris: OECD Publishing, 2017.

¹⁰⁷ Artigo 24 (4). Ibidem.

¹⁰⁸ Artigo 24 (5). Ibidem.

ao redor do mundo preverem o princípio da igualdade tributária resulta no questionamento acerca da necessidade de se estipularem, nos acordos tributários, as regras que impedem a discriminação.

Com efeito, a regra de tratamento tributário igualitário não decorre exclusivamente da necessidade de proteção e de fomento da neutralidade de importação e de exportação de capitais. Na verdade, as regras de não discriminação também têm fundamento em princípios caros a ordenamentos jurídicos modernos,¹⁰⁹ como os da igualdade, igualdade tributária e capacidade contributiva.

A maior parte das Constituições modernas prevê a igualdade como princípio sensível ao ordenamento jurídico no qual ela está inserida. O nível de proteção da igualdade, porém, pode variar, a depender do período e do contexto em que referido princípio é analisado; e de país a país, a depender das características de cada um deles.

Na história dos Estados Unidos (1896), a Suprema Corte americana decidiu, em 1896, no caso *Plessy v. Ferguson*, que impor segregação racial em locais públicos, por meio da doutrina do “*separate but equal*” (“separados, mas iguais”), não violou, por si só, a Cláusula de Proteção Igualitária da Décima Quarta Emenda¹¹⁰ da Constituição americana. Na ocasião, os julgadores entenderam que seria falacioso o argumento do demandante no sentido de que a separação forçada de raças demonstraria a raça negra com um distintivo de inferioridade¹¹¹.

O referido precedente não representa mais o pensamento jurídico americano acerca do que pode ser considerado violador, ou não, do princípio da igualdade. Em 1954, a Suprema Corte dos Estados Unidos, ao julgar o caso *Brown v. Board of Education*, entendeu que a segregação racial no sistema de escolas públicas americana violava a Décima Quarta Emenda e que qualquer alusão contrária a esse pensamento, realizada no caso *Plessy v. Ferguson*, não poderia mais ser levada em consideração¹¹².

Ocorre que as conclusões levantadas no caso *Brown v. Board of Education* foram baseadas em descobertas empíricas no sentido de que a segregação racial imposta pelo Estado poderia resultar na impossibilidade de uma educação mais equânime.¹¹³ Dessa forma, a Suprema Corte deixou aberta a possibilidade de que a *ratio decidendi* do

¹⁰⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹¹⁰ SCHAUER, Frederick. **Generality and Equality**. [S.L]: Law and Philosophy, 1997, p. 279.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 280.

¹¹² SCHAUER, Frederick. **Generality and Equality**. [S.L]: Law and Philosophy, 1997, p. 279.

¹¹³ *Ibidem*, p. 280.

caso *Plessy v. Ferguson* poderia vir a ser utilizada em outros casos a serem julgados pela Corte¹¹⁴.

Note-se que esse precedente foi superado no ano posterior, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos invalidou as regras de segregação racial que impediam negros e brancos de usarem o mesmo ônibus¹¹⁵ e de frequentarem as mesmas praias¹¹⁶.

A proteção à igualdade, desde aquela época, se fez presente na Constituição norte-americana, mas a concepção do que pode ser considerado ou não tratamento desigual foi modificada, isto é, fatos que antigamente não eram considerados violadores do princípio da igualdade atualmente podem ser considerados (muito) discriminatórios.

Na maior parte dos países da Europa, o intervencionismo, que é a essência do Estado Social, impõe um conceito de igualdade que tem por objetivo atribuir ao Estado uma ação positiva em busca da igualdade, que deixa de ser a igualdade formal perante a lei para se definir como a obrigação do poder público de remover as desigualdades para buscar a verdadeira igualdade¹¹⁷.

Não obstante, o referido conceito de igualdade na Europa nem sempre foi assim. Nos períodos de guerra, existia na Alemanha o conceito da “*völkische Gleichheit*”, pelo qual somente aqueles que se qualificaram como arianos tinham direitos legais plenos, incluindo a igualdade perante a lei. Essa não era uma igualdade de pessoas como indivíduos, mas uma igualdade de pessoas como membros de uma raça superior¹¹⁸.

Esse breve histórico exemplifica o intelecto de que a igualdade, apesar de protegida constitucionalmente, pode ser interpretada de diversas maneiras. Com efeito, a interpretação do que é ou não a igualdade pode ser influenciada pelo contexto e pelo período em que referida interpretação é realizada.

Não é diferente no âmbito da tributação internacional. Como se verá a seguir, a OCDE entende que a residência, em determinadas situações, é critério válido de discriminação, porque nem sempre o não residente estará em igualdade de condições com

¹¹⁴ SCHAUER, Frederick. **Generality and Equality**. [S.L]: Law and Philosophy, 1997, p. 280.

¹¹⁵ EUA. Suprema Corte. *Gayle v. Browder* (1956). Disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/142/707/2263463/>. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

¹¹⁶ EUA. Suprema Corte. *Mayor of Baltimore v. Dawson* (1955). Disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/220/386/78652/>. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

¹¹⁷ NOVOA, Cesar García *In* TÓRRES, Heleno Taveira (coord). **Tratado de direito constitucional tributário**. Op. cit., p. 343.

¹¹⁸ MAJER, Diemut. **“Non-Germans” Under the Third Reich: The Nazi Judicial and Administrative System in Germany and Occupied Eastern Union, with Special Regard to Occupied Poland, 1939-1945**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2003, p. 43.

o residente, sobretudo porque o primeiro estará sujeito, na maioria das vezes, à tributação na fonte, enquanto o residente estará sujeito à tributação em bases mundiais.

Nos próximos anos, porém, a residência pode não ser mais critério relevante para a distinção, se os Estados compreenderem que uma maior liberdade econômica entre os países exige a igualdade na tributação, ainda que a residência dos contribuintes seja distinta.

No campo tributário, o ideal de igualdade está vinculado ao princípio da capacidade contributiva¹¹⁹, que é reflexo, na matéria tributária, dos valores de “solidariedade” e “justiça”, que constituem objetivos fundamentais da República¹²⁰.

O princípio da igualdade exige igualdade de tratamento entre aqueles que se encontram na mesma situação¹²¹. Rui BARBOSA¹²² explica que a igualdade na tributação pode ser vista como a regra de “quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem”.

Por sua vez, Adam SMITH¹²³ explica o princípio da igualdade como a necessidade que os cidadãos têm em contribuir para as despesas públicas “tanto quanto possível, em proporção às suas respectivas capacidades, isto é, proporcionalmente à renda que eles usufruem sob a proteção do Estado”.

De fato, a capacidade contributiva proporciona distribuição igualitária da carga tributária, porque apresenta os seguintes elementos essenciais: i) identifica diferenças reais entre os destinatários da norma (razoabilidade, elemento discriminador ou relação entre os sujeitos), ii) serve a uma finalidade encampada pelo ordenamento jurídico (fundamentação ou finalidade), e iii) é reconhecida como elemento distintivo apropriado, pois guarda correspondência com a finalidade da norma que fundamenta (nexo causal, decorrência lógica ou congruência)¹²⁴.

A igualdade, porém, não é absoluta. Em obra sobre o tema, Humberto ÁVILA¹²⁵ destaca que a promoção de determinadas finalidades pode resultar em

¹¹⁹ ZILVETI, Fernando Aurélio. **Princípios de Direito Tributário e a capacidade contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 127.

¹²⁰ PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000, p. 104.

¹²¹ ÁVILA, Humberto. **Tratado de direito constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 409.

¹²² BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1949, p. 33.

¹²³ SMITH, Adam. **An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**. New York: The Modern Library, 2000, p. 888.

¹²⁴ POLIZELLI, Victor Borges. **O princípio da realização da renda e sua aplicação no imposto de renda de pessoas jurídicas**. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. Dissertação de Mestrado em Direito Econômico e Financeiro.

¹²⁵ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 63-65.

tratamento discriminatório. BMMENS¹²⁶ explica que é precisamente a questão da comparabilidade que torna a aplicação prática da noção aristotélica de igualdade difícil, afinal, na realidade, duas situações sempre serão diferentes em algum aspecto.

De acordo com o autor¹²⁷, duas situações podem ser consideradas comparáveis se as suas características relevantes forem as mesmas. Determinar a comparabilidade das situações se resume, assim, em verificar a relevância das características que o sujeito e o objeto de comparação possuem. Para precisar se duas situações são comparáveis, deve-se avaliar se a semelhança ou a diferença são relevantes.

BMMENS¹²⁸ sugere que, para avaliar se há ou não discriminação em determinada situação, o grupo protegido (o sujeito de comparação) deve ser comparado com o objeto de comparação, ou seja, um grupo que é idêntico em todos os aspectos relevantes, exceto o atributo comparativo.

Desse modo, se uma regra de não discriminação objetiva proteger pessoas negras, o sujeito de comparação consiste em todas as pessoas negras, enquanto o objeto de comparação consiste em todas as pessoas não negras que são idênticas ao objeto de comparação, em todos os outros aspectos relevantes¹²⁹.

No processo de comparação, o atributo comparativo é a pigmentação da pele (que, para efeito dessa comparação, pode ter dois valores: negra ou não negra).¹³⁰ Se houver regra discriminando as pessoas negras, há violação da regra de não discriminação, exceto se existir algum outro critério relevante que permita diferenciar o sujeito e o objeto de comparação.

Veja que o critério de relevância pode ser alterado, a depender do período e do contexto em que o princípio da igualdade é analisado, conforme pontuado acima. E de país a país, a depender das características de cada um deles.

No âmbito tributário, o princípio da igualdade exige tratamento tributário idêntico aos contribuintes. O princípio visa proteger homens, mulheres, negros, brancos, obesos e magros, ou seja, todos os contribuintes devem ter tratamento tributário igualitário. O homem, a mulher, o branco, o negro, o obeso e o magro são pessoas distintas, mas essa diferença é irrelevante para a tributação.

¹²⁶ BMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and European tax law.** Op. cit.

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ Ibidem.

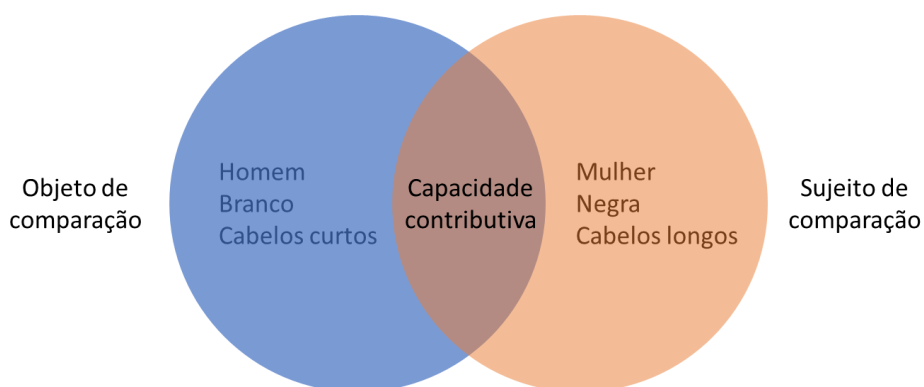
¹³⁰ Ibidem.

Não obstante, contribuintes que tenham salário ou patrimônio maior podem ser tributados de forma mais onerosa, porque a capacidade contributiva é critério relevante de distinção. Se o negro tiver menos capacidade para contribuir com o erário, o fato de ele ser menos tributado não significa que haverá discriminação, porque a capacidade contributiva, ao contrário da cor dos indivíduos, é critério relevante para a distinção.

Conforme pontua Humberto ÁVILA,¹³¹ a finalidade de diferenciação surge antes da medida de comparação. O seguinte exemplo pode facilitar a compreensão: se “A”, homem, branco, com cabelo curto, é residente na Itália, e é tributado, na Itália, a uma alíquota maior que “B”, mulher, negra, com cabelos longos, residente na Itália, e os dois têm a mesma capacidade contributiva, a distinção de gênero, de cor e de aparência, por estarem desconectadas da tributação, não permite dizer que “A” e “B” não estão nas mesmas circunstâncias, e assim a aplicação da alíquota maior a “A”, em comparação à alíquota prevista para “B”, é discriminatória.

Note o desenho abaixo, no qual a intersecção do círculo demonstra a característica relevante em comum de “A” e de “B”, que é a capacidade contributiva. Fora da intersecção, estão as características irrelevantes de “A” e de “B”. Como as características relevantes de “A” e de “B” são as mesmas, não pode haver discriminação, ainda que as características irrelevantes são distintas.

Figura 4 – Capacidade contributiva idêntica



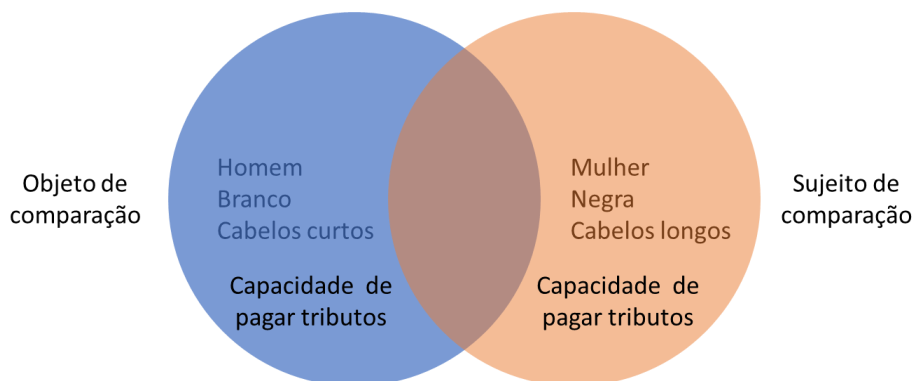
Fonte: Elaborado pelo autor

No desenho abaixo, note-se que, além das características irrelevantes de “A” e de “B”, também as características relevantes, que são distintas, estão fora da intersecção.

¹³¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. Op. cit., p. 45.

Como as características relevantes de “A” e de “B” são distintas, o legislador e o aplicador da lei podem fazer a distinção. Veja-se:

Figura 5 – Capacidade contributiva distinta



Fonte: Elaborado pelo autor

Em resumo, para haver discriminação no âmbito da tributação, deve-se verificar se o objeto e o sujeito de comparação são comparáveis. Para serem comparáveis, todas as circunstâncias relevantes devem ser as mesmas. As circunstâncias irrelevantes não devem ser levadas em consideração. Igualmente, características que são inseparáveis do atributo de comparação devem ser dispensadas.

No caso dos não residentes, o critério da capacidade contributiva, isolado, pode não ser útil para a distinção, porque nesses casos o referido critério é difícil de ser mensurado, conforme se verá no próximo tópico.

De acordo com Alcides Jorge COSTA¹³², “o imposto de fonte sobre investimentos de residentes no exterior é, por vezes, a única forma de alcançar-lhes a capacidade contributiva”. Por isso, há situações em que, no âmbito da tributação internacional, a residência é critério válido de distinção.

É o que se verá no próximo tópico.

1.5.1 A residência como critério relevante de discriminação

No tópico acima, viu-se que a capacidade contributiva é critério de distinção relevante para determinar se o objeto e o sujeito de comparação são ou não são comparáveis. Os contribuintes que têm salário ou patrimônio maior podem ser tributados

¹³² COSTA, Alcides Jorge. Os acordos para evitar a bitributação e a cláusula de não-discriminação. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, 1996, n. 06, p. 11-22.

de forma mais onerosa do que os contribuintes que recebem menos ou têm um patrimônio menor.

Não obstante, se a capacidade contributiva é critério relevante para distinguir contribuintes residentes em um mesmo país, pois nesse local será possível aferir as suas despesas pessoais, tal critério pode não ser relevante para distinguir os contribuintes que residem e que não residem naquele local.

De fato, a tributação da renda auferida pelos não residentes merece particular atenção. Conforme apontam AULT e SASSEVILLE¹³³, a correta determinação das despesas incorridas para a obtenção do investimento e a capacidade contributiva dos não residentes, por razões de ordem prática, têm sido historicamente consideradas impossíveis de determinar.

SCHOUERI¹³⁴ explica que não se pode cogitar igualdade entre o residente e o não residente, tendo em vista que os dois se submetem a riscos díspares.

Geralmente, as legislações nacionais permitem que a apuração do imposto devido pelas pessoas físicas seja realizada por meio de alíquotas progressivas, considerando as rendas originadas de fontes diversas e as deduções pessoais aplicáveis a cada contribuinte. Não obstante, a tributação dos não residentes é realizada sobre a receita bruta, na fonte, sem levar em consideração os seus aspectos individuais.

Somente no país de domicílio é possível determinar a eventual existência de lucro tributável¹³⁵, tanto que os estudos que buscam explicar a teoria da renda acréscimo-patrimonial não esclarecem, de forma eficiente, os fundamentos para a tributação exclusiva na fonte (como ocorre nas remessas de rendimentos a não residentes).

Conforme aponta SCHOUERI¹³⁶, não é possível medir o acréscimo patrimonial auferido pelo não residente, em razão do caráter instantâneo da remessa. Por isso, o inciso I do art. 43 do CTN¹³⁷ prevê que o imposto de renda incide sobre a renda-

¹³³ AULT, Hugh J.; SASSEVILLE, Jacques. **Taxation and Non-Discrimination: A Reconsideration**. Op. cit.

¹³⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. Solidariedade, Domicílio e Capacidade Contributiva. In MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do; DA SILVA MARTINS, Rogério Gandra. (Org.). **Tratado de Direito Tributário**. Op. cit..

¹³⁵ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Op. cit., p. 75.

¹³⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. O Mito do Lucro Real na Passagem da Disponibilidade Jurídica para a Disponibilidade Econômica. In MOSQUERA, Roberto Q.; LOPES, Alexsandro B. (coord.). **Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010. p. 243.

¹³⁷ “Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica: I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos”. BRASIL. **Lei n. 5.172/1996**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

produto do contribuinte. Tal dispositivo fundamenta a tributação de rendimentos decorrentes do capital ou do trabalho, que, por serem consumidos no período ou se sujeitarem à tributação em regime apartado, podem não ser alcançados pelo conceito de renda-acrécimo¹³⁸.

Assim, a tributação diferenciada de residentes e não residentes encontra justificativa na dificuldade de se alcançar a capacidade contributiva dos que não residem em determinado Estado¹³⁹, e isso torna a diferença de residência um critério relevante de distinção.

1.5.2 As regras de não discriminação dos acordos de bitributação

No âmbito da regra de não discriminação prevista nos acordos de bitributação, o artigo 24 (1) da Convenção Modelo da OCDE, que trata da discriminação com base na nacionalidade, dispõe que o objeto e o sujeito de comparação devem estar nas mesmas circunstâncias (“*which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other State in the same circumstances*”), e os Comentários ao art. 24 (1) da Convenção Modelo, no item 7, explicam que a expressão “nas mesmas circunstâncias” refere-se aos contribuintes (pessoas físicas, jurídicas, associações e *partnerships*) que estejam em circunstâncias substancialmente similares de direito e de fato.

No ano de 1992, a OCDE introduziu a expressão “em particular no que diz respeito à residência” (“*in particular with respect to residence*”) à locução “mesmas circunstâncias” para que ficasse evidente que a residência do contribuinte é fator relevante para determinar se o sujeito e objeto de comparação estão, ou não, nas mesmas circunstâncias¹⁴⁰.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso em 04 de abril de 2022.

¹³⁸ POLIZELLI, Victor Borges. **O Princípio da Realização da Renda – Reconhecimento de Receitas e Despesas para fins do IRPJ**. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2012, pp. 168-169.

¹³⁹ COSTA, Alcides Jorge. Os acordos para evitar a bitributação e a cláusula de não-discriminação. **Revista Dialética de Direito Tributário**. Op. cit.

¹⁴⁰ 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 the Contracting States. Disponível em https://www.oecd-ilibrary.org/deliver?redirecturl=http%3A%2F%2Fwww.keepeek.com%2FDigital-Asset-Management%2Foecd%2Ftaxation%2Fmodel-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-september-1992_mtc_cond-1992-

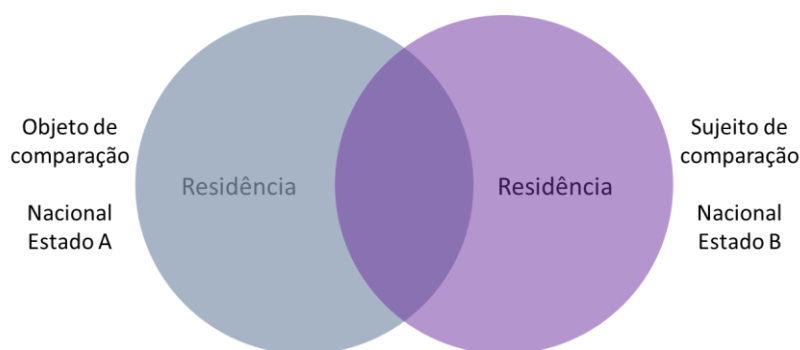
Dessa forma, a versão atual do artigo 24 (1) da Convenção da OCDE proíbe tratamento mais oneroso — ou diferente — aos nacionais de um Estado Contratante em comparação com o concedido aos nacionais do outro Estado Contratante, se os referidos contribuintes estiverem localizados no mesmo Estado (mesma residência).

Assim, no que se refere ao primeiro parágrafo do artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE, a residência é critério relevante para a distinção. Como pontuado anteriormente, há uma finalidade para tal diferenciação¹⁴¹, pois os não residentes, no que diz respeito à tributação, são essencialmente distintos dos contribuintes residentes.

Utilizando o exemplo mencionado acima, se “A”, homem, branco, com cabelo curto, é residente na Itália, e é tributado, na Itália, a uma alíquota maior que “B”, mulher, negra, com cabelos longos, residente na Espanha, a distinção de gênero, de cor e de aparência, por estarem desconectadas da tributação, não permite dizer que “A” e “B” não estão nas mesmas circunstâncias, e assim a aplicação da alíquota maior a “A”, em comparação à alíquota prevista para “B” é discriminatória, não fosse pelo fato de que “A” e “B” residem em países distintos.

O desenho abaixo exemplifica essas premissas:

Figura 6 – Distinção na residência



Fonte: Elaborado pelo autor

Por isso, para fins de aplicação do artigo 24 (1) da Convenção Modelo, a residência é critério relevante. Se a regra prevista no artigo 24 (1) pretende proteger os nacionais de um Estado contratante (sujeito de comparação), o objeto de comparação são os nacionais do outro Estado contratante, que, por sua vez, são idênticos ao sujeito de comparação em todos os aspectos relevantes, exceto a sua residência.

[en&isPreview=true&itemId=%2Fcontent%2Fpublication%2Fmte_cond-1992-en](#). Acesso em 11 de janeiro de 2023.

¹⁴¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. Op. cit., p. 63.

Como a residência é critério relevante de distinção, a diferença na residência significa que residentes e não residentes podem ser tratados de forma distinta, independentemente de suas nacionalidades, e assim a discriminação somente ocorrerá se o objeto e o sujeito de comparação, apesar de serem residentes em um mesmo Estado, estão sendo discriminados com base na sua nacionalidade.

Ponto importante, porém, é que no âmbito das cláusulas de não discriminação previstas nos acordos de bitributação, a residência é critério relevante de distinção para o parágrafo 1 do artigo 24 da Convenção Modelo. A residência não é critério relevante de discriminação para as regras previstas nos parágrafos 3, 4 e 5 do artigo 24, porque elas proíbem o tratamento menos favorável baseado não residência, tanto de forma direta (parágrafo 3º) quanto indireta (parágrafos 4º e 5º)¹⁴².

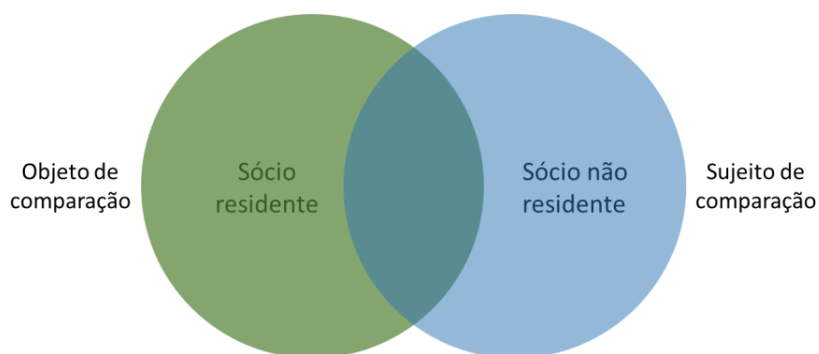
No que diz respeito ao artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, objeto deste estudo, a diferença na residência dos contribuintes não é critério relevante de distinção. Para que o referido dispositivo seja violado, é necessário que quem controla ou detém o capital de empresa localizada no outro Estado contratante resida em local distinto daquele onde reside a empresa controlada ou detida por sócio residente.

Nesse caso, não é o contribuinte que possui residência distinta, mas quem controla ou detém o seu capital, situação que o coloca em situação igual à outra empresa também residente naquele Estado (isto é, ambas as empresas são tributadas em bases mundiais), sendo o seu único diferencial o fato de que uma delas é controlada ou detida por sócio não residente.

Note que todas as características relevantes das empresas localizadas no mesmo Estado são as mesmas, exceto o fato de o capital de uma delas ser detido ou controlado por não residente. Confira-se a ilustração:

¹⁴² VAN RAAD, Kees. **Não-discriminação na tributação de operações transnacionais: escopo e questões conceituais**. Op. cit., p. 52-63.

Figura 7 – Distinção na residência dos sócios



Fonte: Elaborado pelo autor

Percebe-se, assim, que o artigo 24 (5) busca impedir a discriminação da empresa residente que é controlada ou detida por sócio não residente, de modo que o critério da capacidade contributiva se mantém relevante, afinal essas empresas podem apurar os seus tributos da mesma forma que as empresas controladas ou detidas por sócios residentes.

Nesse caso, poderia até haver razões válidas para tratar essas empresas de forma desigual (para desestimular a capitalização das empresas de um Estado por sócios de outro Estado), mas o artigo 24 (5) impede que tal critério seja suficiente para distinção, pois tal dispositivo (artigo 24) não admite justificativas.

Há, ainda, uma outra razão que fundamenta o artigo 24 (5): ao estipular que as empresas localizadas em um Estado residente, detidas ou controladas por residentes do outro Estado contratante, não poderão estar sujeitas à tributação ou obrigação conexa diversa ou mais onerosa do que aquelas que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza localizadas no primeiro Estado, garante-se que o Estado onde as subsidiárias estão localizadas não imporá obrigação tributária maior a essas empresas com o objetivo de compensar a perda de arrecadação que sofrerá por conta da redução da alíquota acordada no acordo.

Isso ocorreria, por exemplo, se o Estado da fonte concordasse em reduzir as alíquotas de *royalties*, mas impedisse a dedução dessas despesas da base de cálculo do imposto de renda da sociedade que está pagando referido rendimento aos seus sócios no exterior. De certa maneira, é o que ocorre com o Brasil.

1.5.3 A cláusula de não discriminação é essencial, mesmo diante do princípio da igualdade previsto na Constituição Federal

O Brasil é, essencialmente, um país importador de capital. Por isso, a necessidade de se preverem as regras de não discriminação nos acordos de bitributação também tem relação com o objetivo de se proteger a igualdade na tributação e tornar o País um local adequado para atrair investimentos.

A Constituição brasileira é rígida¹⁴³. Por isso, a garantia da igualdade tributária não pode ser vista como norma programática, mas como algo concreto. A regra de não discriminação prevista nos acordos de bitributação firmados pelo País apenas reflete aquilo que o país propôs na Carta Constitucional, que foi proibir a instituição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situações equivalentes.

No Brasil, a previsão da igualdade tributária, na Constituição de 1988, foi estabelecida nos arts. 3º, IV¹⁴⁴, 5ª, *caput*¹⁴⁵, 145, parágrafo 1º¹⁴⁶ e 150, II¹⁴⁷. De acordo com os referidos dispositivos, todos são iguais perante a lei e as hipóteses em que pode ocorrer tratamento tributário distinto têm como pressuposto a diferença de capacidade contributiva, exceto se outras justificativas, consideradas razoáveis pela Constituição, permitirem a discriminação entre dois iguais ou semelhantes.

No âmbito infraconstitucional, o art. 2º da Lei n. 4.131/1962¹⁴⁸ dispõe que ao estrangeiro que investir no País será dispensado tratamento jurídico idêntico ao capital

¹⁴³ ATALIBA, Geraldo. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1968, p. 22.

¹⁴⁴ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em: 03 março de 2022.

¹⁴⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. Ibidem.

¹⁴⁶ “Art. 145. “§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte”. Ibidem.

¹⁴⁷ “Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”. Ibidem.

¹⁴⁸ “Art. 2º Ao capital estrangeiro que se investir no País, será dispensado tratamento jurídico idêntico ao concedido ao capital nacional em igualdade de condições, sendo vedadas quaisquer discriminações não previstas na presente lei”. Ibidem.

nacional em igualdade de condições, vedadas quaisquer discriminações não previstas na lei.

O inciso II do art. 150 da Constituição — que estabelece que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituírem tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente — foi inserido na seção que trata das limitações do poder de tributar. Assim, o princípio da igualdade tributária deve ser interpretado como instrumento oponível ao Estado e não como instrumento para tributar¹⁴⁹.

Nesse contexto, Humberto ÁVILA¹⁵⁰ afirma que a igualdade é meio de proteção, nunca meio de tributação. O referido princípio não pode ser aplicado sem a intermediação da lei. A Constituição brasileira é singular por conta da sua rigidez e por proteger, de modo amplo, os direitos e garantias dos contribuintes. Geraldo ATALIBA¹⁵¹, ao analisar a Constituição brasileira de 1946, explica que nenhum outro sistema constitucional tributário do mundo reveste tal característica.

Para o autor¹⁵², a Constituição brasileira é abundante. Em contraste com os sistemas constitucionais tributários francês, italiano ou norte-americano, por exemplo, o constituinte brasileiro esgotou a disciplina da matéria tributária, deixando à lei a função de regulamentar. O autor, ao se referir à Constituição brasileira de 1946, mas cujo intelecto se aplica à Carta atual, entende que o sistema constitucional tributário brasileiro é o “mais perfeito de quantos existem”¹⁵³.

Nesse contexto, se o contribuinte está protegido pelos princípios da igualdade, igualdade tributária e capacidade contributiva, previstos na Constituição Federal, questiona-se qual a necessidade de se preverem as regras de não discriminação nos acordos de bitributação assinados pelo Brasil.

De início, note-se que apesar de as cláusulas de não discriminação previstas em um acordo de bitributação terem como substrato os mesmos valores que orientam o princípio constitucional da igualdade, há casos em que a proteção prevista pela regra do acordo é a única garantia que o não residente tem de não sofrer tratamento discriminatório.

¹⁴⁹ ÁVILA, Humberto. Legalidade como mediação entre a liberdade e a igualdade na tributação in *Direito Tributário e a Constituição* TORRES, Heleno (org.), São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 393-399.

¹⁵⁰ Idem.

¹⁵¹ ATALIBA, Geraldo. *Sistema Constitucional Tributário*. Op. cit., p. 22.

¹⁵² Ibidem, p. 15.

¹⁵³ Ibidem, p. 19.

Tal hipótese ocorre quando o tratamento discriminatório encontra justificativas (finalidades de diferenciação¹⁵⁴) na Constituição Federal, como a proteção do meio ambiente, a livre iniciativa etc. De fato, mesmo se houver outras regras e princípios constitucionais que validem determinado tratamento discriminatório, a regra de não discriminação prevista nos acordos de bitributação impede o tratamento distinto, nos termos do que foi pactuado pelos Estados Contratantes quando assinaram o acordo tributário (*pacta sunt servanda*).

Conforme esclarece VOGEL¹⁵⁵, os acordos de bitributação podem ser entendidos como uma máscara, que se coloca sobre o direito interno, o bloqueando em partes. De acordo com essa analogia, somente são aplicáveis as disposições de direito interno que permanecem visíveis, ou seja, os orifícios da máscara. As partes que não estão visíveis, por estarem bloqueadas pelas convenções, não são aplicáveis.

No cenário em que a Constituição Federal permite o tratamento distinto por meio de justificativas estabelecidas pelo próprio constituinte, as regras de não discriminação previstas nos acordos de bitributação se colocam sobre o direito interno para proteger o não residente (e o não nacional) de tratamento menos vantajoso.

Note que, atualmente, as regras de não discriminação previstas nos acordos de bitributação — ao contrário do que ocorre no Direito Europeu — são absolutas, o que significa dizer que os Estados não podem alegar justificativas para conceder tratamento distinto. Caso a distinção seja baseada em um dos critérios proibidos previsto nos diversos parágrafos do artigo 24, haverá violação à regra de não discriminação¹⁵⁶.

Conforme pontua Kasper DZIURDZ¹⁵⁷, o artigo 24 limita-se a enumerar uma série de circunstâncias que exigem igualdade de tratamento, independentemente de os motivos serem ou não justificados. O artigo 24 pode ser aplicado como uma ferramenta estritamente mecânica sem qualquer margem de flexibilidade.

Ramon Tomazela SANTOS¹⁵⁸ destaca, ainda, que o artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE não pode ser considerado cláusula geral de não discriminação, pois o seu âmbito normativo trata de situações específicas e delimitadas. Assim, referida

¹⁵⁴ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. Op. cit., p. 63.

¹⁵⁵ VOGEL, Klaus. Zu einigen Fragen des Internationalen Steuerrechts, in **Der Betrieb**, v. 10, 1986, p. 507.

¹⁵⁶ RUST, Alexander. **International Tax Neutrality and Non-Discrimination – A Legal Perspective in Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics**. Op. cit.

¹⁵⁷ DZIURDS, Kasper. **Non-discrimination in Tax Treaty Law and World Trade Law: the impact of formal, substantive, and subjective approaches**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2019.

¹⁵⁸ SANTOS, Ramon Tomazela. **A dupla tributação económica da renda e os acordos de bitributação**. Op. cit., p. 433.

cláusula convencional apenas elimina o tratamento tributário discriminatório aplicável ao contribuinte com base em critério de diferenciação expressamente vedado e que conduza a resultado não permitido pelo tratado internacional, sem alcançar todo e qualquer tipo de tratamento discriminatório.

Tal situação resulta em segurança jurídica aos contribuintes, pois a prática demonstra que, até agora, tem sido relativamente fácil dizer se os parágrafos da regra de não discriminação foram, ou não, violados.

Conforma ponta RUST¹⁵⁹, “permitir a alegação de justificativas resultaria no seguinte problema: os tribunais iriam ponderar a importância do objetivo alcançado pela discriminação contra a desvantagem sofrida pelo contribuinte em razão da discriminação”. Esse é um julgamento de valor e diferentes tribunais chegariam a respostas diferentes. Permitir justificativas aumentaria a probabilidade de que tribunais de diferentes países adotassem interpretações distintas sobre um parágrafo específico.

Conforme pontuado anteriormente, mesmo que a Constituição Federal permita tratamento distinto por meio de justificativas estabelecidas pelo próprio constituinte, as regras de não discriminação previstas nas convenções tributárias se colocam sobre o direito interno para proteger o não residente (e o não nacional) de tratamento menos vantajoso.

O seguinte exemplo pode elucidar a questão.

O art. 26 da Lei n. 12.249/2010 e o art. 11 da Instrução Normativa RFB n. 1.154/2011 dispõem que não são dedutíveis, na determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro (“CSL”), as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas a qualquer título, direta ou indiretamente, a pessoas físicas ou jurídicas residentes ou constituídas no exterior e submetidas a um tratamento de país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado.

A referida regra pode entrar em conflito com o artigo 24 (4) da Convenção Modelo da OCDE — que estabelece que juros, *royalties* e demais despesas pagas por uma empresa de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante são dedutíveis nas mesmas condições que se tivessem sido pagos a um residente do estado mencionado em primeiro lugar —, que impede que o Brasil glose a dedução de despesas incorridas pela pessoa jurídica no País que faz pagamentos a empresas localizadas no exterior.

¹⁵⁹ RUST, Alexander. **International Tax Neutrality and Non-Discrimination – A Legal Perspective in Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics**. Op. cit.

Nesse caso, o direito interno conflita com a regra de não discriminação prevista no acordo, o que resulta na seguinte situação: a lei doméstica estabelece tratamento fiscal distinto a despesas pagas a contribuintes localizados em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado (há justificativas para o tratamento distinto, pois o beneficiário dos pagamentos está localizado em tais jurisdições), mas a regra de não discriminação prevista no acordo deve ser priorizada, pois os Estados contratantes, em comum acordo, estabeleceram que não há justificativas para o tratamento distinto¹⁶⁰.

O art. 26 da Lei n. 12.249/2010 e o art. 11 da Instrução Normativa RFB n. 1.154/2011 permitem que o contribuinte deduza as referidas despesas caso cumpram, cumulativamente, os seguintes requisitos: (i) identificação do efetivo beneficiário da entidade no exterior, destinatário dessas importâncias; (ii) comprovação da capacidade operacional da pessoa física ou entidade no exterior de realizar a operação; e (iii) comprovação documental do pagamento do preço respectivo e do recebimento dos bens e direitos ou da utilização de serviço.

Caso o país respectivo possua a cláusula do artigo 24 (4) no acordo contra a bitributação assinado com o Brasil, tais requisitos nem sequer precisam ser cumpridos, sob pena de violação desse dispositivo.

O art. 24 da Lei n. 9.430/1996¹⁶¹, por sua vez, define “país com tributação favorecida” aquele que “não tribute a renda ou que a tribute à alíquota máxima inferior a vinte e cinco por cento”. Em contrapartida, a Lei n. 11.727/2008 introduziu o § 4º ao art. 24 da Lei n. 9.430/1996¹⁶² e estabeleceu que são país ou dependência com tributação favorecida aqueles em que as legislações não permitem o acesso à informação relativa à composição societária das pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos.

¹⁶⁰ LANG, Michel. **Introduction to the Law of Double Taxation Conventions**. Vienna: Linde, 2010. p. 143.

¹⁶¹ Art. 24. As disposições relativas a preços, custos e taxas de juros, constantes dos arts. 18 a 22, aplicam-se, também, às operações efetuadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com qualquer pessoa física ou jurídica, ainda que não vinculada, residente ou domiciliada em país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a vinte por cento. BRASIL. **Lei n. 9.430, de 27 de fevereiro de 1996**. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19430.htm>. Acesso em: 03 jan. 2022.

¹⁶² § 4º Considera-se também país ou dependência com tributação favorecida aquele cuja legislação não permita o acesso a informações relativas à composição societária de pessoas jurídicas, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efetivo de rendimentos atribuídos a não residentes. Idem.

Mais recentemente, o Brasil assinou acordo de bitributação com os Emirados Árabes Unidos, que, nos termos do inciso XXII do art. 1º da Instrução Normativa n. 1.037/2010, é considerado jurisdição de tributação favorecida.

Nesses casos, o artigo 26 (3) do acordo firmado entre os dois países, que corresponde ao artigo 24 (4) da Convenção Modelo da OCDE, determina que as despesas serão dedutíveis, para fins de determinação dos lucros tributáveis da empresa no Brasil, nas mesmas condições como se tivessem sido pagos a um residente no País.

Nessa hipótese, o não residente localizado nos Emirados Árabes Unidos é comparável ao residente no Brasil, porque as características relevantes de um e outro são idênticas ou semelhantes — note que para fins do artigo 24 (4) da Convenção Modelo a residência não é critério relevante de distinção —, mas existem justificativas constitucionais razoáveis para tratá-los de forma distinta, sobretudo porque o não residente está localizado em paraíso fiscal.

Contudo, apesar de o não residente não estar protegido pelo princípio da igualdade tributária estabelecido na Constituição Federal, pois existem justificativas constitucionalmente razoáveis para conceder-lhe tratamento diverso, estará protegido pela regra de não discriminação prevista no acordo de bitributação (o artigo 24 [4] do acordo impede que o Brasil não reconheça as despesas incorridas pela pessoa jurídica no País referentes a pagamentos a pessoas jurídicas localizadas nos Emirados Árabes Unidos), que não admite justificativas para o tratamento diferenciado.

Alexander RUST¹⁶³, ao analisar se uma regra que impede a dedutibilidade por conta do tratamento híbrido nos Estados da fonte e de residência pode violar a cláusula de não discriminação do artigo 24 (4), sustenta que referido dispositivo proíbe a discriminação com base na residência do destinatário. Para o autor, uma norma que impede a dedução de instrumentos híbridos não seria proibida pelo artigo 24 (4) pois não se fundamenta na residência da empresa que recebe os pagamentos, mas no fato de os pagamentos serem isentos de tributos no país do beneficiário desses rendimentos.

Não obstante, entendemos que tal raciocínio configuraria uma justificativa para a concessão do tratamento discriminatório, o que não é próprio às regras previstas no artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE. De fato, a interpretação no sentido de que o parágrafo 4 do artigo 24 somente impede discriminações que tenham como exclusivo

¹⁶³ RUST, Alexander. Beps action 2: 2014 Deliverable-Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements and its compability with the non-discrimination provisions in tax treaties and the treaty of the functioning of the European Union. **British Tax Review** 60 (3): 308-324.

fato a residência do beneficiário do rendimento dá oportunidade para a criação de regras discriminatórias com base em justificativas diversas, quando o bastante seria que o beneficiário do rendimento seja residente no outro Estado.

De tudo o que foi exposto, pode-se notar que as regras de não discriminação previstas nos acordos de bitributação têm os seguintes objetivos e finalidades:

- a) preservar e fomentar a neutralidade na importação ou na exportação de capitais;
- b) promover o direito de igualdade, que no campo tributário deriva de princípios caros a ordenamentos jurídicos modernos¹⁶⁴, como os princípios da igualdade, igualdade tributária e capacidade contributiva, ainda que, em situações específicas, o tratamento discriminatório seja permitido pela Constituição;
- c) determinar quais características relevantes que, se forem distintas, não resultarão em tratamento discriminatório, como a regra do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, de acordo com a qual a diferença na residência do sujeito de comparação não é critério relevante de distinção.

Além dessas funções relevantes, as regras de não discriminação previstas nos acordos firmados pelo Brasil também têm a função de atribuir competência ao Superior Tribunal de Justiça para analisar questões relacionadas à igualdade tributária, conforme será visto no próximo tópico.

1.6 A cláusula de não discriminação e a atribuição de competência ao Superior Tribunal de Justiça para a interpretação das regras dos acordos de bitributação

No Brasil, a cláusula de não discriminação prevista nos acordos de bitributação modifica o órgão competente para a análise de questões relacionadas à igualdade tributária, tendo em vista que a alínea “a” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal¹⁶⁵ estabelece que o Superior Tribunal de Justiça tem competência para julgar, em recurso especial, as causas decididas pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais Estaduais que contrariem tratado.

¹⁶⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. Op. cit.

¹⁶⁵ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Op. cit.

A referida posição foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal na análise do Recurso Extraordinário n. 460.320, interposto pela União em ação declaratória ajuizada pela Volvo do Brasil Veículos Ltda., em que a empresa requereu o reconhecimento da inexistência de relação jurídica que a obrigasse a reter na fonte o imposto de renda sobre dividendos remetidos a sócios residentes na Suécia, no ano-base de 1993.

No ano de 1993, a Lei n. 8.383/1991 dispôs que os lucros recebidos por sócios residentes ou domiciliados no Brasil eram isentos do imposto de renda. A Volvo do Brasil Veículos Ltda., porém, requereu ao juízo que fosse aplicado o Decreto n. 70.053/1976, que recepcionou, no ordenamento jurídico brasileiro, a Convenção entre Brasil e Suécia para evitar a dupla tributação da renda.

A Volvo alegou que a retenção do tributo na fonte seria indevida, em razão do disposto no artigo 24 (1) do acordo de bitributação firmado entre Brasil e Suécia, que trata da regra de não discriminação entre nacionais e não nacionais.

De acordo com o relator do caso, Ministro Gilmar Mendes, o artigo 24 (1) do acordo Brasil – Suécia não teria sido violado pois o sócio localizado na Suécia não está nas mesmas condições que o sócio localizado no Brasil. Para fins de interpretação desse dispositivo, apontou o relator, a residência é critério relevante de distinção.

O Ministro Dias Toffoli abriu divergência para pontuar que não cabe ao Supremo Tribunal Federal pronunciar-se sobre o mérito de questão que envolve conflito entre lei interna e regra do tratado. Para o ministro, a competência constitucional para dirimir o referido conflito foi outorgada pela alínea “a” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal ao Superior Tribunal de Justiça.

O Ministro Marco Aurélio acompanhou a divergência apresentada pelo Ministro Dias Toffoli. Para o referido ministro, o Supremo Tribunal Federal não tem competência para analisar o mérito de questão que envolva a incompatibilidade do acordo de bitributação com a lei interna.

Tal entendimento foi acompanhado pelos Ministros Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Rosa Weber, que negaram seguimento ao recurso extraordinário, sob o argumento de que a análise de regra do tratado tem natureza infraconstitucional.

Os julgadores proclamaram a seguinte decisão: i) Ministros Gilmar Mendes, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Celso de Mello e Alexandre de Moraes deram provimento ao recurso extraordinário interposto pela Fazenda Nacional; ii) Ministros Dias Toffoli, Marco Aurélio Mello, Ricardo Lewandowski, Carmén Lúcia e Rosa Weber

negaram seguimento ao recurso extraordinário, sob o argumento de que a interpretação das regras de tratado tem natureza infraconstitucional.

O Ministro Luiz Fux declarou-se impedido, pois participou do julgamento do caso no Superior Tribunal de Justiça. Por conta do empate, os julgadores entenderam que a primeira posição mencionada deveria ser adotada (Supremo Tribunal Federal não tem competência para interpretar regras de tratado).

Com efeito, os arts. 13 e 146 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal estabelecem que, em caso de empate, cabe ao Presidente da Corte (à época, Ministro Dias Toffoli) proferir voto de qualidade se o referido empate decorrer de impedimento de ministro (tal como ocorreu naquele caso, pois o Ministro Luiz Fux se declarou impedido).

Por conta dessa regra de desempate, o resultado foi que a Corte negou provimento ao recurso extraordinário da União. Houve oposição de embargos de declaração pela União, que foram rejeitados. Por conta desse acórdão, há outra decisão monocrática proferida por ministro do Supremo que reconhece a impossibilidade de o STF interpretar regras de acordos de bitributação tributários¹⁶⁶.

Conclui-se, assim, que atribuição de competência ao Superior Tribunal de Justiça para interpretar tratados afasta a jurisdição do Supremo Tribunal Federal para analisar questões relacionadas às regras de não discriminação.

Com todas essas premissas alinhadas, desenvolveremos, no próximo capítulo, considerações específicas sobre o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, que dispõe que uma empresa localizada no Estado da fonte, controlada ou detida por não residentes, não poderá estar sujeita à tributação ou obrigações conexas diferentes ou mais onerosas do que outra empresa, controlada ou detida por empresa residente.

¹⁶⁶ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 870.214, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 24.03.2021.

2. A CLÁUSULA DE NÃO DISCRIMINAÇÃO DO ARTIGO 24 (5)

Neste capítulo, serão analisadas as particularidades da cláusula de não discriminação prevista no artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE/ONU. O objetivo, aqui, é identificar a redação da referida cláusula de não discriminação, as hipóteses em que ela pode e deve ser utilizada, como deve ser realizado o teste de comparabilidade e como a OCDE, nos Comentários à sua Convenção Modelo, entende que tal dispositivo deve ser aplicado.

2.1 Aspectos introdutórios

O objetivo do presente capítulo é investigar o conceito do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE e analisar como a doutrina tem interpretado referido dispositivo, cujo objetivo principal é evitar que determinado Estado Contratante compense a perda de arrecadação por meio de medidas que visam fomentar a dupla tributação econômica da renda¹⁶⁷.

Os Estados contratantes, ao assinarem acordos de bitributação, fazem concessões mútuas com o objetivo de impedir a dupla tributação jurídica da renda, como o ajuste de alíquotas reduzidas no Estado da fonte, que resultará em uma maior tributação no Estado de residência.

Ocorre que de nada aditaria estipular alíquota menor no Estado da fonte se esse mesmo estado resolve prever na sua legislação interna limites de deduções ou tributações distintas às empresas residentes no seu Estado, mas controladas ou detidas por sócios não residentes.

Por isso a importância da regra de não discriminação prevista no artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE. Ao estipular que as empresas localizadas em um Estado residente, detidas ou controladas por residentes do outro Estado contratante, não poderá estar sujeita à tributação ou obrigação conexa diversa ou mais onerosa do que aquelas que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza localizadas no primeiro Estado, tal regra impede que referido Estado imponha medidas que visam a dupla tributação econômica das sociedades nele residentes.

¹⁶⁷ DZIURDZ, Kasper. **Non-discrimination in tax treaty law and world trade law: the impact of formal, substantive, and subjective approaches**. Netherlands: Wolters Kluwer. pp. 204.

A redação do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE dispõe que “as empresas de um Estado Contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado Contratante, a nenhuma tributação ou obrigação correspondente, diversa ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro Estado”.

Nesses casos, são estes os requisitos para a aplicação da regra de não discriminação prevista no artigo 24 (5): a) que o capital da sociedade pertença ou seja controlado por não residente; b) que o motivo para a discriminação seja o controle ou detenção por não residente; c) que a tributação ou obrigação seja diversa ou mais onerosa do que as aplicadas a outras empresas similares no primeiro Estado, que sejam detidas ou controladas por residentes desse Estado.

Porém, há acordos que preveem redação distinta ao referido dispositivo, e estabelecem que a sociedade residente no Estado Contratante, cujo capital é detido ou controlado por não residente, não pode ser tratada de forma distinta àquele cujo capital é detido ou controlado por residente em terceiro Estado. Tal distinção será mais bem analisada posteriormente.

Nesses casos, são estes os requisitos para a aplicação da regra de não discriminação prevista no artigo 24 (5): a) que o capital da sociedade pertença ou seja controlado por não residente; b) que o motivo para a discriminação seja referido controle ou detenção por não residente; c) que a tributação ou obrigação seja diversa ou mais onerosa do que as aplicadas a outras empresas similares no primeiro Estado, que sejam detidas ou controladas por sócios localizados em terceiro Estado.

Note que há diferença importante em ambas essas redações. Enquanto no primeiro caso a discriminação diz respeito a empresa no Estado da fonte controlada ou detida por capital estrangeiro, em comparação com empresa no Estado da fonte controlada ou detida por capital interno, no segundo caso a discriminação diz respeito a empresa no Estado da fonte controlada ou detida por capital estrangeiro, em comparação com empresa no Estado da fonte controlada ou detida por residente em um terceiro Estado.

Nos próximos tópicos, cada um desses requisitos será analisado com mais cuidado.

2.2 A questão da detenção ou controle

Conforme pontuaram Avery JONES et al¹⁶⁸, para a aplicação do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE é necessário que o capital de uma empresa (uma “empresa de um Estado Contratante”) seja “total ou parcialmente detido ou controlado, direta ou indiretamente” por um residente do outro Estado. Para simplificar, é possível dizer que os fatos devem incluir (a) um controlador ou detentor do capital de uma empresa doméstica que é (b) não residente.

Não há discussões ou dificuldades na interpretação da referida regra no que diz respeito ao requisito da detenção ou controle, pois, para a sua aplicação, basta que o não residente detenha parte do capital da sociedade localizada no outro Estado contratante, independentemente do percentual dessa participação¹⁶⁹.

Bruno SILVA¹⁷⁰ explica que deter o controle não é condição necessária para a aplicação do artigo 24 (5). A detenção parcial do capital por residentes do outro estado é, por si só, suficiente para a incidência da regra.

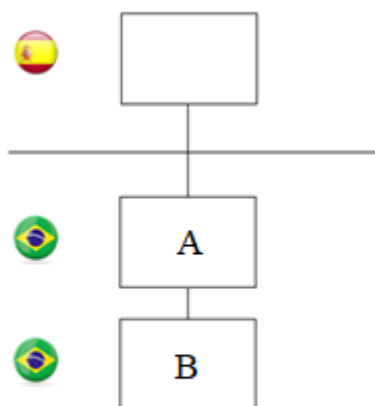
Além disso, a propriedade ou o controle podem ser diretos ou indiretos. Na hipótese abaixo, há violação à regra do artigo 24 (5) caso a empresa “B” esteja sujeita à tributação ou obrigação diversa ou mais onerosa do que as aplicadas a empresa similar, no Brasil, que seja detida ou controlada por residente desse Estado, mesmo que a empresa “B” seja detida ou controlada apenas indiretamente pela empresa na Espanha. Confira-se:

¹⁶⁸ JONES, Avery J.F et. al. Art. 24(5) of the OECD Model in Relation to Intra-Group Transfers of Assets and Profits and Losses. **Word Tax Journal**. Amsterdam: IBDF, 2011, v. 3, p. 180.

¹⁶⁹ RUST, Alexander. **Klaus Vogel on Double Taxation Conventions**. Hague, 2015. P. 1723.

¹⁷⁰ SILVA, Bruno da. **Revisiting the application of the capital ownership non-discrimination provision in tax treaties**. Amsterdam: IBFD, 2016.

Figura 8 – Controle indireto



Fonte: Elaborado pelo autor

Percebe-se, assim, que para a aplicação do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE basta que o não residente detenha participação na empresa localizada no outro Estado, independentemente do percentual de referida participação ou do tipo de controle (direto ou indireto).

Note, por fim, que o critério da residência dos sócios detentores do capital é abrangente e não está vinculado, no nosso entender, ao critério de residência previsto no artigo 4 da Convenção Modelo da OCDE. Imagine uma situação em que a sociedade detentora do capital foi incorporada no Estado A, mas constituiu seu centro de direção efetiva no Estado B. Imagine, ainda, que o Estado A utiliza o critério da incorporação para definir as sociedades que são ali residentes, enquanto o Estado B utiliza o critério da sede de direção efetiva.

Caso a regra de desempate do acordo de bitributação assinado entre A e B determine que a residência da sociedade detentora do capital é no Estado A, entendemos que o fato de ela ser considerada residente fiscal no Estado B é suficiente para que as empresas por ela controladas — que são residentes no Estado A — não sejam tratadas de forma desfavorável.

2.3 Tributação diversa ou mais onerosa

Para a aplicação da regra de não discriminação prevista no artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, o tratamento fiscal ou qualquer requisito conexo concedido a sociedade controlada ou detida por não residentes deve ser diverso ou mais oneroso do que o concedido a sociedade residente, detida ou controlada por sócio residente.

De acordo com essa redação, basta que o tratamento fiscal ou requisitos conexos concedidos pela legislação interna de um determinado Estado à sociedade controlada ou detida por não residente seja diverso para que tal regra esteja proibida pelo artigo 24 (5) da Convenção.

A expressão “more burdensome taxation”, isto é, tributação mais onerosa, refere-se, na opinião de Bruno da SILVA¹⁷¹, à carga fiscal, ou seja, o quantum do imposto. Nesse caso, haverá discriminação se a empresa controlada ou detida por sócio não residente estiver sujeita a carga tributária maior do que aquela suportada pela sociedade detida ou controlada por sócios residentes.

O significado do termo “tributação diversa”, porém, não está claro. Bruno da Silva¹⁷² entende que tal expressão pode referir-se à incidência de tributos distintos daqueles que incidem sobre residentes que sejam controlados ou detidos por sócios localizados em outro Estado ou pode significar a aplicação de tributos sobre uma base fiscal mais ampla (por meio de restrições de dedutibilidade de despesas incorridas por sociedades controladas ou detidas por sócios não residentes, por exemplo).

Nos *reports* do Grupo de Trabalho (WP4) da OECE¹⁷³, apontou-se que a expressão “other than (isto é, “diversa”) deveria impedir que os estrangeiros fossem tributados de forma mais onerosa que os nacionais do país membro”.

Ou seja, a interpretação que o Grupo de Trabalho (WP4) da OECE fez do termo “diverso” foi no sentido de que tal expressão abrangeria o termo “mais oneroso”, ainda que, na prática, nem todo tributo diverso é mais oneroso.

Por isso, pode parecer que a interpretação realizada por Bruno da SILVA¹⁷⁴ não faça sentido, porque ambas as situações referidas acima (incidência de tributos

¹⁷¹ SILVA, Bruno da. **Revisiting the application of the capital ownership non-discrimination provision in tax treaties**. Amsterdam: IBFD, 2016.

¹⁷² Idem.

¹⁷³ Disponível em <https://www.taxtreatieshistory.org/>. Acesso em 23 de novembro de 2022.

¹⁷⁴ SILVA, Bruno da. **Revisiting the application of the capital ownership non-discrimination provision in tax treaties**. Op. cit.

diversos ou base de cálculo mais ampla) se enquadrariam no conceito de tributação mais onerosa.

Com isso, há autores que defendem que a única interpretação possível do termo “tributação diversa” seria a de que o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE proíbe tratamento fiscal distinto que resulte em tributação mais favorável às sociedades controladas ou detidas por sócios não residentes. De acordo com essa posição, o artigo 24 (5) também impediria a discriminação reversa.

Tal entendimento é compartilhado por Alexander RUST¹⁷⁵. Para o autor¹⁷⁶, como os parágrafos 1, 2 e 5 do artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE proíbem tanto a tributação mais gravosa quanto qualquer outra exigência distinta, a vedação ao tratamento distinto deveria ser interpretada no sentido de que um Estado não poderia aplicar regras fiscais distintas aos estrangeiros, mesmo que o resultado lhes seja mais favorável.

Para RUST¹⁷⁷, a referida interpretação seria mais benéfica ao contribuinte estrangeiro, pois evitaria que ele tivesse que demonstrar que a aplicação da norma diferente lhe causou tributação mais onerosa. Nos Estados Unidos, em caso envolvendo a negativa de dedutibilidade do deságio apurado na alienação de propriedade por empresa localizada naquele país à sua controladora residente no Reino Unido, o Tribunal de Apelações americano (nono circuito) decidiu que não houve violação ao artigo 24 (5) no caso concreto, porque o contribuinte não conseguiu provar que a tributação das subsidiárias americanas, com sócios britânicos, era "mais onerosa" do que a das subsidiárias americanas, com sócios localizados nos Estados Unidos¹⁷⁸.

Note, porém, que o item 14 dos Comentários ao artigo 24 (1) da Convenção Modelo da OCDE dispõe que a regra do artigo 24 (1) não proíbe que um Estado defina concessões ou facilidades a não nacionais que não sejam previstas aos seus próprios nacionais¹⁷⁹.

¹⁷⁵ RUST, Alexander *In* VOGEL/LEHNER. **Doppelbesteuerungsabkommen. Kommentar.** 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2008.

¹⁷⁶ RUST, Alexander. **International Tax Neutrality and Non-Discrimination – A Legal Perspective in Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics.** Op. cit.

¹⁷⁷ RUST, Alexander. **International Tax Neutrality and Non-Discrimination – A Legal Perspective in Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics.** Op. cit.

¹⁷⁸ LANG, Michel. **Introduction to the Law of Double Taxation Conventions.** Op. cit.

¹⁷⁹ Item 14. “Furthermore, paragraph 1 has been deliberately framed in a negative form. By providing that the nationals of a Contracting State may 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 the other Contracting State in the same circumstances are or may be subjected, this paragraph has the same mandatory force as if it enjoined the Contracting States to accord

Tal comentário tem origem em proposta realizada pelo Grupo de Trabalho (WP4) da OCDE¹⁸⁰, no sentido de que o termo “other than”, isto é, diferente, não deve impedir um Estado de conceder, por razões especiais próprias, certas concessões ou facilidades a estrangeiros que não estariam disponíveis para seus próprios nacionais¹⁸¹.

Ou seja, a própria OCDE, no artigo 24 (1), entendia que referido dispositivo não proibia a discriminação reversa. Como apontado no capítulo anterior, a redação dos parágrafos 1 e 5 da Convenção Modelo da OCDE são similares. Em ambos esses parágrafos, entende-se que a discriminação a ser evitada é aquela que prevê “tributação diversa ou mais onerosa”.

Nem todos os parágrafos do artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE preveem a expressão “other or more burdensome” na sua redação. O parágrafo 3 do artigo 24 dispõe que o estrangeiro não pode ser “less favourably levied” que o residente no outro Estado contratante enquanto o parágrafo 4 do artigo 24 aponta que as despesas pagas a não residentes devem ser deduzidas “under the same conditions” do que aquelas pagas a residentes no Estado contratante.

Na sua origem, o parágrafo 5 do artigo 24 foi introduzido para complementar o parágrafo 1 do mesmo dispositivo, com o objetivo de proteger as empresas localizadas no outro Estado, não apenas contra a discriminação com base na sua lei de incorporação, mas também contra a discriminação com base na residência dos seus sócios. Por esse motivo, ambos os parágrafos possuem redação similar¹⁸².

Assim, é coerente que a interpretação disposta pela OCDE ao termo “other or more burdensome”, nos Comentários ao artigo 24 (1), se estenda aos parágrafos 2 e 5, que utilizam a mesma expressão.

the same treatment to their respective nationals. But since the principal object of this clause is to forbid discrimination in one State against the nationals of the other, there is nothing to prevent the first State from granting to persons of foreign nationality, for special reasons of its own, or in order to comply with a special stipulation in a double taxation convention, such as, notably, the requirement that profits of permanent establishments are to be taxed in accordance with article 7, certain concessions or facilities which are not available to its own nationals. As it is worded, paragraph 1 would not prohibit this”. OCDE. **Comentários ao artigo 24 da Convenção Modelo**. Disponível em https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

¹⁸⁰ Disponível em <https://www.taxtreatieshistory.org/>. Acesso em 23 de novembro de 2022.

¹⁸¹ In its negative form, moreover, and due regard being had to the considerations on which it is founded, an equivalent treatment clause drafted in this way should not, in the Working Party's view, prevent a State from granting, for special reasons of its own, certain concessions or facilities to foreign nationals which would not be available to its own nationals. Disponível em <https://www.taxtreatieshistory.org/>. Acesso em 23 de novembro de 2022

¹⁸² VOGEL, Klaus. **Klaus Vogel on Double Taxation Conventions**. 3. ed. The Hague: Kluwer Law International, 1997, p. 44.

A partir desse silogismo, parece-nos que a interpretação da OCDE ao artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE — ainda que não expressa — seria no sentido de que a referida regra não proíbe a discriminação reversa. Entendemos que tal posição seria a mais acertada, tendo em vista que o objetivo das regras de não discriminação dispostas nos acordos de bitributação é proteger os não nacionais e os não residentes de qualquer tratamento discriminatório no outro Estado contratante.

Não nos parece que em um ambiente globalizado faria sentido invocar as regras de não discriminação dos acordos de bitributação para impedir que um Estado contratante edite medidas fiscais para atrair negócios estrangeiros nas suas jurisdições.

Nesse cenário, parece-nos que os termos “diversa” e “mais onerosa” conduz a uma única interpretação: o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE proíbe apenas uma tributação mais onerosa da sociedade controlada ou detida por sócio não residente, em comparação a uma sociedade controlada ou detida por sócios residentes naquele Estado, mesmo que tal tributação não seja indubitavelmente mais onerosa¹⁸³.

No tocante à expressão requisitos conexos, note que ela deve ser interpretada no sentido de se referir aos requisitos relacionados com a tributação do sujeito de comparação (e não a do objeto de tributação), isto é, a empresa residente detida ou controlada por não residente¹⁸⁴. O dispositivo não impede regras internas distintas ou mais onerosas relativas à tributação dos titulares do capital dessa empresa.

Por essa razão, as regras que impõem obrigações de retenção na fonte sobre dividendos pagos a não residentes, mas não a dividendos pagos a residentes, não são proibidas pelo artigo 24 (5), uma vez que os referidos “requisitos conexos” dizem respeito à tributação do destinatário dos dividendos e não à da sociedade residente (que paga os dividendos).

Nos Comentários à Convenção Modelo da OCDE, a Organização destacou que, no caso de questionamentos que envolvam preços de transferência, quase todos os países membros entendem que pedidos de informações adicionais, mais rigorosos que os normais, ou mesmo inversões do ônus da prova, não constituem discriminação proibida por tal dispositivo¹⁸⁵.

¹⁸³ LANG, Michael. **Os trabalhos da OECE e da OCDE para a criação das vedações de discriminação**. Op. cit., pp. 44-45.

¹⁸⁴ BAMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and european tax law**. Op. cit.

¹⁸⁵ “In the case of transfer pricing enquiries, almost all member countries consider that additional information requirements which would be more stringent than the normal requirements, or even a reversal of the burden of proof, would not constitute discrimination within the meaning of the Article. OCDE.

2.3.1 Acordos assinados pelo Brasil

A redação que estabelece que o princípio da não discriminação resta violado se o tratamento fiscal for diverso ou mais oneroso está disposta na maioria dos acordos de bitributação firmados pelo Brasil, exceto nos acordos firmados com Chile, Eslováquia, Hungria, México e Ucrânia, que estabelecem que a obrigação não pode ser mais gravosa (mas não impedem que seja diversa).

De qualquer forma, como os termos “diversa” e “mais onerosa” conduz à interpretação de que o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE proíbe apenas uma tributação mais onerosa da sociedade controlada ou detida por sócio não residente, em comparação a uma sociedade controlada ou detida por sócios residentes naquele Estado, entendemos que todos os acordos de bitributação assinados pelo Brasil até agora impedem uma tributação mais onerosa a sociedades com capital estrangeiro, mas não proíbem que essas sociedades usufruam de tratamento mais vantajoso (mesmo nos acordos que estabelecem que a obrigação não pode ser diversa, como é o caso da maior parte dos acordos firmados pelo Brasil, exceto Chile, Eslováquia, Hungria, México e Ucrânia).

2.4 A discriminação com base na residência

O artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE pretende impedir a discriminação com base na residência. Nesse caso, a diferença na residência dos contribuintes não é critério relevante de distinção. Para que o referido dispositivo seja violado, é necessário que quem controla ou detém o capital de empresa localizada no outro Estado contratante resida em local distinto daquele onde reside a empresa controlada ou detida por sócio residente.

As regras do artigo 4 da Convenção Modelo da OCDE estabelecem as hipóteses em que uma pessoa é considerada residente em um determinado Estado.¹⁸⁶ Não obstante, há posição¹⁸⁷ no sentido de que o artigo 24 (5) deve proteger o contribuinte contra tratamento eventualmente discriminatório, mesmo em situações em que o detentor do capital, por conta das regras de desempate previstas no artigo 4, é residente no Estado

Comentários à Convenção Modelo. Disponível em https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

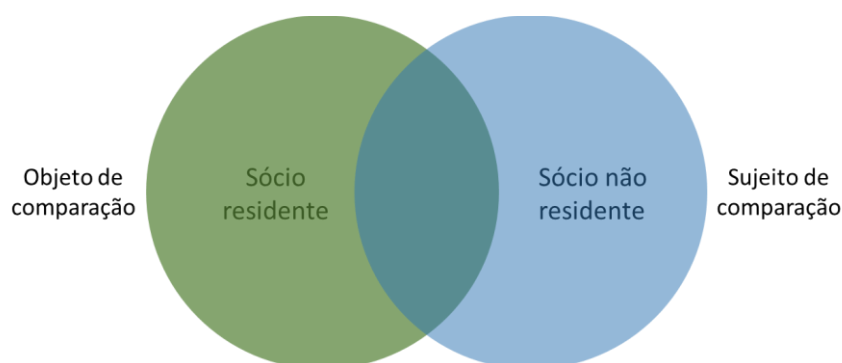
¹⁸⁶ VAN RAAD, Kees. **Nondiscrimination in International Tax Law.** Op. cit., p. 189.

¹⁸⁷ DZIURDZ, Kasper. **Non-discrimination in tax treaty law and world trade law: the impact of formal, substantive, and subjective approaches.** Netherlands: Wolters Kluwer. pp. 203-204.

da subsidiária (que concede o tratamento discriminatório), mas continua sujeito à tributação no outro Estado Contratante, por conta das regras internas desse local.

Não é o sujeito de comparação que possui residência distinta, mas quem controla ou detém o seu capital. Note que todas as características relevantes das empresas localizadas no mesmo Estado são as mesmas, exceto o fato de o capital de uma delas ser detido ou controlado por não residente. Confira-se a ilustração:

Figura 9 – Distinção na residência dos sócios



Fonte: Elaborado pelo autor

Não está claro qual o âmbito de aplicação do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, pois a Organização, nos seus documentos (seja nos Comentários à Convenção, por exemplo, ou na literatura especializada em tributação internacional)¹⁸⁸, raramente discute o escopo de referida regra. Como será visto nos tópicos posteriores, os Comentários à Convenção Modelo da OCDE apenas apontam exemplos das hipóteses em que a referida regra não é aplicada.

2.5 Teste de comparabilidade

De acordo com o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, as empresas de um Estado Contratante cujo capital seja, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, detido ou controlado por um ou mais residentes do outro Estado Contratante, não estarão sujeitas, no primeiro Estado mencionado, a qualquer tributação, ou exigências com ela

¹⁸⁸ BAGCI, Recep. **Comparing Similar Enterprises under Article 24 (5) of the OECD Model: Non-Discrimination and MFN Treatment in the Context of the Netherlands Group Taxation Regime**. Op. cit., p. 23.

conexas, diversa ou mais onerosa do que aquela a que estiverem ou puderem estar sujeitas outras empresas similares do primeiro Estado mencionado¹⁸⁹.

O termo “other similar enterprises” tem sido utilizado pela OCDE desde a Convenção de 1963¹⁹⁰.

Para o artigo 24 (5) ser aplicado, é necessário que o sujeito (sociedade residente detida ou controlada por não residentes) seja comparado com empresas detidas ou controladas por sócios residentes (objeto de comparação).

De acordo com BAMMENS¹⁹¹, muitos tratados divergem da redação proposta pela Convenção Modelo da OCDE e estabelecem que o objeto da comparação deve estar “nas mesmas circunstâncias” (ao invés de “condições similares”) que o sujeito de comparação, como, por exemplo, os tratados firmados entre os Estados Unidos e a Austrália (1982), Índia e Tailândia (1985) e o acordo firmado entre Índia e Indonésia (1987).

Outros tratados dispõem que o sujeito e o objeto de comparação devem “desempenhar as mesmas atividades” (tal como os tratados França-Estados Unidos, Bélgica-Estados Unidos, e Nova Zelândia-Reino Unido).

Na rede de tratados brasileira, a maior parte dos acordos utiliza a expressão “similar enterprises” (empresas similares). Tal ocorre nos tratados firmados com África do Sul, Chile, Coreia do Sul, Emirados Árabes Unidos, República Tcheca, Eslováquia, Índia, Hungria, Finlândia, Israel, Portugal, Peru, Holanda, México, Venezuela, Turquia, Trinidad e Tobago, Suíça, Singapura e Rússia.

O termo “mesma natureza”, porém, é utilizado nos seguintes acordos: Argentina, Áustria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Equador, Filipinas, Espanha, Itália, Japão, Noruega, Luxemburgo e Suécia.

Por sua vez, os tratados firmados pelo Brasil com China e Ucrânia utilizam o termo “empresas semelhantes”.

Note que os Comentários à Convenção Modelo da OCDE¹⁹² estabelecem que as disposições do artigo 24, em geral, impedem diferenças de tratamento fiscal que se

¹⁸⁹ OECD. **Model tax convention on income and on capital: condensed version**. Paris: OECD Publishing, 2017.

¹⁹⁰ OECD. **Model Convention 1963**. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/draft-double-taxation-convention-on-income-and-capital_9789264073241-en. Acesso em 25 de julho de 2022.

¹⁹¹ BAMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and european tax law**. Op. cit.

¹⁹² “The various provisions of article 24 prevent differences in tax treatment that are solely based on certain specific grounds (e.g. nationality, in the case of paragraph 1). Thus, for these paragraphs to apply, other relevant aspects must be the same. The various provisions of article 24 use different wording to achieve

baseiem em determinadas razões específicas, como, por exemplo, a nacionalidade, no caso do parágrafo 1. Desse modo, para que as regras de não discriminação sejam aplicáveis, todos os outros aspectos relevantes devem ser os mesmos, exceto o critério relevante (no caso do parágrafo 5, tal critério relevante é o fato de o capital da sociedade residente ser detido ou controlado por sócio não residente).

Para alcançar o referido resultado, os parágrafos do artigo 24 contêm as seguintes redações: “in the same circumstances”, nos parágrafos 1 e 2; “carrying on the same activities”, no parágrafo 3, e “similar enterprises”, no que diz respeito ao parágrafo 5.

De acordo com BMMENS¹⁹³, referidas redações distintas não têm importância prática, pois os parágrafos do artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE, para serem aplicáveis, pressupõem que todos os aspectos relevantes sejam os mesmos, exceto o critério de distinção. Assim, a expressão utilizada no artigo 24 (5) não resulta em problemas relevantes, porque a função de tal redação (garantir que todos os outros fatores relevantes, além do atributo comparativo, sejam idênticos) se mantém a mesma, independentemente do termo utilizado (“similar enterprises”, “same activities” etc.).

Como a “similitude” referida no artigo 24 (5) diz respeito às sociedades residentes (geralmente, o sujeito de comparação, que é controlado e detido por sócio não residente e o objeto de comparação, que é controlado ou detido por sócio residente), e não aos seus sócios, a forma jurídica da controladora estrangeira geralmente não deve ser considerada para analisar se as situações são comparáveis¹⁹⁴.

Conforme destacado por BAGCI¹⁹⁵, na ausência de esclarecimentos mais precisos na Convenção Modelo ou nos Comentários à Convenção da OCDE, três “testes de comparação” podem ser realizados para se identificar se no caso concreto houve, ou não, violação ao artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE.

Os referidos “testes de comparação”, que serão mostrados abaixo, também foram apresentados no item 87 do documento intitulado “Application and interpretation

that result (e.g. “in the same circumstances” in paragraphs 1 and 2; “carrying on the same activities” in paragraph 3, “similar enterprises” in paragraph 5).” OCDE. **Comentários à Convenção Modelo**. Op. cit.

¹⁹³ BMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and european tax law**. Op. cit.

¹⁹⁴ Ibidem.

¹⁹⁵ BAGCI, Recep. **Comparing Similar Enterprises under Article 24 (5) of the OECD Model: Non-Discrimination and MFN Treatment in the Context of the Netherlands Group Taxation Regime**. Op. cit., p. 28.

of article 24 (non-discrimination). Public discussion draft”¹⁹⁶, em que as partes interessadas discutiam o alcance e a aplicação do princípio da não discriminação no âmbito dos tratados.

A primeira opção analisada compara a empresa do primeiro estado contratante detida por uma empresa do outro estado contratante com uma empresa do primeiro estado contratante detida por uma empresa do primeiro estado contratante. Veja-se:

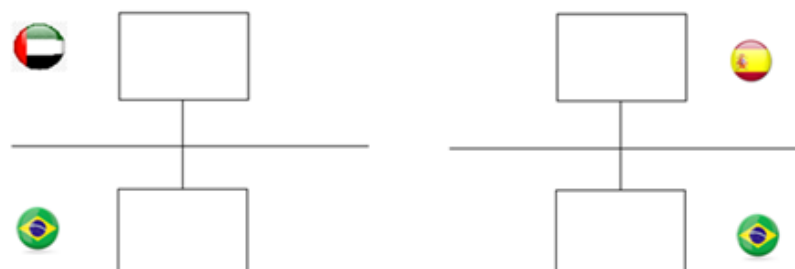
Figura 10 – Teste de comparação I



Fonte: Elaborado pelo autor.

Na segunda opção analisada, compara-se a empresa do primeiro estado contratante, detida por empresa do outro estado contratante, com a empresa do primeiro estado contratante que é detida por empresa localizada em um terceiro estado. Veja-se:

Figura 11 – Teste de comparação II



Fonte: Elaborado pelo autor.

¹⁹⁶ OECD. Centre for tax policy and administration. **Application and interpretation of article 24 (non-discrimination)**. Public discussion draft. 3 May 2007. Op. cit.

De acordo com Bruno da SILVA¹⁹⁷, tal alternativa conduziria a circunstâncias em que quase não se verificariam situações abrangidas pelo artigo 24 (5). Como a comparação, nesse caso, seria feita com sócio residente em terceiro Estado, geralmente não haveria discriminação. Para o autor, a referida interpretação teria o efeito de transformar o artigo 24 (5) em cláusula de nação mais favorecida.

De fato, como a discriminação que se pretende impedir diz respeito à tributação e obrigações conexas da empresa residente, controlada ou detida por sócio não residente — e não dos seus sócios —, seriam poucas, se houvesse, as situações em que a regra do artigo 24 (5) seria aplicada, pois seria pouco provável que referida tributação ou obrigação conexa seria imposta a empresas controladas ou detidas por sócios localizados em um país específico, como os Emirados Árabes Unidos, por exemplo.

Por fim, de acordo com a terceira opção (que, basicamente, compila as duas opções anteriores), compara-se a empresa do primeiro estado contratante, detida ou controlada por empresa de outro estado contratante, com todas as outras empresas do primeiro estado contratante, independentemente de quem detém as suas quotas ou as suas ações (isto é, as ações ou as quotas podem ser detidas por empresa do primeiro estado contratante ou por empresa de estado terceiro). Veja-se:

Figura 12 – Teste de comparação III



Fonte: Elaborado pelo autor.

Diante dessas três alternativas, os membros do Grupo de Trabalho da OCDE, no documento “Application and interpretation of article 24 (non-discrimination). Public

¹⁹⁷ SILVA, Bruno da. **Revisiting the application of the capital ownership non-discrimination provision in tax treaties**. Op. cit.

discussion draft”¹⁹⁸, concluíram que o objeto de comparação que deve ser levado em consideração para interpretar o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE seria a empresa de um Estado contratante detida por sócios residentes (a primeira das três opções apresentadas).

No entanto, os países signatários de tal documento concordaram que não haveria necessidade de esclarecer essa questão nos Comentários à Convenção Modelo da OCDE, por inexistirem razões práticas que exigissem tal explicação¹⁹⁹.

Da mesma forma, Alessandra OKUMA²⁰⁰ entende que a primeira interpretação é a mais adequada, de forma que, com exceção dos acordos em que há expressa prescrição em sentido diverso, a comparação deve ser feita entre o regime aplicável a duas empresas residentes, uma cujo capital pertença a residentes no Brasil e a outra cujo capital pertença a residentes no outro Estado contratante.

De fato, será visto nos próximos tópicos que, diante da ausência de explicação mais concreta sobre esse ponto, os países têm negociado cláusulas de não discriminação que desviam do padrão proposto pela Organização.

No que diz respeito aos acordos assinados pelo Brasil, a redação da maioria deles está em conformidade com a primeira opção apresentada, mas boa parte estabelece que a sociedade no Brasil detida por não residente não será discriminada em relação a uma empresa no Brasil, detida por residente em um terceiro Estado (segunda opção mencionada acima). Ou seja, a redação de referidos tratados desvia daquela prevista nas Convenções da ONU e OCDE.

Tal divergência requer análise mais atenta do intérprete acerca da comparação que deve ser feita para verificar se há, ou não, violação ao artigo 24 (5) do respectivo tratado.

Como apontado anteriormente, são poucas, se houver, as situações em que a regra do artigo 24 (5) desses tratados poderia ser aplicada, pois não é praxe do legislador estabelecer uma tributação ou obrigação conexa mais gravosa a empresas controladas ou detidas por sócios localizados em um país específico.

¹⁹⁸ OECD. Centre for tax policy and administration. **Application and interpretation of article 24 (non-discrimination)**. Public discussion draft. 3 May 2007. Op. cit.

¹⁹⁹ Idem.

²⁰⁰ OKUMA, Alessandra de Souza. **Não discriminação no direito tributário internacional: análise do art. 24 do modelo da OCDE**. Rio de Janeiro: Lumes Juris, p. 123.

O que poderia ocorrer, no caso específico dos Emirados Árabes Unidos e de outras jurisdições listadas como país com tributação favorecida²⁰¹, seria a previsão de tratamento mais oneroso a empresas detidas ou controladas por sócios localizados nessas jurisdições, em comparação ao concedido a empresas detidas ou controladas por sócios localizados em jurisdições “normais”.

Nesses casos, faria sentido prever que o tratamento fiscal dessas sociedades controladas ou detidas por sócios localizados em países com tributação favorecida não poderia ser mais oneroso do que o concedido a empresas controladas ou detidas por sócios localizados em jurisdição “normal”.

Por fim, note que as empresas residentes, para ser comparáveis, devem estar sujeitas ao mesmo regime de tributação. No contexto brasileiro, uma empresa sujeita ao regime do lucro real não pode ser comparada com outra sujeita ao regime do lucro presumido. Caso a empresa tributada pelo regime do lucro real seja detida ou controlada por sócios estrangeiros, eventual aumento na tributação — em comparação a uma empresa optante pelo regime do lucro presumido, detida ou controlada por sócios residentes — diz respeito ao regime de tributação da renda aplicado, e não ao fato de uma empresa ser detida ou controlada por sócios estrangeiros.

Da mesma forma, se a legislação interna prever regimes distintos de tributação com base no tipo societário, uma sociedade anônima, por exemplo, não pode requerer a extensão do tratamento tributário mais favorável concedido a sociedades limitadas, ainda que aquela (a sociedade anônima) seja detida ou controlada por capital estrangeiro.

2.6 By reason of ownership

Outra questão importante que deve ser explorada é se a regra de não discriminação, prevista no artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, pode ser violada na hipótese de a lei interna prever que o tratamento distinto se dá pelo único motivo de o capital da sociedade (sujeito de comparação) ser detido por não residente ou se o dispositivo também pode ser violado se a regra interna prever outro critério de discriminação além do controle ou detenção do capital por sócio não residente.

²⁰¹ Art. 1º, XXII. BRASIL. Receita Federal. **Instrução Normativa n. 1.037/2010, de 04 de junho de 2010**. Disponível em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=16002>. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

Em outras palavras, questiona-se se para haver violação ao artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE é necessário que a regra interna preveja como único motivo para o tratamento distinto o fato de o capital da sociedade ser detido por sócio não residente.

De fato, a redação do artigo 24 (5) poderia ser interpretada no sentido de que o dispositivo não exige que a distinção seja realizada com base (*on the basis of*) no controle ou na detenção do capital da sociedade residente por sociedade estrangeira.

De acordo com esse raciocínio, para que o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE seja violado, basta que uma sociedade detida ou controlada por não residentes seja tributada distinta ou menos favoravelmente do que uma sociedade detida ou controlada por sócios residentes, mesmo que a regra interna disponha que tal diferenciação não seja baseada no fato de o capital da sociedade ser detido ou controlado por estrangeiro.

Em outras palavras, se o capital da sociedade for detido ou controlado por não residente, tal empresa não poderia ser tratada de forma distinta ou mais desfavorável que as sociedades residentes, detidas ou controladas por sociedades também residentes.²⁰² Essa interpretação é bastante abrangente.

Há, em contrapartida, interpretação mais restrita ao dispositivo, no sentido de que o artigo 24 (5) da Convenção seria violado somente nas hipóteses em que a lei interna prevê como único critério de distinção o fato de a sociedade ser detida ou controlada por capital estrangeiro.

Tal entendimento parece ser o da OCDE. Desde a atualização ocorrida no ano de 2008, os Comentários ao parágrafo 5 do artigo 24 dispõem que o dispositivo impede a discriminação de uma empresa residente que tenha por fundamento, unicamente, o fato de o capital dessa empresa ser detido ou controlado por outra empresa.

De fato, o parágrafo 3 dos Comentários à Convenção Modelo estabelece que o artigo 24 da Convenção da OCDE (em geral, não somente no que diz respeito ao artigo 24[5]) impede diferenças de tratamento fiscal que se baseiem unicamente em determinadas razões específicas²⁰³, como nacionalidade e residência. Em outras palavras, a violação ao artigo 24 ocorre se a distinção de tratamento for baseada, unicamente

²⁰² BMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and European tax law.** Op. cit.

²⁰³ The various provisions of Article 24 prevent differences in tax treatment that are solely based on certain specific grounds (e.g. nationality, in the case of paragraph 1). §3°. OCDE. **Comentários à Convenção Modelo.** Op. cit.

(“*solely based*”), em algum critério específico. Tal critério, no que diz respeito ao parágrafo 5 da Convenção, é a detenção ou controle do capital da sociedade residente por sócio estrangeiro.

Para BMMENS²⁰⁴, porém, tal interpretação é excessivamente restritiva. O termo “unicamente”, na sua visão, apenas esclarece que a discriminação diz respeito ao fato de o capital da empresa ser detido ou controlado por não residente, o que significa que, se outro critério de discriminação for estabelecido, não haverá violação ao parágrafo 5 do artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE.

Avery JONES et al²⁰⁵ compartilham dessa posição. Os autores destacam que essa interpretação (de que o único critério deve ser o fato de o capital da sociedade ser detido ou controlado por não residente) poderia tornar o artigo 24 (5) inaplicável se houver outras razões — além do fato de o capital da sociedade ser detido por não residentes — que justifiquem a regra que previu o tratamento discriminatório.

Segundo o entendimento dos autores acima citados, haverá discriminação se o critério proibitivo estiver presente e for o motivo do tratamento distinto, ainda que, junto a ele, referida regra preveja outro critério de discriminação.

Suponha, por exemplo, que a regra de determinado Estado conceda benefício aos seus residentes que sejam detidos ou controlados por residentes e seus residentes que sejam detidos ou controlados por não residentes, mas somente se, nesse último caso, o controle ou detenção for exercido por estabelecimento permanente localizado nesse Estado.²⁰⁶

Nessa hipótese, a distinção não se baseia apenas no fato de o controle e/ou detenção serem exercidos por não residentes, mas pelo fato de o não residente não executar as suas atividades, no outro Estado, por meio de estabelecimento permanente. Sucede que, nesse caso, o critério proibitivo está presente (controle ou detenção do capital da sociedade residente por sócio estrangeiro), e tal critério é a causa da distinção.

Avery JONES et al apontam, ainda, o seguinte exemplo²⁰⁷: suponha uma regra de subcapitalização que preveja que os juros pagos pela sociedade residente são

²⁰⁴ BMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and european tax law**. Op. cit.

²⁰⁵ JONES, Avery J.F *et al.* **Art. 24(5) of the OECD Model in Relation to Intra-Group Transfers of Assets and Profits and Losses**. Op. cit., p. 180.

²⁰⁶ JONES, Avery J.F *et al.* **Art. 24(5) of the OECD Model in Relation to Intra-Group Transfers of Assets and Profits and Losses**. Op. cit., p. 224.

²⁰⁷ JONES, Avery J.F *et al.* **Art. 24(5) of the OECD Model in Relation to Intra-Group Transfers of Assets and Profits and Losses**. Op. cit., p. 224.

indedutíveis se (a) o pagamento for feito a destinatário não residente e (b) o pagamento for feito por sociedade detida ou controlada, pelo menos em parte, por sócio não residente, quer seja ele (i) o destinatário do rendimento ou (ii) parte vinculada ao destinatário dos rendimentos.

Nesse caso, a norma, para ser aplicável, prevê dois requisitos: o primeiro é a residência do destinatário (deve ser, necessariamente, um não residente) e o outro é o controle exercido pelo destinatário. A referida regra determina que a empresa que paga os rendimentos deve ser detida pelo não residente e que ele (o não residente) seja o destinatário dos juros ou pessoa a ele vinculada.

Ainda que a regra preveja outro requisito para a sua aplicação (exigência de que o beneficiário dos juros seja não residente), o controle do capital pelo não residente é o critério relevante para a discriminação. Aqui, o critério proibitivo está presente (controle ou detenção do capital da sociedade residente por sócio estrangeiro), e tal critério é a causa da distinção.

Em contrapartida, o artigo 24 (5) não seria violado caso a discriminação não tenha como pressuposto o fato de o capital da empresa ser detido ou controlado por não residente e se o critério de proibição estiver presente — isto é, se o capital da sociedade for detido ou controlado por sócio não residente —, mas não for a razão da distinção.

Veja-se o seguinte exemplo: determinada medida fiscal dirigida a setor empresarial em que operam principalmente empresas estrangeiras ou controladas por estrangeiros não está em conflito com o artigo 24 (5), uma vez que a distinção não é realizada com base na detenção ou controle estrangeiro²⁰⁸.

Esse posicionamento é compartilhado por Avery JONES et al²⁰⁹. Para os autores, se o motivo da diferença de tratamento for a não residência e não o fato de o capital ser detido ou controlado por não residente, tal critério não seria suficiente para que a regra prevista no artigo 24 (5) fosse aplicada. Em resumo, não basta que esses critérios estejam presentes, se a sua combinação não for a causa do tratamento discriminatório.

A aplicação do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, com base nas premissas mencionadas acima, suscita questões complexas. Considere, por exemplo, regra interna que reduza a tributação de grupos empresariais, mas que se aplica apenas a

²⁰⁸ BAMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and european tax law**. Op. cit.

²⁰⁹ JONES, Avery J.F et al. **Art. 24(5) of the OECD Model in Relation to Intra-Group Transfers of Assets and Profits and Losses**. Op. cit., p. 224.

subsidiárias residentes cujo capital é detido ou controlado por empresa (isto é, pessoa jurídica) residente. Nesse caso, seria possível argumentar que o artigo 24 (5) não teria sido violado, porque referidas regras internas não se aplicam se o sócio não for pessoa jurídica (independentemente de o sócio ser, ou não, residente).

Não obstante, note que o artigo 24 (5) exige que o objeto de comparação seja comparado com sociedade residente em condições similares (*similar resident company*); todos os fatores relevantes devem ser os mesmos. Desse modo, se o sujeito de comparação for sociedade residente detida ou controlada por sociedade não residente, a comparação deve ser feita com sociedade residente detida ou controlada por sociedade residente. Como a referida sociedade detida por sócio residente tem direito ao regime benéfico (enquanto a sociedade detida por sócio não residente, não), as referidas regras internas violam o artigo 24 (5).

De acordo com BMMENS²¹⁰, é essencial que, para a aplicação do artigo 24 (5), o sujeito e o objeto de comparação estejam bem definidos. Em outras palavras, primeiro deve-se identificar o sujeito de comparação (sociedade residente cujo capital seja detido ou controlado por não) residente e depois determinar o objeto de comparação (sociedade residente similar cujo capital seja detido ou controlado por residente).

Por fim, deve-se verificar se o sujeito de comparação está sendo tratado de forma menos favorável do que o objeto da comparação, ainda que eles sejam idênticos em todos os aspectos relevantes, exceto no que diz respeito à residência do sócio. Se esse for o caso, há discriminação proibida pelo artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE.

Parece-nos correta a interpretação de que o termo “unicamente” não pode ser analisado restritivamente, nem amplamente. Há um meio termo na sua interpretação. Assim, não há violação ao artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE/ONU se o critério de distinção não for o controle ou detenção do capital da empresa por não residente ou se tal critério não for a causa do tratamento discriminatório. Em contrapartida, haverá discriminação se o critério proibitivo estiver presente e tal critério for o motivo do tratamento distinto, ainda que, junto a ele, referida regra preveja outro critério de discriminação.

A aplicação da regra do artigo 24 (5) pode ser realizada de duas maneiras. A primeira consiste em determinar se a distinção é feita com base no critério proibitivo. Para tanto, é necessário verificar se há situações em que o benefício em questão seria negado

²¹⁰ BMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and european tax law**. Op. cit.

mesmo que o critério de proibição não estivesse presente. Considere, por exemplo, regra interna que concede benefício fiscal a empresas residentes, mas apenas se os sócios estiverem sujeitos a determinado imposto específico. Para determinar se a referida distinção conflita com o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, é necessário verificar se há situações em que tal benefício seja negado mesmo que o sócio seja residente naquele Estado. Caso positivo, a distinção não diz respeito ao fato de o capital da sociedade residente ser detido ou controlado por sócio estrangeiro, mas a algum outro critério. Não há, nessa hipótese, violação ao artigo 24 (5)²¹¹.

2.7 A redação do artigo 24 (5) das Convenções Modelo da OCDE e da ONU

A redação do artigo 24 (5) é a mesma nas Convenções Modelo da ONU e da OCDE e não há diferenças significativas na interpretação de um ou outro dispositivo. Tanto é assim que, nos Comentários à Convenção Modelo da ONU, o Comitê considerou que os comentários feitos ao artigo 24 (5) da Convenção da OCDE também devem ser utilizados para interpretar o dispositivo homônimo da ONU, “uma vez que este parágrafo reproduz o parágrafo 5 do Artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE”²¹².

Todos os acordos de bitributação firmados pelo Brasil até agora preveem a cláusula de não discriminação do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, o que demonstra que o País o tem como fundamental na negociação dos seus acordos. Note que o artigo 24 (4) — que impede a discriminação de tratamento fiscal sobre as despesas pagas por uma empresa de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante — está presente apenas em alguns tratados²¹³.

A redação do artigo 24 (5) é a mesma nas Convenções Modelo da ONU e da OCDE, mas os países, ao assinarem seus acordos de bitributação, podem prever redações diversas, que em nada se assemelham à prevista nos modelos previstos por ambas as Organizações. Tal situação ocorre porque o tratado é bilateral, de natureza contratual,

²¹¹ BAMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and european tax law**. Op. cit.

²¹² “Since this paragraph reproduces paragraph 5 of Article 24 of the OECD Model Convention, the Committee considers that the following extracts from the Commentary on that paragraph of the OECD Model Convention are applicable”. OCDE. **Comentários à Convenção Modelo**. Op. cit.

²¹³ São eles: Bélgica 2002, Chile 2001, China 1991, Israel 2002, México 2003, Peru 2006, Portugal 2000, Rússia 2004, África do Sul 2003, Coreia do Sul 1989, Trindade e Tobago 2008, Turquia 2010, Ucrânia 2002 e Venezuela 2005.

sobre os quais se sobrepõem princípios caros como a segurança jurídica e o *pacta sunt servanda*.

Na maior parte dos tratados firmados pelo Brasil até o momento, o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE dispõe que “as empresas de um Estado Contratante cujo capital seja possuído ou controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas no Estado primeiramente mencionado a nenhuma tributação ou obrigação correspondente mais onerosa do que aquelas a que estejam ou possam estar sujeitas outras empresas similares do primeiro Estado”.

Não obstante, nos tratados firmados pelo Brasil com Emirados Árabes Unidos (2021), Argentina (1981), Canadá (1985), Chile (2001), Coreia do Sul (1989), Filipinas (1983), Hungria (1986), Índia (1988), Israel (2002), Itália (1978), Noruega (1980), Peru (2005), Singapura (2018), Trinidad e Tobago (2008) e Ucrânia (2002), a redação do dispositivo prevê que a empresa residente no Brasil, detida ou controlada por sociedade estrangeira, deve ser comparada com outra empresa residente no Brasil, que seja detida ou controlada por sociedade localizada em um terceiro estado²¹⁴.

Note que o Brasil foi o único país que reservou o seu direito de incluir tal redação no artigo 24 (5)²¹⁵.

Enquanto a redação da maioria dos tratados firmados pelo Brasil — exceto a dos mencionados acima — dispõe que uma empresa no Brasil detida por não residente não será discriminada em relação a uma empresa no Brasil detida por residente no País, a redação dos tratados firmados pelo Brasil com os países acima estabelece que a sociedade no Brasil, detida por não residente, não será discriminada em relação a uma empresa no Brasil, detida por residente em terceiro Estado.

As ilustrações abaixo podem auxiliar a compreensão:

²¹⁴ 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 are subjected other similar enterprises the capital of which is wholly or partly owned or controlled, directly or indirectly, by residents of third countries.

²¹⁵ “Brazil reserves the right to include, after the words ‘other similar enterprises of the first-mentioned State’, the words ‘whose capital is totally or partially, directly or indirectly, held or controlled by one or several residents of a third State’. OECD. **Model tax convention on income and on capital: condensed version**. Op. cit.

Figura 13 - Discriminação proibida pela maioria dos tratados



Fonte: Elaborados pelo autor.

Figura 14 - Discriminação proibida pelos tratados assinados com Emirados Árabes Unidos, Argentina, Canadá, Chile, Coreia do Sul, Filipinas, Hungria, Índia, Israel, Itália, Noruega, Peru, Singapura, Trinidad e Tobago e Ucrânia



Fonte: Elaborado pelo autor.

A diferença na redação do parágrafo 5 do artigo 24 das Convenções Modelo da ONU e OCDE não é particularidade dos tratados firmados pelo Brasil com aqueles países.

No ano de 1999, data em que a Convenção Modelo das Nações Unidas foi revisada, alguns membros de países em desenvolvimento destacaram que medidas especiais, previstas na legislação interna dos seus países e aplicáveis a todas as empresas estrangeiras, não deveriam ser tratadas como discriminatórias. Por conta disso, esses países propuseram, na Convenção, a redação mencionada acima (“whose capital is totally or partially, directly or indirectly, held or controlled by one or several residents of a third State”).

Dessa forma, mesmo que tais regras internas resultassem em discriminação de tratamento entre residentes e não residentes, propôs-se que elas não deveriam ser tidas

como violadoras do princípio da não discriminação, pois, na visão desses países, o propósito de tal princípio seria conceder tratamento não discriminatório às empresas estrangeiras (e não às empresas controladas ou detidas por estrangeiros)²¹⁶.

À época, foi dito que, embora tal mudança representasse certo desvio do princípio geral de tributar os estrangeiros nas mesmas bases que os nacionais, os problemas de *compliance* fiscal e a posição politicamente sensível das empresas estrangeiras nos países em desenvolvimento justificariam a referida mudança²¹⁷.

Não obstante, os representantes dos países desenvolvidos apontaram que essa proposta limitaria o efeito do dispositivo, pois tal redação permitiria a discriminação de empresas detidas por não residentes. Por conta disso, referidos representantes expressaram reservas em relação à mudança proposta, destacando, ainda, que o artigo de não discriminação seria o pilar da Convenção²¹⁸.

Disseram, também, que se a interpretação de um princípio tão fundamental fosse alterada, tal situação resultaria em efeito negativo às relações tributárias internacionais. Uma vez que a mudança proposta foi motivada, em parte, por problemas relacionados ao *compliance* fiscal — essencialmente, problemas com preços de transferência —, foi sugerido que o referido problema fosse tratado de forma mais adequada em outros dispositivos da Convenção Modelo, como no artigo 9º²¹⁹, que trata da tributação das empresas associadas²²⁰.

²¹⁶ Item 5. ONU. **Comentários à Convenção Modelo da ONU ao artigo 24 (5)**. Disponível em https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

²¹⁷ Idem.

²¹⁸ Ibidem, Item 6.

²¹⁹ De acordo com o artigo 9º da Convenção: 1. Where a) an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or; b) the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State, and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly. 2. Where a Contracting State includes in the profits of an enterprise of that State – and taxes accordingly – profits on which an enterprise of the other Contracting State has been charged to tax in that other State and the profits so included are profits which would have accrued to the enterprise of the first-mentioned State if the conditions made between the two enterprises had been those which would have been made between independent enterprises, then that other State shall make an appropriate adjustment to the amount of the tax charged therein on those profits. In determining such adjustment, due regard shall be had to the other provisions of this Convention and the competent authorities of the Contracting State shall, if necessary, consult each other. OECD. **Model tax convention on income and on capital: condensed version**. Paris: OECD Publishing, 2017.

²²⁰ ONU. **Comentários à Convenção Modelo da ONU ao artigo 24 (5)**. Op.cit.

Atualmente, a redação do artigo 24 (5) das Convenções Modelo da OCDE e ONU estabelece que empresas de um Estado Contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por uma ou várias pessoas residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado, a nenhuma tributação ou obrigação correspondente diversa ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro Estado.

Ocorre que, justamente pela liberdade que os Estados têm de alterar a redação dos dispositivos da Convenção da forma que melhor lhes atendem, a proposta dos países em desenvolvimento para a alteração da redação do artigo 24 (5) — para estabelecer que a sociedade em um Estado contratante, detida ou controlada por não residente, não será discriminada em relação a uma empresa localizada nesse mesmo Estado contratante, detida por residente em um terceiro Estado — foi suficiente para que alguns acordos assinados até o momento estabelecessem redação distinta, tal como ocorre em boa parte dos acordos de bitributação assinados pelo Brasil.

2.8 Protocolos dos acordos de bitributação assinados pelo Brasil

Alguns acordos de bitributação assinados pelo Brasil preveem regras específicas em protocolo para a interpretação do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE.

De acordo com Ramon Tomazela SANTOS²²¹, “o acordo internacional deve ser interpretado à luz da vontade subjetiva dos Estados contratantes, por ser fruto de um processo de negociação que envolve concessões mútuas”. O protocolo realça o caráter negocial intrínseco dos acordos de bitributação, como fruto de concessões mútuas entre os Estados. Nele, os Estados contratantes podem acordar interpretações que, no seu entender, melhor se adequam aos seus objetivos.

No que diz ao artigo 24 (5), o tratado firmado entre Brasil e Suíça prevê, em protocolo, regra específica que dispõe, no item 14, que quaisquer requisitos que não sejam diretamente relacionados com a obrigação de pagar impostos (isto é, obrigações acessórias/Código Tributário Nacional – Lei n. 5.172/66 e RIR) a que estão sujeitos

²²¹ SANTOS, Ramon Tomazela. A classificação da remuneração proveniente da prestação de serviços técnicos e de assistência técnica nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 121, 2015, pp. 105-138.

empresas do Brasil, cujo capital seja total ou parcialmente detido ou controlado, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes da Suíça, devem ser considerados “não discriminatórios”.

Da mesma forma, o Brasil acordou nos tratados assinados com Portugal, Venezuela, África do Sul e, de certo modo, Turquia²²², que o artigo 24 (5) não se aplica às obrigações acessórias²²³.

No acordo Brasil e Argentina, os países acordaram que as disposições da legislação de um Estado Contratante que não permitem que os *royalties* pagos por sociedade residente nesse Estado Contratante a residente do outro Estado Contratante, que possua no mínimo 50% (cinquenta por cento) do capital com direito a voto dessa sociedade, sejam dedutíveis para a determinação do resultado tributável dessa sociedade, não são contrárias às disposições do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE.

A referida regra está presente nos tratados firmados entre Brasil e Coreia do Sul, Dinamarca, Equador, Eslováquia, República Tcheca e Filipinas e tem relação com o disposto no art. 363 do RIR/18 (e art. 71 da Lei n. 4.506/64), que estabelece que não são dedutíveis os *royalties* pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação ou pelo uso de marcas de indústria ou de comércio, quando:

- i) pagos pela filial no País de empresa com sede no exterior, em benefício de sua matriz;
- e
- ii) pagos pela sociedade com sede no País a pessoa com domicílio no exterior que mantenha, direta ou indiretamente, controle do seu capital com direito a voto.

Nos acordos de bitributação firmado com Áustria (1975), Canadá (1984), Espanha (1974), Hungria (1986), Itália (1978), Luxemburgo (1978), Noruega (1980), Holanda (1990), Suécia (1975), o Brasil e os referidos Estados também estabeleceram que a regra de não discriminação do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE não

²²² O protocolo firmado entre Brasil e Turquia prevê a seguinte regra específica: “fica entendido que, com respeito ao Artigo 24, exigências administrativas adicionais que não tenham a ver com lançamentos contábeis, apresentação de declarações ou pagamento de impostos, por exemplo, exigências de registros, não constituirão discriminação conforme considerado nos parágrafos 1 e 5 do Artigo 24”. 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. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/decreto/D8140.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

²²³ Item 8 c) do protocolo firmado entre Brasil e Portugal: “fica entendido que o disposto no nº 4 do Artigo 24º não se aplica às obrigações acessórias”. BRASIL. **Decreto n. 4.012, de 13 de novembro de 2001**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D4012.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

impede a aplicação das regras brasileiras que negam a dedução de *royalties* pagos a sócios no exterior.

De acordo com Luís Eduardo SCHOUERI²²⁴, tais regras refletem a posição brasileira quanto às restrições à dedutibilidade de *royalties*.

Há, porém, cláusulas de nação mais favorecida nos referidos acordos, que dispõem que se o Brasil, após a assinatura da convenção com esses Estados, permitir que os *royalties* pagos por empresa residente do Brasil a empresa residente em terceiro Estado — não localizado na América Latina — sejam deduzidos, igual dedução será automaticamente aplicável a empresas residentes do Brasil que paguem *royalties* a empresas localizadas em tais países.

Entre os acordos com a cláusula de nação mais favorecida, referidos acima, o último foi assinado em 1990 (Holanda). Após essa data, o Brasil assinou diversos acordos de bitributação com países que não estão localizados na América Latina e que não preveem, em protocolo, que a regra brasileira de *royalties* é compatível com o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE. Tenha-se, por exemplo, o tratado tributário assinado com a Rússia (2004).

Não há, nos acordos firmados com os seguintes países, regras que compatibilizem a aplicação das regras brasileiras de *royalties* com o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE: África do Sul, Bélgica, Chile, China, Emirados Árabes Unidos, Finlândia, França, Índia, Israel, Japão, México, Peru, Portugal, Rússia, Singapura, Suíça, Trinidad e Tobago, Turquia, Ucrânia e Venezuela.

Assim, pode-se dizer que, além dos acordos firmados com África do Sul, Bélgica, Chile, China, Emirados Árabes Unidos, Finlândia, França, Índia, Israel, Japão, México, Peru, Portugal, Rússia, Singapura, Suíça, Trinidad e Tobago, Turquia, Ucrânia e Venezuela, os firmados pelo Brasil com Áustria, Canadá, Espanha, Hungria, Itália, Luxemburgo, Noruega, Holanda e Suécia — por conta da cláusula de nação mais favorecida — dispõem que os *royalties* pagos empresas brasileiras a seus sócios no exterior devem ser deduzidos nas mesmas condições que os *royalties* pagos por empresas brasileiras a sócios no Brasil.

Apenas nos acordos de bitributação firmados pelo Brasil com Argentina, Coreia do Sul, Dinamarca, Equador, Eslováquia, República Tcheca e Filipinas referido tratamento distinto é considerado não discriminatório.

²²⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Contribuição à história dos acordos de bitributação: a experiência brasileira.** Op. cit., p. 285.

2.9 Os Comentários ao artigo 24 (5) das Convenções Modelo da OCDE e da ONU

O objetivo desta parte é analisar a relevância dos Comentários ao artigo 24 (5) das Convenções Modelo da OCDE e ONU para interpretar a regra do referido dispositivo.

2.9.1 A relevância dos Comentários ao artigo 25 (5)

A estrita obediência aos documentos da OCDE não é mandatória, mas é importante que a interpretação dos acordos de bitributação tenha referidos documentos como fundamento, pois isso garante segurança jurídica para os contribuintes e para a administração tributária.

Como a interpretação dos acordos de bitributação tem papel primordial na busca da segurança jurídica almejada pelos países e contribuintes, o intérprete, ao analisá-lo, deve considerar os parâmetros estabelecidos pela OCDE nos Comentários à sua Convenção Modelo (tal afirmativa se estende à Convenção Modelo da ONU e aos seus Comentários).

O fato de o Brasil não integrar a OCDE não significa que o intérprete, no processo de interpretação, não pode levar em consideração o contexto, objetivo, propósito dos tratados internacionais e a boa-fé, tendo em vista que referidos parâmetros decorrem da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (“CVDT”), da qual o Brasil é signatário. Note que a doutrina majoritária reconhece a aplicação das regras de interpretação presentes na CVDT aos acordos contra a bitributação²²⁵.

Há julgamento no Carf²²⁶ em que os conselheiros entenderam que os Comentários à Convenção Modelo da OCDE devem ser observados na interpretação dos tratados, mesmo por países não-membros da OCDE, nas hipóteses em que as partes adotam a referida redação no acordo celebrado.

²²⁵ ROCHA, Sérgio André. **Interpretação dos tratados para evitar a bitributação da renda**. São Paulo: Quartier Latin, 2013. p. 189.

²²⁶ BRASIL. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**. Processo 16561.720090/2014-47. Recurso Voluntário. Acórdão n. 1302-003.813. 1ª Seção de Julgamento. 3ª Câmara. 2ª Turma Ordinária. Relator: Paulo Figueiredo. J. 13.08.2019. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

Além disso, como bem destaca Luís Flávio NETO²²⁷, “desde 1997, Estados não membros da OCDE são convidados a também apresentarem as suas observações aos Comentários à da CM-OCDE, o que possibilita ao Brasil, que não é um Estado-membro daquela Organização, fazê-lo na qualidade de observador”.

O fato de os documentos auxiliares da OCDE não terem passado pelo crivo do legislativo nacional não impede a sua utilização pelo aplicador do direito tributário internacional no processo de subsunção do fato à norma, porque a análise desses documentos faz parte do processo de interpretação e, como tal, admite métodos diversos, como o literal, histórico, genético, teleológico etc., entre os quais se inserem as interpretações realizadas sobre os documentos daquela Organização.

Em um tratado bilateral, de natureza contratual, sobre os quais se sobrepõem princípios caros como segurança jurídica, *pacta sunt servanda*²²⁸ e boa-fé objetiva, os juízes e os aplicadores da lei em geral podem utilizar os documentos da OCDE no processo de interpretação. Conforme apontam SCHOUERI e SILVA²²⁹, a assinatura de um acordo de bitributação em que se utiliza como parâmetro a Convenção Modelo da OCDE pressupõe que os estados estavam cientes quanto ao conteúdo e aos Comentários àquela Convenção.

De acordo com Ramon Tomazela SANTOS²³⁰, os Comentários à Convenção Modelo da OCDE são rotineiramente consultados pelas autoridades fiscais de seus países-membros para interpretação de seus acordos de bitributação, bem como pelos contribuintes no planejamento de seus negócios e investimentos.

O autor²³¹ destaca, ainda, que os Comentários à Convenção Modelo são cada vez mais utilizados por tribunais nacionais para a tomada de decisão em casos envolvendo acordos de bitributação. Em diversos julgados, as diretrizes editadas pela Organização foram extensivamente citadas e analisadas, desempenhando papel fundamental nas deliberações das autoridades julgadoras.

²²⁷ NETO, Luís Flávio. **Contextos para interpretação e aplicação de acordos de bitributação**. São Paulo: Quartier Latin. 2018. p. 437.

²²⁸ Princípio, inclusive, predisposto no art. 27 da CVDT, da qual o Brasil é signatário.

²²⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo; SILVA, Natalie Matos. Brazil, in **The impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral treaties**. (Eds.: LANG, Michael et al). Cambridge: Cambridge University Press, 2012, pp. 172-173.

²³⁰ SANTOS, Ramon Tomazela. **A dupla tributação econômica da renda e os acordos de bitributação**. Op. cit., p. 210.

²³¹ *Ibidem*.

Não obstante, a própria OCDE ressalva que os Comentários à Convenção Modelo da OCDE não são instrumentos vinculantes sob o enfoque do direito internacional público.²³²

Ramon Tomazela SANTOS²³³ destaca as seguintes correntes a respeito da força dos Comentários à Convenção Modelo da OCDE sobre a interpretação das regras fiscais internacionais:

- i) a primeira corrente, defendida por Klaus VOGEL²³⁴, Ekkehart REIMER²³⁵ e Rainer PROKISCH²³⁶ dispõe que os Comentários são relevantes para a definição do sentido comum dos termos utilizados nos acordos de bitributação (art. 31, 1, da CVDT);
- ii) a segunda corrente, defendida por Hugh AULT²³⁷, Michael LANG²³⁸, David WARD²³⁹ e Brian ARNOLD²⁴⁰, sustenta que os comentários vigentes à época em que o acordo de bitributação foi celebrado refletem o sentido especial visado pelos Estados (art. 31, 4, da CVDT);
- iii) uma terceira corrente dispõe que os comentários podem ser entendidos como contexto do acordo de bitributação (art. 31, 2 e 3 da CVDT);
- iv) Luís Eduardo SCHOUERI²⁴¹, Philip BAKER²⁴² e Luc DE BROE²⁴³ apontam, ainda, que os comentários vigentes no momento da celebração do acordo de bitributação podem

²³² § 29: As the Commentaries have been drafted and agreed upon by the experts appointed to the Committee on Fiscal Affairs by the Governments of member countries, they are of special importance in the development of international fiscal law. Although the Commentaries are not designed to be annexed in any manner to the conventions signed by member countries, which unlike the Model are legally binding international instruments, they can nevertheless be of great assistance in the application and interpretation of the conventions and, in particular, in the settlement of any disputes,

²³³ SANTOS, Ramon Tomazela. **A dupla tributação econômica da renda e os acordos de bitributação**. Op. cit., pp. 215-240.

²³⁴ VOGEL, Klaus. **Klaus Vogel on Double Taxation Conventions**. Op. cit., p. 44.

²³⁵ REIMER, Ekkehart. **Interpretation of Tax Treaties. European Taxation**, v. 39, n. 12, Amsterdam: IBFD, 1999. P. 468.

²³⁶ VOGEL, Klaus; PROKISCH, Rainer. General Report. Interpretation of Double Tax Conventions. **Cahiers de Droit Fiscal International**, v. 78. Deventer: IFA, 1993. P. 68.

²³⁷ AULT, Hugh. The role of the OECD Commentary in the Interpretation of Tax Treaties, **Intertax**, v. 22, n. 4. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1994, p. 144-148.

²³⁸ LANG, Michael. **Introduction to the law of double taxation conventions**. Op. cit., p. 48.

²³⁹ WARD, David. The role of the commentaries on the OECD Model in the tax treaty interpretation process. **Bulletin – Tax treaty monitor**. Amsterdam: IBFD, 2006, p. 99.

²⁴⁰ ARNOLD, Brian. The interpretation of tax treaties: myth and reality. **Bulletin for International Taxation**, v. 64, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2010, p. 13.

²⁴¹ SCHOUERI, Luís Eduardo. Tratados e convenções internacionais sobre tributação. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 17. São Paulo: Dialética, 2003, p. 38; SCHOUERI, Luís Eduardo. Prefácio *in* NETO, Luís Flávio. **Direito Tributário Internacional: “contextos” para interpretação e aplicação de acordos de bitributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 32-33.

²⁴² BAKER, Philip. **Double taxation conventions and international tax law**. Op. cit., pp. 29-30.

²⁴³ DE BROE, Luc. **International tax planning and prevention of abuse**. Amsterdam: IBFD, 2007, p. 293.

ser enquadrados entre os meios suplementares de interpretação, caso seja constatado que as delegações dos Estados Contratantes utilizaram tal material na negociação;

v) Frank ENGELLEN²⁴⁴, Maarten J. ELLIS²⁴⁵ e Sjoerd DOUMA²⁴⁶, por sua vez, sustentam que os sentidos adjudicados nos Comentários à Convenção Modelo da OCDE são vinculantes na interpretação dos acordos de bitributação por aquiescência e preclusão. A aquiescência consiste na aceitação tácita de uma pretensão invocada por um Estado Contratante e não questionada pelo outro, ao passo que a preclusão consistiria na perda do direito de questionar essa posição em razão da matéria;

vi) Frank VAN BRUNSCHOT²⁴⁷ e Alberto XAVIER²⁴⁸, por sua vez, apontam que os Comentários à Convenção Modelo da OCDE ostentariam relevância jurídica equivalente aos estudos doutrinários elaborados por grandes especialistas em tributação internacional, contribuindo, assim, de forma incontestável para a interpretação dos acordos de bitributação, mas sem efeitos vinculantes.

Para Ramon Tomazela SANTOS²⁴⁹, a relevância dos Comentários à Convenção Modelo deve ser analisada casuisticamente. Há casos, por exemplo, que o protocolo do acordo de bitributação prevê expressamente que as suas disposições devem ser interpretadas em conformidade com os Comentários à Convenção Modelo.

De fato, há algumas variantes que devem ser identificadas para se verificar a força que os Comentários à Convenção da OCDE terão no processo de interpretação, como por exemplo a data em que o acordo foi assinado (antes ou depois da edição de um comentário específico).

Não obstante, ainda que os Comentários à Convenção Modelo da OCDE não tenham efeitos vinculantes, o respeito à posição adotada pela Organização é importante, para dar primazia à segurança jurídica, boa-fé objetiva no âmbito da administração pública, moralidade e *pacta sunt servanda*.

²⁴⁴ ENGELLEN, Frank. **Interpretation of Tax Treaties under International Law**. Amsterdam: IBFD, 2004. P. 463-569.

²⁴⁵ ELLIS, Maarten J. The role of the commentaries on the OECD Model in the tax treaty interpretation – Response to David Ward. **Bulletin for International Taxation**, v. 60, n. 3, Amsterdam: IBFD, 2006. P. 104.

²⁴⁶ ERASMUS-KOEN, Monica; DOUMA, Sjoerd. Legal status of the OECD Commentaries – in search of the holy grail of international tax law. **Bulletin for International Taxation**, v. 61, n. 8. Amsterdam: IBFD, 2007. p. 344.

²⁴⁷ BRUNSCHOT, Frank van. Judiciary and the OECD Model Convention and its Commentaries. **Bulletin – Tax Treaty Monitor**, v. 59, n. 1, Amsterdam: IBFD, 2005. P. 7.

²⁴⁸ XAVIER, Alberto. **Direito tributário internacional do Brasil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 155.

²⁴⁹ SANTOS, Ramon Tomazela. **A dupla tributação econômica da renda e os acordos de bitributação**. Op. cit., p. 236.

Por isso, entendemos que, apesar de não serem vinculantes, é prudente que as regras dispostas nos tratados firmados pelo Brasil sejam interpretadas de acordo com os Comentários à Convenção Modelo²⁵⁰, não porque referidos documentos integram o conceito de “contexto” previsto no item 2 do artigo 3 da Convenção Modelo da OCDE²⁵¹, mas porque os Comentários são um forte elemento de interpretação que devem ser levados em consideração pelo intérprete²⁵².

2.9.2 Os Comentários ao artigo 24 (5): aspectos históricos

Nas observações gerais ao artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE, a Organização explica que o dispositivo visa eliminar diferenças de tratamento fiscal que se baseiem unicamente em determinadas razões específicas²⁵³, como nacionalidade e residência. Em outras palavras, a violação ao artigo 24 ocorre nas hipóteses em que a distinção de tratamento for baseada, unicamente (“*solely based*”), em algum critério específico.

A discriminação vedada pelo artigo 24 (5) é aquela em que um Estado contratante concede tratamento distinto ou menos favorável a uma empresa cujo capital seja detido ou controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes do outro Estado Contratante.

Originalmente, o único Comentário realizado pelo Grupo de Trabalho da OCDE (*Working Party 4*, encarregado para tratar da “discriminação tributária”) ao artigo 24 (5) dispunha que tal regra de discriminação — cujo critério de distinção é a detenção ou controle do capital por sociedade não residente — seria raramente adotada pelos Estados²⁵⁴.

²⁵⁰ ESTRADA, R. D.; BEZ-BATTI, Gabriel. **A relevância dos documentos da OCDE na interpretação dos tratados tributários assinados pelo Brasil**. 30 anos da Constituição Federal de 1988: uma nova era na tributação?, v. 1, p. 831-844, 2019.

²⁵¹ “As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires or the competent authorities agree to a different meaning pursuant to the provisions of Article 25, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, and no meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State”. OECD. **Model tax convention on income and on capital: condensed version**. Paris: OECD Publishing, 2017.

²⁵² ROCHA, Sérgio André. **Interpretação dos tratados para evitar a bitributação da renda**. Op. cit., pp. 207-208.

²⁵³ The various provisions of Article 24 prevent differences in tax treatment that are solely based on certain specific grounds (e.g. nationality, in the case of paragraph 1). OCDE. **Comentários ao artigo 24 da Convenção Modelo**. Op. cit.

²⁵⁴ Lastly, the draft Article contains a provision which so far has only rarely been adopted in existing Conventions: this concerns the taxation treatment of enterprises under the control of residents of the other Contracting state (FC(58)2 (1st Revision) Part I. See note 6 for its use in practice in treaties).

Não obstante, os membros do Grupo de Trabalho entenderam que a previsão desse dispositivo na Convenção Modelo da OCDE poderia ser importante, para impedir a discriminação nos casos futuros²⁵⁵.

Posteriormente, os Comentários do Grupo de Trabalho da OEEC dispuseram que o objetivo do parágrafo 5 seria impedir a discriminação da empresa residente, e não dos sócios que a controlam ou detém parte ou integralmente o seu capital²⁵⁶.

O Grupo de Trabalho apresentou o seguinte exemplo de discriminação que seria impedida pelo artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE: o Estado A estabelece que as sociedades presentes no seu território estão sujeitas a um imposto sobre os lucros, se a maioria das suas participações for detida por estrangeiros. Não obstante, uma sociedade estabelecida no Estado A, cujas participações sejam detidas por pessoas residentes nesse Estado, não estará sujeita a esse imposto. O objetivo do parágrafo (5) é impedir tal diferença de tratamento.

O Grupo de Trabalho entendeu por bem definir, ainda, que o parágrafo 5 do artigo 24 não teria qualquer ligação com a discriminação com base na nacionalidade e, de forma alguma, pretendia introduzir no artigo 24 um novo conceito de “nacionalidade de capital”²⁵⁷.

2.9.3 Os Comentários ao artigo 24 (5): questões atuais

Ao dispor quais são as hipóteses em que o parágrafo 5 não seria aplicável, os Comentários à Convenção Modelo da OCDE deixam dúvidas — ou, pelo menos, não

²⁵⁵ HISTORY OF TAX TREATIES. Project of the OECD, Institute for Austrian and International Tax Law Vienna (WU), IBFD, Università Cattolica del Sacro Cuore, IFA Canadian Branch, Canadian Tax Foundation and University of Sydney, Sydney Law School on the history of tax treaties and their provisions. Disponível em <https://www.taxtreatieshistory.org/>. Acesso em 23 de novembro de 2022.

²⁵⁶ Paragraph 5 forbids a State to give different treatment to two enterprises established in its territory, the capital of one of which is wholly or partly owned or controlled, directly or indirectly, by one or more residents of the other Contracting State. This provision, and the discrimination which it puts an end to, relates to the taxation only of enterprises and not of the persons owning or controlling their capital. Its object therefore is to ensure equal treatment for taxpayers residing in the same State, and not to subject foreign capital, in the hands of the partners or shareholders, to identical treatment to that applied to domestic capital. Paragraph 5 has no connection with nationality as defined in paragraph 2 and in no way does it purport to introduce into the Article a new concept of “nationality of capital”.

²⁵⁷ Paragraph 5 forbids a State to give different treatment to two enterprises established in its territory, the capital of one of which is wholly or partly owned or controlled, directly or indirectly, by one or more residents of the other Contracting State. This provision, and the discrimination which it puts an end to, relates to the taxation only of enterprises and not of the persons owning or controlling their capital. Its object therefore is to ensure equal treatment for taxpayers residing in the same State, and not to subject foreign capital, in the hands of the partners or shareholders, to identical treatment to that applied to domestic capital. Paragraph 5 has no connection with nationality as defined in paragraph 2 and in no way does it purport to introduce into the Article a new concept of “nationality of capital” (FC(58)2 (1st Revision)).

esclarecem — as hipóteses em que referido parágrafo deve ser efetivamente aplicado²⁵⁸. Tal conduta torna difícil a tarefa do intérprete em identificar as situações em que o dispositivo deve ser efetivamente aplicado.

No tópico abaixo, cada uma dessas hipóteses será analisada com mais atenção.

2.9.4 Discriminação da sociedade no Brasil ou do sócio localizado no exterior? A questão da tributação na fonte sobre rendas passivas

Conforme pontuado anteriormente, o parágrafo 5 do artigo 24 e a discriminação que pretende impedir dizem respeito apenas à tributação das sociedades residentes em determinado Estado Contratante, e não à tributação de quem detém ou controla o seu capital²⁵⁹.

Isso significa que o artigo 24 (5) tem como objetivo assegurar a igualdade de tratamento dos contribuintes residentes no mesmo Estado, isto é, das empresas localizadas no mesmo Estado Contratante, que se diferenciam apenas pelo fato de o capital de uma delas ser detido ou controlado por acionista não residente.

Por conta disso, Ramon Tomazela SANTOS²⁶⁰ entende que se os sócios ou acionistas no exterior forem submetidos a um tratamento tributário distinto — como ocorre nos casos em que os dividendos distribuídos para não residentes estão sujeitos a uma alíquota fixa de IRRF sobre o rendimento bruto —, mas os dividendos distribuídos para os residentes forem computados na renda global do contribuinte (para tributação em conjunto com os demais rendimentos), tal situação não violará o artigo 24 (5) da Convenção.

Essa posição está em linha com aquela adotada pela OCDE nos Comentários ao artigo 24 (5)²⁶¹ da sua Convenção Modelo, que dispõem que o referido tratamento distinto não viola o princípio da não discriminação.

²⁵⁸ BAGCI, Recep. **Comparing Similar Enterprises under Article 24 (5) of the OECD Model: Non-Discrimination and MFN Treatment in the Context of the Netherlands Group Taxation Regime**. Op. cit., p. 23.

²⁵⁹ Item 77 dos Comentários ao parágrafo 5 do artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE: “Since the paragraph relates only to the taxation of resident enterprises and not to that of the persons owning or controlling their capital (...)”. OCDE. **Comentários ao artigo 24 da Convenção Modelo**. Op. cit.

²⁶⁰ SANTOS, Ramon Tomazela. A Cláusula de não discriminação nos acordos de bitributação. **Revista Direito Tributário Internacional Atual**, 2017, v. 02, p. 255-294.

²⁶¹ Because paragraph 5 is aimed at ensuring that all resident companies are treated equally regardless of who owns or control their capital and does not seek to ensure that distributions to residents and non-residents are treated in the same way, it follows that withholding tax obligations that are imposed on a

No mesmo sentido, Avery JONES²⁶² e outros destacam que o parágrafo 5 do artigo 24 — bem como o parágrafo 4 desse dispositivo, que trata da igualdade de tratamento para a dedução de despesas incorridas com não residentes — busca impedir a discriminação da empresa detida e controlada por capital estrangeiro, e isso significa que referido dispositivo não impede a tributação na fonte geralmente aplicada sobre rendimentos auferidos por não residentes.

BAMMENS²⁶³ entende que a situação é diferente no que diz respeito ao “split-rate system”. De acordo com referido método, os lucros retidos e distribuídos são tributados de modo distinto: alíquota mais alta é cobrada sobre lucros retidos e alíquota mais baixa sobre lucros distribuídos. Como tal sistema diz respeito à tributação da sociedade residente — e não dos sócios não residentes — o parágrafo 5 do artigo 24 seria infringido se a alíquota mais baixa não fosse aplicada às distribuições realizadas a não residentes.

Nos sistemas em que o “split-rate” é aplicado, há apenas uma distinção na alíquota incidente sobre lucros retidos e distribuídos, no nível da pessoa jurídica que auferiu os lucros. Nessa situação, a tributação diz respeito à sociedade residente, e não a seus sócios localizados no exterior.

É importante pontuar que a sistemática de tributação na fonte dos rendimentos passivos auferidos por não residentes também não viola o artigo 24 (1), que trata da discriminação com base na nacionalidade, mesmo que tal tributação não seja realizada sobre os dividendos distribuídos a sócios residentes. Conforme pontuado linhas atrás, a OCDE, na década de 1990,²⁶⁴ esclareceu que, para fins de aplicação desse dispositivo, a diferença na residência das pessoas físicas e jurídicas não resulta tratamento discriminatório.

resident company with respect to dividends paid to non-residents shareholders but not with respect to dividends paid to resident shareholders cannot be considered to violate paragraph 5. In that case, the different treatment is not dependent on the fact that the capital of the company is owned or controlled by non-residents but, rather, on the fact that dividends paid to non-residents are taxed differently. OCDE. **Comentários ao artigo 24 (5) da Convenção Modelo.** 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 em 11 de janeiro de 2023.

²⁶² JONES, Avery J.F *et al.* Art. 24(5) of the OECD Model in Relation to Intra-Group Transfers of Assets and Profits and Losses, op. cit., p. 193.

²⁶³ BAMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and european tax law.** Op. cit.

²⁶⁴ OECD. **Model tax convention on income and on capital: condensed version.** Paris: OECD Publishing, 1992.

No Brasil, tal discussão veio à tona no julgamento do Recurso Extraordinário n. 460.320, no qual os Ministros do Supremo Tribunal Federal debateram se a Volvo do Brasil Veículos Ltda. estaria obrigada a reter na fonte o imposto de renda sobre dividendos distribuídos a seu sócio residente na Suécia, no ano-base de 1993, na medida em que essa mesma tributação não era imposta se o pagamento de dividendos fosse realizado a sócios residentes.

A decisão final sobre o caso coube ao STJ, que entendeu que tal tributação não viola o artigo 24 (1) do acordo de bitributação firmado entre Brasil e Suécia. Não cabe debater, neste estudo, os fundamentos adotados por cada ministro nesse julgado, mas entendemos que essa decisão é equivocada, pois a diferença de residência torna o objeto e o sujeito incomparáveis (mantemos essa posição mesmo cientes de que somente na década de 1990 a OCDE esclareceu que a diferença na residência das pessoas físicas e jurídicas não resulta tratamento discriminatório. Ainda que o tratado Brasil – Suécia tenha sido assinado no ano de 1965, os países membros da OCDE já defendiam, ao aplicar e interpretar a expressão “nas mesmas circunstâncias”, que a residência do contribuinte era critério relevante de distinção²⁶⁵. Além disso, mesmo que o Brasil tenha apresentado reserva a esse dispositivo, tal se sucedeu entre os anos de 1997 a 2005²⁶⁶, enquanto o Caso Volvo diz respeito a dividendos distribuídos em 1993, antes portanto).

Além disso, não é possível dizer que nesse caso específico houve violação ao artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, pois a tributação na fonte, se discriminatória, atingiria o sócio não residente, e não a sociedade localizada no Brasil.

Tal posição não é unânime na doutrina. Há quem sustente que o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE impede que determinado Estado preveja a tributação na fonte sobre os rendimentos remetidos aos não residentes, se tal retenção não é aplicada sobre os rendimentos pagos ou distribuídos a residentes.

Nesse sentido, Alessandra OKUMA²⁶⁷ afirma que o artigo 24 (4) do tratado firmado entre Brasil e Suécia — correspondente ao artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE — impede que empresas brasileiras cujo capital seja detido, direta ou

²⁶⁵ OECD. **Model tax convention on income and on capital: condensed version**. Paris: OECD Publishing, 2017. pp. 350-351.

²⁶⁶ Na Convenção Modelo da OCDE de 2017, tal reserva consta como “deletada”. Entre 23 de outubro de 1997 e 15 de julho de 2015, o dispositivo era lido da seguinte forma: “Brazil reserves the right to omit the words ‘in particular with respect to residence’ in paragraph 1. OECD. **Model tax convention on income and on capital: condensed version**. Paris: OECD Publishing, 2017.

²⁶⁷ OKUMA, Alessandra. **Não-discriminação deve se aplicar à tributação de não residentes**. Conjur, Disponível em: <conjur.com.br/2019-dez-16/alessandra-okuma-discriminacao-tributacao-nao-residentes#sdfootnote4sym>. Acesso em 27 de janeiro de 2022.

indiretamente, a residentes na Suécia, estejam sujeitas, no Brasil, à tributação mais onerosa ou obrigações diferentes do que as impostas às empresas brasileiras da mesma natureza.

Conforme pontuado linhas acima, não compartilhamos dessa opinião, pois o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, conforme esclarecido pelos Comentários à Convenção, não pretende impedir a discriminação dos sócios que controlam o capital da sociedade localizada no outro Estado contratante.

Note que tal entendimento se estende à tributação na fonte de rendas diversas, passivas ou ativas, como a incidente sobre a prestação de serviços. Nesta hipótese, a legislação brasileira prevê, no art. 97, “a”, do Decreto-lei 5.844/1943 e no art. 741, I, do RIR/18, que a renda e os proventos de qualquer natureza provenientes de fontes situadas no País e percebidos por pessoas físicas ou jurídicas residentes ou domiciliadas no exterior estão sujeitos à incidência do IRRF.

Na prática, os países de residência dos prestadores de serviço normalmente negam o direito de crédito relativo ao imposto de renda pago na fonte no Brasil. Portugal, por exemplo, nega o direito de crédito quando a tributação na fonte não ocorre nos termos dos tratados²⁶⁸. Recentemente, o IRS americano editou regras que impedem o direito de crédito, nos Estados Unidos, de rendimentos não elegíveis naquele país, como o imposto de renda retido na fonte pelo tomador de serviços²⁶⁹.

Por estarem cientes de que a administração tributária do Estado em que residem não concede o crédito relativo ao imposto de renda pago no Brasil, é comum que fornecedores localizados no exterior exijam que o importador de serviços no Brasil faça o *gross up* na fatura e contabilize no preço o imposto devido internamente no País.

Por conta do *gross up*, o encargo econômico não é mais do não residente, mas sim da sociedade no Brasil, que realiza os pagamentos ao exterior. Mesmo nesses casos, não há violação à regra de não discriminação prevista no artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, pois referida distinção de tratamento não é baseada na detenção ou controle do capital da sociedade residente por sócio estrangeiro.

Como explicado anteriormente, não há violação ao artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE se o critério de distinção não for o controle ou detenção do

²⁶⁸ Ver, nesse sentido, CAAD: Arbitragem Tributária Processo n.º: 393/2019-T Tema: IRC - Crédito do imposto por dupla tributação internacional. Contrato de fretamento. Assistência técnica. Disponível em https://caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?listOrder=Sorter_data&listDir=DESC&listPage=2&id=4636. Acesso em 21 de fevereiro de 2022.

²⁶⁹ PWC. **Treasury and IRS release final foreign tax credit regulations**. Op. cit.

capital da empresa por não residente ou se tal critério não for a causa do tratamento discriminatório. Em contrapartida, haverá discriminação se o critério proibitivo estiver presente na regra e tal critério for o motivo do tratamento distinto, ainda que, junto a ele, referida regra preveja outro critério de discriminação.

No que se refere à incidência do IRRF na importação de serviços (com *gross up* ou não), o critério proibitivo não é o controle ou detenção do capital da empresa por não residente, pois a referida tributação incide sobre qualquer pagamento de importação de serviço ao exterior (tenha tal pagamento sido realizado, ou não, em operações *intercompany*).

Desse modo, mesmo que a empresa no Brasil tenha suportado o encargo econômico em razão de uma tributação na fonte, tal incidência não viola a regra de não discriminação do artigo 24 (5).

2.9.5 *Discriminação da sociedade no Brasil ou do sócio localizado no exterior? Um exemplo com os Juros Sobre o Capital Próprio (“JCP”)*

Conforme pontuado anteriormente, o parágrafo 5 do artigo 24 e a discriminação que pretende impedir dizem respeito apenas à tributação das sociedades residentes em determinado Estado Contratante, e não à tributação de quem detém ou controla o seu capital²⁷⁰.

Isso significa que o artigo 24 (5) tem como objetivo assegurar a igualdade de tratamento dos contribuintes residentes no mesmo Estado, isto é, das empresas localizadas no mesmo Estado Contratante, que se diferenciam apenas pelo fato de o capital de uma delas ser detido ou controlado por acionista não residente.

Nos tópicos anteriores, foi possível verificar que tal discriminação não ocorre nas hipóteses em que a legislação impõe a retenção na fonte sobre rendas passivas e ativas (mesmo se houver cláusula de *gross up*) remetidas por pessoa no Brasil, pois: i) ou o encargo não é assumido pela pessoa no Brasil, mas sim pelo não residente; ii) caso o encargo seja suportado pela pessoa no Brasil, o referido tratamento discriminatório não tem como base, unicamente (“*solely based*”), o critério da detenção ou controle do capital por pessoa estrangeira.

²⁷⁰ Item 77 dos Comentários ao parágrafo 5 do artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE: “Since the paragraph relates only to the taxation of resident enterprises and no to that of the persons owning or controlling their capital (...)”.

Como os Comentários à Convenção Modelo da OCDE referem-se apenas às situações em que o artigo 24 (5) não é aplicável, faz sentido exemplificar (a partir de um raciocínio *a contrario sensu*) em qual situação tal regra poderia impedir a discriminação com base na detenção ou controle por capital estrangeiro.

No contexto brasileiro, a aplicação dessas premissas pode ser exemplificada da seguinte forma: não é incomum que as empresas estrangeiras capitalizem as subsidiárias brasileiras com capital próprio e remunerem os acionistas por meio do pagamento de Juros sobre o Capital Próprio (“JCP”).

Nessa operação, os rendimentos remetidos aos investidores estrangeiros estão sujeitos ao pagamento do imposto de renda na fonte a uma alíquota de 15% no Brasil (art. 9º, § 2º, da Lei n. 9.249/1995²⁷¹ e art. 14 da IN RFB n. 1.455/2014)²⁷².

Em contrapartida, os JCP pagos a sócios no Brasil ou no exterior são dedutíveis do lucro real, conforme prevê o *caput* do art. 9º da Lei n. 9.249/1995²⁷³.

Note que a tributação na fonte sobre os rendimentos pagos a título de JCP são tributados a uma alíquota de 15% no Brasil, independentemente do local de residência do sócio (Brasil ou exterior). Caso o sócio seja residente no Brasil, a referida tributação ocorre a título de antecipação; caso o sócio esteja no exterior, tal tributação ocorre a título definitivo.

O ponto é que, caso o legislador previsse tal incidência apenas sobre as remessas realizadas ao exterior, essa suposta previsão não violaria o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, pois o parágrafo 5 do artigo 24 e a discriminação que pretende impedir dizem respeito apenas à tributação das sociedades residentes em determinado Estado Contratante e não à tributação de quem detém ou controla o seu capital.

²⁷¹ “§ 2º Os juros ficarão sujeitos à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de quinze por cento, na data do pagamento ou crédito ao beneficiário”. BRASIL. **Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995**. Op. cit.

²⁷² Art. 14. As importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas para beneficiários domiciliados no exterior, a título de juros sobre o capital próprio, estão sujeitas à incidência do imposto sobre a renda na fonte, à alíquota de 15% (quinze por cento). BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa n. 1.455, de 06 de março de 2014**. Disponível em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=50414&visao=anotado>. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

²⁷³ Art. 9º Sujeitam-se ao imposto sobre a renda na fonte, à alíquota de 15% (quinze por cento), os juros pagos, creditados, empregados, entregues ou remetidos para pessoas jurídicas domiciliadas no exterior, decorrentes de empréstimos contraídos no exterior, em países que mantenham acordos tributários com o Brasil, por empresas nacionais, particulares ou oficiais. BRASIL. **Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995**. Op. cit.

A violação a referido dispositivo ocorreria, porém, se a legislação brasileira dispusesse que a dedução dos JCP fosse permitida apenas nas hipóteses em que o pagamento fosse realizado a sócios residentes, mas não a sócios não residentes. Nessa hipótese, a discriminação alcançaria diretamente as sociedades no Brasil, e não o sócio residente no exterior. Como ambas as sociedades se diferenciariam apenas por conta de o capital de uma delas ser detido ou controlado por sócio não residente, haveria violação ao artigo 24 (5).

Essa situação que, apesar de hipotética, pode ser adotada pelo País por conta do que foi proposto pela OCDE na Ação 2 do Projeto BEPS²⁷⁴ — que busca o desenvolvimento de recomendações e dispositivos com o objetivo de neutralizar os efeitos de instrumentos e entidades híbridas — resultaria na violação ao artigo 24 (5) do respectivo tratado, pois a tributação das sociedades controladas ou detidas por sócios não residentes seria diversa e mais onerosa e tal discriminação teria como fundamento o fato de o capital da sociedade no Brasil ser detido por sócio estrangeiro (dividendos e JCP só são pagos em razão da condição de sócio do beneficiário, objeto da regra de proteção do parágrafo 5 do artigo 24).

2.9.6 *Distribuição de dividendos*

Outra hipótese pontuada pela OCDE nos Comentários à Convenção Modelo que não resultaria em violação ao artigo 24 (5) da Convenção Modelo diz respeito às regras internas de diferimento de imposto de renda incidente sobre os dividendos pagos a sócios localizados no mesmo estado²⁷⁵.

A esse respeito, a Organização explica, nos Comentários, que o artigo 24 (5) da Convenção Modelo não seria violado se determinado Estado resolvesse isentar, do

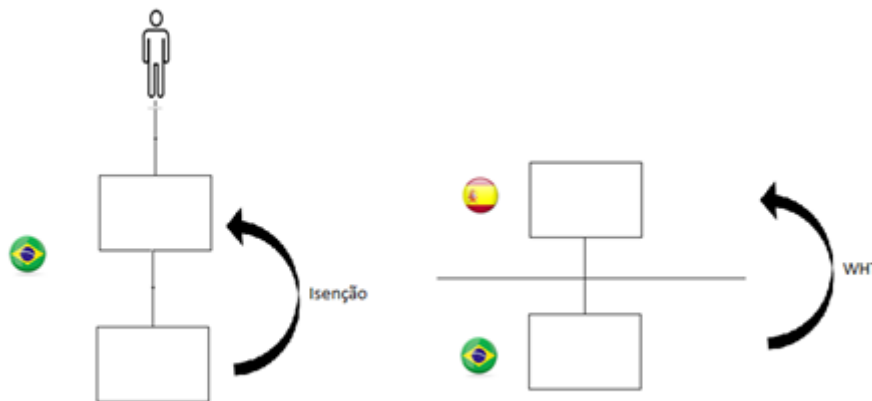
²⁷⁴ OECD. **Action 2 Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements**. Disponível em <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action2/>. Acesso em 26 de novembro de 2022.

²⁷⁵ A similar example would be that of a State that levies a tax on resident companies that make distributions to their shareholders regardless of whether or not they are residents or non-residents, but which, in order to avoid a multiple application of that tax, would not apply it to distributions made to related resident companies that are themselves subject to the tax upon their own distributions. The fact that the latter exemption would not apply to distributions to non-resident companies should not be considered to violate paragraph 5. In that case, it is not because the capital of the resident company is owned or controlled by non-residents that it is treated differently; it is because it makes distributions to companies that, under the provisions of the treaty, cannot be subjected to the same tax when they re-distribute the dividends received from that resident company. In this example, all resident companies are treated the same way regardless of who owns or controls their capital and the different treatment is restricted to cases where distributions are made in circumstances where the distributions tax could be avoided.

pagamento do imposto retido na fonte, as distribuições realizadas a sócios residentes, sem estender referida isenção às distribuições realizadas a sócios não residentes, se o fundamento dessa isenção for evitar uma tributação em cascata.

A imagem abaixo deve facilitar a compreensão:

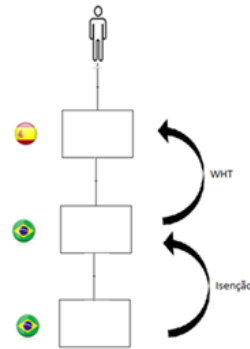
Figura 15 – Distribuição de dividendos I



Fonte: Elaborado pelo autor.

De acordo com a OCDE, o fato de o Estado não estender tal isenção às distribuições realizadas a sociedades não residentes não viola o artigo 24 (5). Nesse caso, a discriminação não ocorre porque o capital da sociedade residente é detido ou controlado por não residentes, mas porque as distribuições são realizadas a sócios não residentes, que não estarão sujeitos (no Estado em que as sociedades investidas estão localizadas) à tributação na fonte quando redistribuírem os dividendos aos seus acionistas (beneficiários finais). Confira-se:

Figura 16 – Distribuição de dividendos II



Fonte: Elaborado pelo autor.

Note que, nessa situação específica, há duas justificativas para o tratamento discriminatório: a primeira é que o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE não impede a discriminação dos sócios que controlam o capital da sociedade localizada no outro Estado contratante, mas sim das sociedades investidas, localizadas no mesmo Estado contratante.

De fato, como o beneficiário do rendimento é o sócio não residente, a isenção, caso fosse aplicável às distribuições realizadas ao exterior, beneficiaria o sócio estrangeiro (que receberia os rendimentos sem retenção na fonte) e não as empresas que realizam o pagamento da renda ao exterior.

Além disso, estender o tratamento de isenção para as distribuições realizadas a sócios não residentes impediria que o Estado onde as subsidiárias estão localizadas tributasse os rendimentos auferidos por seus sócios (não residentes), enquanto os sócios residentes estariam sujeitos a referida tributação (quando os rendimentos forem distribuídos ao beneficiário final).

Note que o objetivo em conceder o tratamento isentivo visa apenas impedir a tributação em cascata (ou seja, a dupla tributação econômica) dos rendimentos auferidos pela cadeia de sócios. Tal incidência cumulativa não ocorre (pelo menos naquele Estado específico, onde está localizada a sociedade que distribui os dividendos) nas hipóteses em que a distribuição é realizada a sócios não residentes.

Por isso, a regra prevista no art. 3º do Projeto de Lei n. 2.337, de 2021 (projeto que pretende alterar algumas disposições relativas à tributação da renda), o qual revoga o art. 10 da Lei n. 9.249/1995 que prevê uma isenção do imposto de renda na fonte na distribuição de dividendos (inclusive quando a remessa é realizada a sócios não residentes), mas mantém tal isenção nas hipóteses em que a distribuição é realizada a sócios localizados no Brasil (enquanto os referidos valores não forem distribuídos ao beneficiário final, pessoa física), não viola a regra de não discriminação prevista no artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE²⁷⁶.

Caso a referida legislação entre vigor, o que ocorrerá é que as sociedades localizadas no Brasil deverão reter o imposto de renda não somente quando a distribuição for realizada a sócios não residentes, mas também quando os lucros forem distribuídos aos sócios finais da cadeia, localizados no Brasil. O objetivo da isenção, conforme salientado, é impedir a tributação em cascata dos dividendos, o que ocorreria caso o legislador obrigasse que cada uma das sociedades da cadeia realizasse tal retenção.

Desse modo, a concessão da isenção por um Estado para impedir a tributação em cascata no país onde as sociedades investidas estão localizadas não viola a regra de não discriminação prevista no artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, mesmo que tal isenção não seja estendida às distribuições realizadas a sócios não residentes.

2.9.7 Consolidação de lucros, transferência de prejuízos e transmissão de ativos sem tributação

Além dos dois exemplos trazidos acima, os Comentários à Convenção Modelo da OCDE, a partir de 2008, dispõem que o artigo 24 (5) não pode ser interpretado para estender às empresas detidas ou controladas por não residentes os benefícios de regras que permitem a consolidação de lucros e prejuízos de empresas que estão no

²⁷⁶ Art. 10-A. A partir de 1º de janeiro de 2022, os lucros ou dividendos pagos ou creditados sob qualquer forma, inclusive a pessoas físicas ou jurídicas isentas, excetuadas exclusivamente as hipóteses de que tratam o art. 14 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, os §§ 4º e 5º deste artigo e o art. 10-B desta Lei, ficarão sujeitos à incidência do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza retido na fonte à alíquota de 15% (quinze por cento) na forma prevista neste artigo. § 4º Não estarão sujeitos à incidência do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza retido na fonte de que trata o caput deste artigo os lucros ou dividendos apurados com base na escrituração mercantil distribuídos: I – a pessoa jurídica domiciliada no Brasil que seja sociedade: a) controladora ou que esteja sob controle societário comum, nos termos do art. 116 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.337, de 25 de junho de 2021.** Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2034420&filename=PL%202337/2021. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

mesmo grupo econômico, a transmissão de prejuízos entre essas sociedades ou a transmissão de propriedade entre essas sociedades sem pagamento de tributo²⁷⁷.

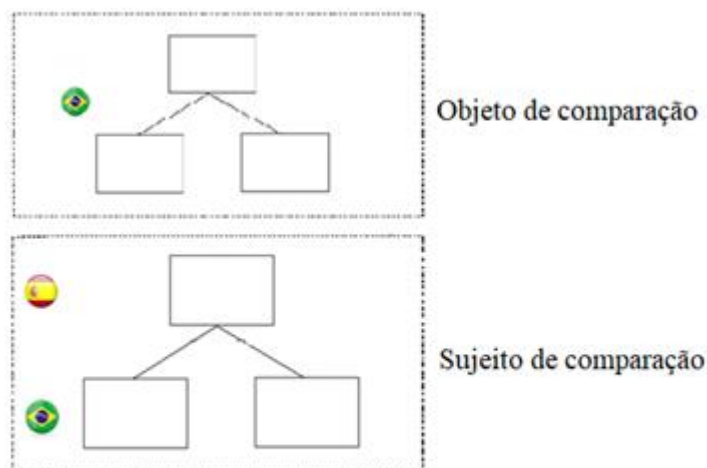
De fato, os referidos comentários estabelecem que as regras de consolidação de lucros previstas nas diversas jurisdições não podem ser consideradas violadoras do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, pois para aplicar tal regra convencional sobre as hipóteses de consolidação de resultados dos não residentes com os de suas subsidiárias seria necessário comparar o tratamento fiscal concedido por um Estado a empresa residente e a seu sócio estrangeiro, em conjunto, com o tratamento fiscal concedido por esse mesmo Estado a uma empresa residente e a seu sócio residente, também em conjunto.

Alguns acordos de bitributação excluem expressamente a aplicação da regra ora em comento aos regimes de consolidação²⁷⁸.

Tal comparação ultrapassaria o âmbito de aplicação do dispositivo, que impede o tratamento discriminatório concedido às subsidiárias, detidas (ou controladas) ou não por não residentes.

Confirmam-se as seguintes ilustrações:

Figura 17 – Consolidação de lucros I



Fonte: Elaborado pelo autor.

²⁷⁷Disponível em https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2008_mtc_cond-2008-en. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

²⁷⁸ Acordos firmados pela Alemanha com o Luxemburgo e os Estados Unidos, por exemplo.

Note que a interpretação realizada pela OCDE a esse dispositivo, no sentido de que as regras de consolidação de um determinado Estado não violam a regra de não discriminação estabelecida no artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, é coerente com a lógica subjacente aos artigos 5, 7 e 9 da Convenção Modelo da OCDE de respeitar a personalidade jurídica de cada entidade do grupo (*separate entity approach*)²⁷⁹.

Do mesmo modo que as regras de consolidação de resultados de determinado Estado (onde estão localizadas as subsidiárias) não precisam abranger os resultados auferidos por suas controladoras ou detentoras do capital, localizadas no exterior, o artigo 7 da Convenção Modelo da OCDE determina que a sociedade residente em um Estado contratante não deve adicionar, ao seu resultado, os lucros auferidos por suas subsidiárias no exterior.

De acordo com BAMMENS²⁸⁰, caso o artigo 24 (5) fosse interpretado no sentido de que o estado de residência da subsidiária estaria obrigado a consolidar os seus resultados com os da controladora não residente, o artigo 7 da Convenção Modelo da OCDE impediria que referido estado (da subsidiária), ao apurar o lucro auferido pelas subsidiárias, considerasse os resultados da controladora (detentora do capital).

Bruno da SILVA²⁸¹ explica que caso a empresa controlada fosse obrigada a transferir os seus lucros para a sócia residente em outro Estado, por conta da aplicação do artigo 24 (5), poderiam ocorrer situações de dupla não tributação, pois seria improvável que o estado da sócia estrangeira reconhecesse os efeitos do regime de consolidação previsto no Estado de residência da subsidiária.

Por outro lado, do ponto de vista do Estado da subsidiária, as regras distributivas dos tratados restringem o direito desse estado de tributar as empresas não residentes (sócio não residente). Portanto, os rendimentos transferidos para a controladora estrangeira também não poderiam ser tributados nesse estado (da subsidiária).

Parece-nos, porém, que a explicação é mais simples: caso as regras de consolidação violassem o artigo 24 (5) da Convenção, a sócia, que apura prejuízo no Estado de residência, não teria imposto a pagar nesse Estado. Caso os referidos prejuízos

²⁷⁹ _____ . SCHOUERI, Pedro Guilherme Lindenberg. **Novas Fundações do Direito Tributário Internacional? A OCDE, Seus Pilares I e II e a Covid-19**. Anais [recurso eletrônico] / 8º Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional: novos paradigmas da tributação internacional e a COVID-19, 16, 17, 18 de setembro de 2020 em São Paulo, SP. Coordenadores: Luís Eduardo Schoueri, Luís Flávio Neto, Rodrigo Maito da Silveira – São Paulo, IBDT, 2020.

²⁸⁰ BAMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and european tax law**. Op. cit.

²⁸¹ SILVA, Bruno da. **Revisiting the application of the capital ownership non-discrimination provision in tax treaties**. Op. cit.

ultrapassassem os lucros auferidos pelas subsidiárias no outro Estado contratante, também não haveria imposto a pagar nesse outro Estado. Daí a dupla não tributação.

É importante reforçar que os parágrafos do artigo 24 devem ser lidos em conjunto com os outros artigos da Convenção, de modo que a tributação ou medidas que são expressamente autorizadas por tais dispositivos não podem ser consideradas violadoras dos parágrafos do artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE²⁸².

Ainda que os Comentários à Convenção Modelo da OCDE disponham que o parágrafo 5 do artigo 24 não impede que determinado Estado preveja regras de consolidação às empresas residentes, detidas ou controladas por sócios residentes, mesmo que tal consolidação não seja prevista às sociedades cujos sócios ou detentores do capital sejam não residentes, BMMENS²⁸³ entende que o artigo 24 (5) impede o tratamento discriminatório que se daria caso a lei de um Estado contratante permitisse a consolidação dos lucros das sociedades residentes, controladas ou detidas por sócios residentes, mas tal benefício não fosse estendido para a apuração dos resultados das sociedades residentes irmãs, cujo único diferencial seria o fato de elas serem detidas ou controladas por sócios não residentes.

Para o autor, a regra do artigo 24 (5) visa impedir a discriminação das empresas subsidiárias, residentes em determinado Estado contratante, e não dos titulares ou dos controladores do seu capital. Todavia, tal interpretação não significa que as leis de um determinado Estado impeçam o direito de consolidação dos resultados das empresas (irmãs) ali residentes, somente porque elas são controladas ou detidas por sócios não residentes²⁸⁴.

A situação mencionada pelo autor pode ser exemplificada da seguinte maneira: imagine duas empresas residentes em um determinado Estado cujo capital é controlado ou detido por empresa residente. Tais sociedades devem ser comparadas com outras duas empresas residentes naquele mesmo Estado, cujo capital é detido ou controlado por sociedade não residente.

²⁸² Parágrafo 4 dos Comentários ao artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE: “Finally, as illustrated by paragraph 79 below, the provisions of the Article must be read in the context of the other Articles of the Convention so that measures that are mandated or expressly authorized by the provisions of these Articles cannot be considered to violate the provisions of the Article even if they only apply, for example, as regards payments to non-residents. Conversely, however, the fact that a particular measure does not constitute a violation of the provisions of the Article does not mean that it is authorized by the Convention since that measure could violate other Articles of the Convention”.

²⁸³ BMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and european tax law**. Op. cit.

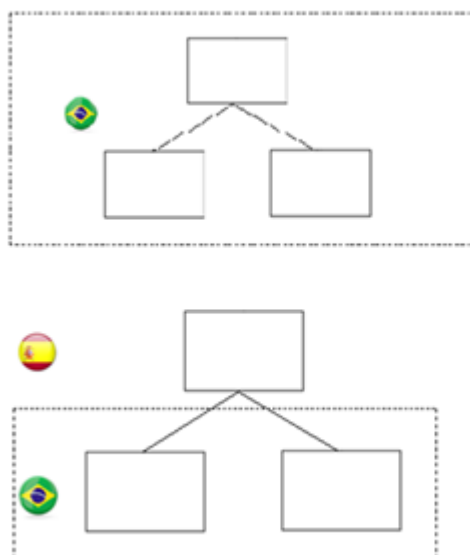
²⁸⁴ *Ibidem*.

Caso a legislação interna daquele Estado permita a consolidação dos resultados das empresas residentes, controladas por empresa residente, BMMENS²⁸⁵ entende que tal consolidação deve ser estendida às empresas residentes, controladas ou detidas por sócio não residente.

Isso significa que, se uma das sociedades residentes — controlada ou detida por sócio não residente — apura prejuízo de \$ 100 e a outra sociedade — também controlada ou detida por sócio não residente — apura lucro de \$ 100, a sociedade lucrativa poderá se beneficiar do regime de consolidação, e, assim, nada pagará de tributo naquele local, por conta do prejuízo auferido pela “sociedade-irmã” naquele mesmo Estado.

Confira-se a ilustração:

Figura 18 – Consolidação de lucros II



Fonte: Elaborado pelo autor.

Nesse caso, os resultados das empresas residentes em um Estado contratante, controladas por sócio não residente, devem ser consolidados naquele Estado, sob pena de violação ao artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE.

A OCDE, ao dispor nos Comentários ao artigo 24 (5) da Convenção que a referida regra não proíbe normas de consolidação de resultados nas hipóteses em que tal consolidação não é extensível aos resultados das sociedades não residentes, teve como

²⁸⁵ BMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and european tax law**. Op. cit.

objetivo esclarecer que a referida regra de não discriminação não alcança a tributação dos não residentes, mas sim das subsidiárias que são por eles detidas ou controladas.

Não obstante, impedir que as empresas-irmãs consolidem os seus resultados em função da origem dos sócios ou detentores do seu capital consistiria em clara violação ao artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE. De fato, as empresas residentes em um mesmo Estado contratante estão sujeitas às mesmas obrigações acessórias e tributação, independentemente da origem dos seus sócios.

O critério por trás das regras de consolidação é permitir que a empresa controladora ajuste o seu resultado com o de suas controladas, a fim de que o grupo como um todo apure lucro ou prejuízo. As sociedades irmãs com sócios no exterior estão submetidas à mesma tributação e ao mesmo cenário econômico que as suas concorrentes, e devem ter o direito de consolidar os seus resultados, assim como os seus concorrentes (que são detidos ou controlados por sócios residentes).

A apuração consolidada dos resultados de empresas do mesmo grupo econômico deve ser realizada de modo uniforme, independentemente da origem do capital. Tal posição também é adotada por RUST²⁸⁶.

VAN RAAD²⁸⁷ entende, porém, que as sociedades irmãs não estão nas “mesmas circunstâncias” que o objeto de comparação (duas subsidiárias controladas ou detidas por sócio residente), pois esse último não pode consolidar os seus resultados sem incluir os da controladora.

Não obstante, mesmo que as sociedades-irmãs não consolidem os seus resultados com os do sócio não residente, conforme apontou VAN RAAD²⁸⁸, o teste que deve ser feito para identificar se essas empresas estão “nas mesmas circunstâncias” não deve levar em consideração quantas empresas estão sujeitas ao regime de consolidação.

Se no Estado de residência há 05 (cinco) empresas do mesmo grupo detidas ou controladas por sócios não residentes, elas devem ser comparadas a 04 (quatro) empresas do mesmo grupo detidas ou controladas por sócios residentes (totalizando 05 empresas). Se as 05 (cinco) empresas do mesmo grupo detidas ou controladas por sócios não residentes não podem consolidar os seus resultados por conta da residência do sócio — enquanto as outras 05 (cinco) empresas do mesmo grupo detidas ou controladas por sócios residentes podem — há clara violação ao artigo 24 (5).

²⁸⁶ RUST, Alexander. *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*. Op. cit., p. 1723.

²⁸⁷ VAN RAAD, Kees. *Nondiscrimination in International Tax Law*. Op. cit., p. 192.

²⁸⁸ Idem.

Por fim, entendemos que tal raciocínio também se aplica às hipóteses em que determinado Estado permita que as empresas nele localizadas transfiram, entre si, prejuízos fiscais (seja entre empresas-irmãs ou entre controlador e controlada), mas não permita a referida transferência às empresas localizadas nesse mesmo Estado, cujo único diferencial é o fato de elas serem detidas ou controladas por empresas não residentes.

Na nossa opinião, tal transferência deve ser realizada entre as empresas localizadas no mesmo Estado, que façam parte de um mesmo grupo econômico. Deve-se adotar a mesma lógica referida anteriormente: caso um Estado preveja que os prejuízos auferidos por empresas do mesmo grupo, com sócios naquele Estado, possam ser transferidos entre uma e outra empresa, os prejuízos auferidos pelas empresas irmãs, localizadas naquele Estado, mas com sócios no exterior, também devem ser transferidos entre uma e outra empresa, sem qualquer impedimento.

Uma suposta lei pode dispor que os prejuízos auferidos por sócios no exterior não podem ser utilizados para apurar os resultados das empresas residentes, mas não pode impedir que as empresas irmãs transfiram prejuízos fiscais entre uma e outra, com o fundamento de que o sócio ou detentor do seu capital não é residente, sob pena de violação ao artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE.

Do mesmo modo, a transferência de ativos de empresa residente para a sua sócia não residente pode ser tributada naquele Estado, mesmo que essa mesma transmissão seja isenta se realizada entre partes relacionadas residentes, pois tal discriminação diz respeito aos sócios no exterior.

Em linha com o que foi exposto acima, haveria violação ao artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE somente na seguinte hipótese: se a isenção não fosse concedida sobre as transferências de ativos entre empresas residentes, do mesmo grupo, pelo único fato de o controlador ou detentor do capital de uma delas não ser residente naquele Estado.

2.9.8 Consolidação de lucros, transferência de prejuízos e transmissão de ativos sem tributação: análise da compatibilidade das regras brasileiras com o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE

No Brasil, a transmissão de ativos entre empresas do mesmo grupo pode ocorrer com ou sem tributação, independentemente do local de residência do sócio (seja ele residente ou não residente). O art. 22 das Lei n. 9.249/1995, por exemplo, estabelece

que bens e direitos do ativo da pessoa jurídica, que forem entregues ao titular ou a sócio ou acionista a título de devolução de sua participação no capital social, poderão ser avaliados pelo valor contábil, independentemente se o sócio está localizado no Brasil ou no exterior.

A transmissão de bens entre empresas irmãs também pode ser realizada pelo valor contábil ou de mercado. O regime é o mesmo, independentemente da origem do capital.

No Brasil, as demonstrações consolidadas são utilizadas somente para fins de divulgação e não servem de base para a apuração de tributos. Tal apuração ocorre por meio de demonstrações financeiras individuais. Note que a Interpretação Técnica ICPC 09²⁸⁹ prevê uma série de adaptações aos procedimentos dos CPC, elaborados no contexto das demonstrações consolidadas, exatamente para regulamentar a realidade das demonstrações individuais²⁹⁰.

No passado, houve tentativa de implementação do regime de tributação consolidada no Brasil, por meio do art. 2º do DL 1.598/1977, que estabelecia que duas ou mais sociedades, com sede no País, poderiam optar pela tributação em conjunto, desde que entre elas houvesse a seguinte relação: I - a sociedade de comando e uma ou mais afiliadas de grupo de sociedades deveriam ser constituídas nos termos do Capítulo XXI da Lei das SA; ou II - uma sociedade deveria controlar a outra, ou outras, e a controladora deveria ser titular, direta ou indiretamente, de 80% (oitenta por cento) ou mais do capital com direito a voto da sociedade ou sociedades controladas.

De acordo com o § 1º do art. 265 da Lei das SA, a sociedade controladora (ou de comando do grupo) deveria ser brasileira, e exerceria, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.

O referido regime de tributação violava a regra de não discriminação prevista no artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, pois não permitia que empresas irmãs no Brasil consolidassem os seus resultados, enquanto as empresas localizadas no Brasil

²⁸⁹ **Comitê de Pronunciamentos Contábeis**. Interpretação Técnica ICPC 09. Demonstrações Contábeis Individuais, Demonstrações Separadas, Demonstrações Consolidadas e Aplicação do Método da Equivalência Patrimonial. Disponível em [http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/494_ICPC_09_\(R2\)_rev%2009.pdf](http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/494_ICPC_09_(R2)_rev%2009.pdf). Acesso em 30 de abril de 2022.

²⁹⁰ HADDAD, Gustavo; ABRANTES, Emmanuel Garcia. Passivos fiscais diferidos em combinações de negócios – uma ponte entre o regime contábil e fiscal *in* **Controvérsias jurídico contábeis** (org: MURCIA, Fernando Dal-Ri; PINTO, Alexandre Evaristo; SILVA, Fábio Pereira da; VETTORI, Gustavo). v. 3. Barueri: Atlas, 2022. p. 282.

poderiam consolidar os seus resultados, desde que a controladora, sediada no País, fosse caracterizada como sociedade de comando ou controladora da outra, por meio de 80% (oitenta por cento) ou mais do capital.

No que diz respeito à transferência de prejuízos fiscais, o inciso IV do art. 30 do DL 1.598/1977 dispunha que o prejuízo de quaisquer das sociedades em conjunto (mencionadas anteriormente, previstas no art. 2º do DL 1.598/1977) poderia ser compensado na apuração do lucro real, sem restringir a referida transmissão às sociedades detidas ou controladas por sócio brasileiro.

Tal dispositivo também violava o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, pois era aplicado apenas às sociedades em conjunto definidas no art. 2º do DL 1.598/1977, ou seja, para que ocorresse a compensação de prejuízos era necessário que a controladora fosse sediada no País e caracterizada como sociedade de comando ou controladora da outra, por meio de 80% (oitenta por cento) ou mais do capital. Em resumo, empresas irmãs, localizadas no Brasil, não podiam utilizar prejuízos uma das outras, pois a controladora não estava localizada no País.

Tanto o art. 2º quanto o inciso IV do art. 30 do DL 1.598/1977 foram revogados pelo Decreto-lei n. 1.648/1978.

Posteriormente, o Decreto-lei n. 1.730/1979 incluiu o § 5º no art. 64 do DL 1.598/1977 para dispor que o Conselho Monetário Nacional poderia autorizar a compensação do prejuízo de uma pessoa jurídica com o lucro real de outra, do mesmo grupo ou sob controle comum, se a referida medida atendesse interesses de segurança e de fortalecimento das empresas nacionais.

O dispositivo foi revogado anos depois, pelo Decreto-lei n. 1.870/1981.

Recentemente, o legislador nacional permitiu que as empresas pudessem utilizar os prejuízos uma das outras para pagar dívidas parceladas por meio do Programa

de Recuperação Fiscal (Refis)²⁹¹. Atualmente, o § 7º do art. 11 da Lei n. 13.988/2020²⁹² estabelece que a transação tributária pode compreender a utilização de créditos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSL de titularidade do responsável tributário ou corresponsável pelo débito, de pessoa jurídica controladora ou controlada, de forma direta ou indireta, ou de sociedades que sejam controladas direta ou indiretamente por uma mesma pessoa jurídica.

Tais regramentos não violam o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, porque permitem a referida transferência de prejuízo mesmo que as empresas irmãs sejam controladas ou detidas por capital estrangeiro (é necessário, apenas, que as empresas irmãs sejam controladas direta ou indiretamente por uma mesma empresa, localizada, ou não, no Brasil).

2.9.9 Regras de consolidação de lucros na Europa

Na Europa, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu, no “Caso Papillon”²⁹³, que determinado regime de consolidação francês que permitia a consolidação dos resultados da empresa-mãe, localizada na França, com os de empresas ligadas, também localizadas na França, mas não permitia a consolidação dos resultados

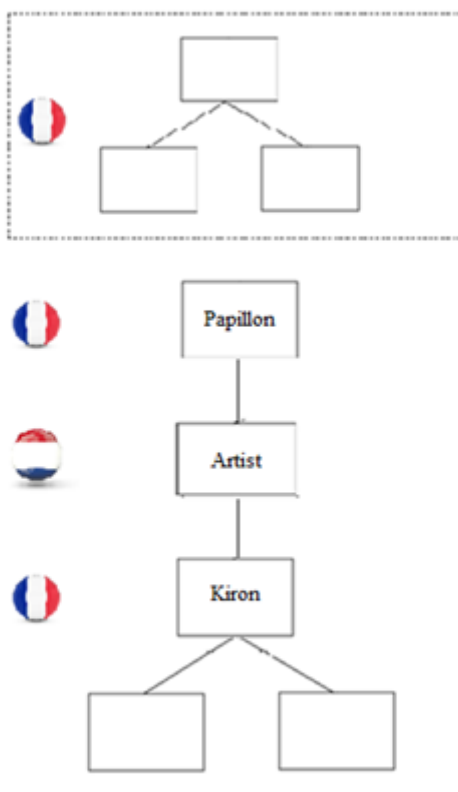
²⁹¹ § 1º do art. 33 da Lei n. 13.043/2014, que estabelecia o seguinte: § 1º Os créditos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL poderão ser utilizados, nos termos do *caput*, entre empresas controladora e controlada, de forma direta ou indireta, ou entre empresas que sejam controladas direta ou indiretamente por uma mesma empresa, em 31 de dezembro de 2013, domiciliadas no Brasil, desde que se mantenham nesta condição até a data da opção pela quitação antecipada. BRASIL. **Lei n. 13.043, de 13 de novembro de 2014**. Dispõe sobre os fundos de índice de renda fixa, sobre a responsabilidade tributária na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimento por meio da entrega de ativos financeiros, sobre a tributação das operações de empréstimos de ativos financeiros e sobre a isenção de imposto sobre a renda na alienação de ações de empresas pequenas e médias e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/113043.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

²⁹² Art. 11. A transação poderá contemplar os seguintes benefícios: (...) IV - a utilização de créditos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), na apuração do Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e da CSLL, até o limite de 70% (setenta por cento) do saldo remanescente após a incidência dos descontos, se houver. (...) § 7º Para efeito do disposto no inciso IV do *caput* deste artigo, a transação poderá compreender a utilização de créditos de prejuízo fiscal e de base de cálculo negativa da CSLL de titularidade do responsável tributário ou corresponsável pelo débito, de pessoa jurídica controladora ou controlada, de forma direta ou indireta, ou de sociedades que sejam controladas direta ou indiretamente por uma mesma pessoa jurídica, apurados e declarados à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, independentemente do ramo de atividade, no período previsto pela legislação tributária. BRASIL. **Lei n. 13.988, de 14 de abril de 2020**. Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/113988.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

²⁹³ Tribunal de Justiça da União Europeia. **Caso C-418/07. Société Papillon v Ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique**. 27 de novembro de 2008. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62007CJ0418>. Acesso em: 27 março 2022.

da empresa-mãe, localizada na França, com os de empresas ligadas, localizadas na França, que eram controladas por empresa localizada em outro Estado, violava a regra de não discriminação prevista no Tratado da União Europeia. Confira-se a ilustração:

Figura 19 – Regras de consolidação de lucros na França



Fonte: Elaborado pelo autor.

Entre os dias 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1991, a Papillon detinha 100% do capital da sociedade holandesa Artist Performance and Communication, que, por sua vez, detinha 99,99% do capital da Kiron, SARL, com sede na França. Neste contexto, a Papillon optou pelo regime de tributação consolidada, regulado pelos artigos 223º A a 223º F do *Code Général des Impôts* (“CGI”), nos termos dos quais uma sociedade residente na França poderia optar por ser a única contribuinte do imposto sobre sociedades (apurado sobre o resultado consolidado do grupo)²⁹⁴.

²⁹⁴ Une société [...] peut se constituer seule redevable de l’impôt sur les sociétés dû sur l’ensemble des résultats du groupe formé par elle-même et les sociétés dont elle détient 95 % au moins du capital, de manière continue au cours de l’exercice, directement ou indirectement par l’intermédiaire de sociétés du groupe [...]. Les sociétés du groupe restent soumises à l’obligation de déclarer leurs résultats [...]. Seules peuvent être membres du groupe les sociétés qui ont donné leur accord et dont les résultats sont soumis à

Para tanto, a Papillon incluiu na apuração do imposto devido o resultado do grupo, constituído pela Kiron SARL e várias de suas subsidiárias, também residentes na França.

A Administração Fiscal francesa não autorizou que a Papillon se beneficiasse do regime mencionado acima, uma vez que a sociedade intermediária, localizada na Holanda, não estava sujeita ao imposto francês (inclusive porque tal empresa não possuía estabelecimento permanente na França).

Analisado o processo, o Tribunal de Justiça da União Europeia entendeu que o regime fiscal francês tratava as empresas de forma desigual, pelo único fato de a sociedade que detinha ou controlava as sociedades residentes estar localizada em outro Estado. Para a Corte, referidas disposições do CGI configuravam restrições à liberdade de estabelecimento, proibidas pelo Tratado da União Europeia.

Além desse caso, o Tribunal de Justiça da União Europeia analisou o “Caso SCA”,²⁹⁵ julgado em junho de 2014, que tinha como objeto a análise do seguinte regime de consolidação holandês: de acordo com o artigo 15 da Lei de 1969, relativo ao imposto sobre o rendimento das pessoas jurídicas (*Wet op de vennootschapsbelasting 1969*), caso um sujeito passivo (a sociedade-mãe) detenha, jurídica e economicamente, pelo menos 95% das participações no capital de outra sociedade, o imposto por eles devidos, a requerimento de ambas as empresas, pode ser cobrado como se fossem um único sujeito passivo, considerando-se que as atividades e o patrimônio da subsidiária integram as atividades e o patrimônio da sociedade-mãe.

Nesse caso, o imposto é cobrado da sociedade-mãe e os sujeitos passivos passam a ser considerados, em conjunto, como uma unidade fiscal, que pode ser constituída por mais de uma subsidiária. Ocorre que o referido regime somente poderia ser adotado se “os dois sujeitos passivos estivessem na Holanda”.

A SCA e a MSA eram sociedades com sede na Holanda e detinham ou controlavam sociedades com sede na Alemanha, direta ou indiretamente por meio de

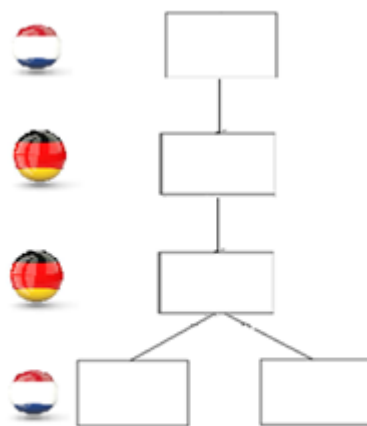
l'impôt sur les sociétés. FRANÇA. Code Général des Impôts. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006069577/>. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

²⁹⁵ Tribunal de Justiça da União Europeia. **Casos C-39/13, C-40/13 e C-41/13. Inspecteur van de Belastingdienst/Noord/kantoor Groningen v SCA Group Holding BV (C-39/13), X AG, X1 Holding GmbH, X2 Holding GmbH, X3 Holding GmbH, D1 BV, D2 BV, D3 BV v Inspecteur van de Belastingdienst Amsterdam (C-40/13), and Inspecteur van de Belastingdienst Holland-Noord/kantoor Zaandam v MSA International Holdings BV, MSA Nederland BV (C-41/13)**. 12 de junho de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62013CJ0039>. Acesso em 28 março 2022.

outras sociedades, também sediadas na Alemanha. As referidas sociedades, por sua vez, detinham ou controlavam sociedades com sede na Holanda.

A SCA e a MSA, assim como as respectivas sociedades localizadas na Holanda, requereram que o seu resultado fosse consolidado para fins de apuração do imposto de renda holandês. Confira-se o desenho abaixo:

Figura 20 – Regras de consolidação de lucros na Holanda



Fonte: Elaborado pelo autor.

Naquela oportunidade, o Tribunal de Justiça da União Europeia analisou outro caso (Caso C-40/13), que tratava da seguinte situação: uma sociedade (doravante “X”), com sede na Alemanha, detinha, direta ou indiretamente, participação nas sociedades X3, D1 e D2, localizadas na Holanda. A X3, D1 e D2 requereram, por meio de pedido realizado em conjunto, que elas pudessem ser consideradas uma unidade fiscal para fins de apuração do imposto de renda holandês. Confira-se:



O *Inspecteur van de Belastingdienst Amsterdam* indeferiu referido pedido (para que as empresas pudessem consolidar os seus resultados), pois a sociedade-mãe comum (X) não estava sediada na Holanda.

Analisado o feito, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que o Tratado da União Europeia se opõe à legislação de um Estado-membro que estabelece que os resultados da sociedade-mãe residente podem ser consolidados com o das suas subsidiárias, também residentes, mas tal consolidação não é permitida se a sociedade-mãe detiver subsidiárias não residentes.

Concluiu-se, assim, que o regime de consolidação holandês violava princípios basilares da União Europeia, pois não permitia a consolidação dos resultados das empresas holandesas se, no grupo econômico, existissem empresas intermediárias (ou a própria empresa-mãe) localizadas em outros Estados da União Europeia.

Diante das decisões mencionadas acima, restaram duas opções à Holanda: o país deveria revogar o regime de consolidação concedido aos grupos holandeses, de modo que tais empresas não poderiam mais usufruir do regime de consolidação, ou permitir a consolidação dos resultados das empresas holandesas mesmo que a sua *holding* intermediária ou a sua controladora residissem em outro Estado-membro da União Europeia. A Holanda escolheu essa última opção.

Note que 01 (um) ano antes, em 2013, o Supremo Tribunal da Holanda considerou que o regime de consolidação holandês — mencionado acima e que não permitia a consolidação dos resultados das empresas holandesas nas hipóteses em que, no grupo econômico, existissem empresas intermediárias ou empresa-mãe localizadas em outros Estados — não violava a regra de não discriminação prevista no artigo 27 (4) do

tratado tributário firmado entre Israel e Holanda, de 1973, correspondente ao artigo 24 (5) do Modelo da OCDE de 2017.

Para a corte holandesa, a regra do artigo 27 (4) do tratado firmado entre Holanda e Israel não teria sido violada porque o regime holandês impedia a referida consolidação de resultados, já que a sociedade em Israel não estava sujeita à tributação na Holanda (e não pelo fato de o seu capital ser detido ou controlado por capital estrangeiro).

A Suprema Corte da Holanda entendeu que a tal diferença de tratamento não se baseou no fato de o não residente (unicamente) deter ou controlar as empresas irmãs.

Entendemos, porém, que a referida decisão é equivocada, porque o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE deve ser interpretado no sentido de que o termo "unicamente" não pode ser analisado restritivamente, nem amplamente. Há um meio termo na sua interpretação.

Assim, não há violação ao artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE/ONU se o critério de distinção não for o controle ou detenção do capital da empresa por não residente ou se tal critério não for a causa do tratamento discriminatório. Em contrapartida, haverá discriminação se o critério proibitivo estiver presente e tal critério for o motivo do tratamento distinto, ainda que, junto a ele, referida regra preveja outro critério de discriminação.

No caso da legislação holandesa acima referida, o fato de o capital das sociedades holandesas ser detido ou controlado por sociedade em Israel também constituiu fator importante de discriminação, pois as sociedades holandesas, detidas ou controladas por capital holandês, poderiam consolidar os seus resultados.

Para BAGCI²⁹⁶, o fato de o Tribunal de Justiça da União Europeia ter decidido, no "Caso Papillon"²⁹⁷ e no caso SCA²⁹⁸, que o regime de consolidação holandês, descrito acima, violou as regras de liberdades fundamentais da União Europeia — nas hipóteses em que o controlador ou detentor do capital estiver localizado em Estado-membro da União Europeia — seria indicativo de que o artigo 27 (4) do tratado contra a bitributação firmado entre Israel e Holanda também teria sido violado.

²⁹⁶ BAGCI, Recep. **Comparing Similar Enterprises under Article 24 (5) of the OECD Model: Non-Discrimination and MFN Treatment in the Context of the Netherlands Group Taxation Regime**. Op. cit., p. 23.

²⁹⁷ Tribunal de Justiça da União Europeia. **Caso C-418/07**. Op. cit.

²⁹⁸ Tribunal de Justiça da União Europeia. **Casos C-39/13, C-40/13 e C-41/13**. Op. cit.

Para o autor, a aplicação do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE deveria ser ampliada para estender a Estados terceiros, como Israel, os mesmos benefícios garantidos aos Estados-membros da União Europeia. BAGCI²⁹⁹ destaca, ainda, que a importância do princípio da não discriminação tem sido cada vez mais contínua, de modo que o artigo 24 (5) não deve ser interpretado de forma restritiva.

2.9.10 Pagamento de juros

Os Comentários à Convenção Modelo da OCDE trazem ainda um último exemplo: de acordo com o documento, uma vez que o artigo 24 (5) da Convenção impede a discriminação da sociedade localizada no Estado residente com base no fato de ela ser detida ou controlada por capital estrangeiro, tal dispositivo não obsta que determinado Estado preveja regras que disponham tratamento distinto para o pagamento de juros a credores residentes ou não residentes³⁰⁰.

O artigo 24 (5) não impede regras que são baseadas exclusivamente na relação devedor-credor, desde que tal tratamento diferenciado não tenha como fundamento o fato de o não residente deter ou controlar, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, o capital da sociedade localizada no outro Estado³⁰¹.

Assim, se uma empresa residente em um Estado contratante for impedida — ou limitada — de deduzir os juros pagos a uma empresa associada não residente, por conta das regras internas de subcapitalização, tal regra não violará o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, mesmo se impedirem a dedução de juros pagos a credores que detenham ou controle o capital dessa empresa, desde que a lei interna do Estado

²⁹⁹ BAGCI, Recep. **Comparing Similar Enterprises under Article 24 (5) of the OECD Model: Non-Discrimination and MFN Treatment in the Context of the Netherlands Group Taxation Regime**. Op. cit., p. 32.

³⁰⁰ Since the paragraph prevents the discrimination of a resident enterprise that is solely based on who owns or controls the capital of that enterprise, it would not *prima facie* be relevant with respect to rules that provide for a different treatment of an enterprise based on whether it pays interest to resident or non-resident creditors. 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 em 11 de janeiro de 2023.

³⁰¹ The paragraph is not concerned with rules based on a debtor-creditor relationship as long as the different treatment resulting from rules is not based on whether or not non-residents own or control, wholly or partly, directly or indirectly, the capital of the enterprise. 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 em 11 de janeiro de 2023.

contratante preveja o mesmo tratamento fiscal aos juros pagos a uma empresa associada não residente, que, por sua vez, não detém ou controle o capital dessa empresa³⁰².

A referida disposição foi prevista nos Comentários à Convenção Modelo da OCDE somente no ano de 2007, após a OCDE ter concluído, no documento intitulado “Application and interpretation of article 24 (non-discrimination): Public discussion draft”³⁰³ que nos seus documentos oficiais deveria estar explícita a seguinte assertiva: as regras internas de subcapitalização, em geral, não violam o artigo 24 (5) da Convenção Modelo.

2.9.11 As regras brasileiras de subcapitalização

No Brasil, as regras de subcapitalização não são aplicáveis apenas nas situações em que o controlador ou detentor, localizado no exterior, participa do capital da empresa brasileira. Para definir se há vínculo, ou não, na relação entre credor e devedor, as regras brasileiras de subcapitalização adotam o conceito de associação estabelecido no art. 23 da Lei n. 9.430/1996³⁰⁴, que trata das regras de preços de transferência.

De acordo com esse dispositivo, são pessoas vinculadas:

- i) a matriz desta, quando domiciliada no exterior;
- ii) a sua filial ou sucursal, domiciliada no exterior;
- iii) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, cuja participação societária no seu capital social a caracterize como sua controladora ou coligada;

³⁰² For example, if under a State’s domestic thin capitalisation rules, a resident enterprise is not allowed to deduct interest paid to a non-resident associated enterprise, that rule would not be in violation of paragraph 5 even where it would be applied to payments of interest made to a creditor that would own or control the capital of the enterprise, provided that the treatment would be the same if the interest had been paid to a non-resident associated enterprise that did not itself own or control any of the capital of the payer. 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 em 11 de janeiro de 2023.

³⁰³ OECD. Centre for tax policy and administration. **Application and interpretation of article 24 (non-discrimination)**. Op. cit.

³⁰⁴ Art. 24. Sem prejuízo do disposto no art. 22 da Lei n° 9.430, de 27 de dezembro de 1996, os juros pagos ou creditados por fonte situada no Brasil à pessoa física ou jurídica, **vinculada nos termos do art. 23 da Lei n° 9.430**, de 27 de dezembro de 1996, residente ou domiciliada no exterior, não constituída em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, somente serão dedutíveis, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, quando se verifique constituírem despesa necessária à atividade, conforme definido pelo art. 47 da Lei no 4.506, de 30 de novembro de 1964, no período de apuração. BRASIL. **Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996**. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19430.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

iv) a pessoa jurídica domiciliada no exterior que seja caracterizada como sua controlada ou coligada;

v) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que, em conjunto com a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, tiver participação societária no capital social de uma terceira pessoa jurídica, cuja soma as caracterizem como controladoras ou coligadas desta;

vi) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que seja sua associada, na forma de consórcio ou condomínio, conforme definido na legislação brasileira, em qualquer empreendimento;

vii) a pessoa física residente no exterior que for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro de qualquer de seus diretores ou de seu sócio ou acionista controlador em participação direta ou indireta;

viii) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que goze de exclusividade, como seu agente, distribuidor ou concessionário, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos;

ix) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, em relação à qual a pessoa jurídica domiciliada no Brasil goze de exclusividade, como agente, distribuidora ou concessionária, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos.

Em resumo, o critério de distinção das regras brasileiras de subcapitalização não é o controle ou detenção do capital da empresa no Brasil pelo não residente. As regras de subcapitalização se aplicam, também, nas seguintes relações: a) de exclusividade; b) quando há relação de parentesco; c) ou nos casos de consórcio ou condomínio.

Além disso, as referidas regras se aplicam nas hipóteses em que a operação é realizada com pessoas localizadas em regimes fiscais privilegiados ou países com tributação favorecida.

Dessa forma, as regras brasileiras de subcapitalização não violam o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, pois não são aplicáveis apenas nas situações em que o controlador ou detentor, localizado no exterior, participa do capital da empresa brasileira.

2.9.12 *As regras de subcapitalização e a não discriminação prevista no parágrafo 4 do artigo 24 (4) da Convenção Modelo da OCDE*

Como visto anteriormente, as regras de subcapitalização de um determinado Estado não violam o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE se a referida lei previr o mesmo tratamento fiscal aos juros pagos a uma empresa associada não residente, que, por sua vez, não detém ou controla o capital dessa empresa.

Não obstante, as regras de subcapitalização de um Estado contratante podem violar o artigo 24 (4) da Convenção Modelo da OCDE³⁰⁵, que determina que as deduções devem ser apuradas da mesma forma, independentemente se o pagamento é feito a residentes ou não residentes.

De acordo com o artigo 24 (4), salvo nos casos de aplicação dos artigos 9 (1)³⁰⁶, 11 (6)³⁰⁷ e 12 (4)³⁰⁸, que limitam a dedução dos juros, dos *royalties*, e de outros desembolsos pagos em contratações realizadas entre partes relacionadas com condições mais vantajosas, o pagamento dos juros, dos *royalties* e de outros rendimentos, se feitos por uma empresa de um Estado Contratante a um residente do outro Estado Contratante, serão dedutíveis nas mesmas condições do que aquelas contratadas com residentes do primeiro Estado.

³⁰⁵ De acordo com o item 79 aos Comentários ao artigo 24 Convenção Modelo da OCDE: Clearly, however, such a domestic law rule could be in violation of paragraph 4 to the extent that different conditions would apply for the deduction of interests paid to residents and non-residents and it will therefore be important to determine, for purposes of that paragraph, whether the application of the rule is compatible with the provisions of paragraph 1 of Article 9 or paragraph 6 of Article 11. 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 em 11 de janeiro de 2023.

³⁰⁶ Ajuste arm's length. Art. 9 (1). Where a) an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or b) the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State, and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly. 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 em 11 de janeiro de 2023.

³⁰⁷ Qualificação como dividendos na legislação interna, por exemplo, do excesso dos juros pagos pelo mutuário residente em um Estado contratante para o mutuante residente no outro Estado contratante, caso o contrato, realizado entre partes relacionadas, não siga o padrão arm's length. 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 em 11 de janeiro de 2023.

³⁰⁸ Qualificação como dividendos na legislação interna, por exemplo, do excesso dos *royalties* pagos pelo mutuário residente em um Estado contratante para o mutuante residente no outro Estado contratante, caso o contrato, realizado entre partes relacionadas, não siga o padrão arm's length. 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 em 11 de janeiro de 2023.

O conflito entre os parágrafos 4 e 5 do artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE pode ser resolvido da seguinte maneira: quando as regras internas de subcapitalização aplicam-se apenas a pagamentos realizados a não residentes que detenham ou controlem o capital da empresa residente, o artigo 24 (5), por ser mais específico do que o artigo 24 (4), deve ser aplicado. Por outro lado, se as regras internas se aplicam a pagamento de juros realizados a não residentes, sejam eles, ou não, controladores ou detentores do capital da sociedade que paga referida despesa financeira, o artigo 24 (4) deve ser aplicado.

A OCDE, nos Comentários ao artigo 24 (4)³⁰⁹, dispôs que esse parágrafo pretende impedir a seguinte forma específica de discriminação: o fato de não haver, em certos países, restrições à dedução de juros, *royalties* e outros desembolsos quando o beneficiário é residente, enquanto referidas restrições se aplicam quando o beneficiário é não residente.

Antes de 2008, os Comentários à Convenção Modelo da OCDE dispunham que a aplicação do artigo 24 (4) da Convenção dizia respeito às regras de subcapitalização que tinham o efeito de recharacterizar juros para dividendos. O Comitê para assuntos fiscais da Organização concordou, porém, que muitas vezes as regras de subcapitalização têm o efeito de não permitir ou diferir a dedução de juros, ao invés de recharacterizá-los como dividendos. Desse modo, o Comitê admitiu que seria melhor modificar o parágrafo para esclarecer que o dispositivo se aplicaria de forma mais abrangente³¹⁰.

De acordo com os Comentários à Convenção Modelo da OCDE, o artigo 24 (4) da Convenção Modelo da OCDE não impede que os países prevejam regras de subcapitalização em suas legislações internas, desde que tais regras sejam compatíveis com o padrão *arm's length*.

Nesse ponto, Ramon Tomazela SANTOS³¹¹ explica que as regras brasileiras de subcapitalização, previstas na Lei n. 12.249/2010, não são compatíveis com os artigos 9 e 24 (4) da Convenção Modelo da OCDE, pois não permitem que o contribuinte demonstre que os juros firmados nos contratos de mútuo foram pactuados de acordo com o padrão *arm's length*.

³⁰⁹ OECD. **Model tax convention on income and on capital: condensed version**. Op. cit., p. 424-425.

³¹⁰ OECD. Centre for tax policy and administration. **Application and interpretation of article 24 (non-discrimination)**. Public discussion draft. 3 May 2007. Accessed on February 19, 2022. Available at oecd.org/ctp/treaties/38516170.pdf.

³¹¹ SANTOS, Ramon Tomazela. As regras brasileiras de subcapitalização e os acordos internacionais de bitributação – a incompatibilidade da Lei nº 12.249/2010 com o princípio *arm's length* e com a cláusula de não discriminação. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2015. p. 123.

Os Comentários ao artigo 9 da Convenção Modelo da OCDE dispõem que o referido dispositivo é relevante para determinar se a taxa de juros prevista em um contrato de empréstimo está de acordo com o padrão *arm's lenght* ou para certificar se um empréstimo *prima facie* pode ser considerado um empréstimo ou deve ser considerado algum outro tipo de pagamento, como um aporte de capital³¹².

A OCDE, no documento intitulado “Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions”³¹³, estabelece métodos dos mais variados para o cálculo da taxa de juros de acordo com o padrão *arm's lenght*, entre eles o CUP method (equivalente ao método PIC), em que o preço parâmetro é calculado a partir da análise de transações semelhantes (são relevantes, nesse caso, as características do empréstimo — como o montante emprestado, data de vencimento, moeda, *rating* do mutuário etc. —) e a opinião de bancos independentes (“*bankability*”), pelo qual determinada instituição financeira independente declara qual taxa de juros aplicaria à operação.

Assim, a legislação brasileira de subcapitalização somente seria compatível com o artigo 24 (4) da Convenção Modelo da OCDE caso permitisse que o contribuinte demonstrasse que a taxa de juros foi pactuada de acordo com os parâmetros de mercado (alguns deles propostos pela própria OCDE, conforme exemplificado acima).

As regras brasileiras de subcapitalização violam o artigo 24 (4) da Convenção Modelo da OCDE porque não são aplicáveis aos empréstimos realizados entre pessoas vinculadas no País.

De fato, o objetivo das regras de subcapitalização não é apenas impedir a transferência de lucros ao exterior, como aponta Alexander RUST³¹⁴, mas evitar que empresas nacionais se tornem altamente alavancadas, o que não é bom para a economia de um país. Como as regras brasileiras de subcapitalização não se aplicam nas transações internas e não permitem que o contribuinte demonstre que a taxa de juros foi fixada de acordo com os parâmetros de mercado, há clara violação ao artigo 24 (4) da Convenção Modelo da OCDE.

Necessário destacar, por fim, que alguns tratados contra a bitributação firmados pelo Brasil estabelecem em protocolo que o artigo 24 é compatível com as regras

³¹² 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 em 11 de janeiro de 2023.

³¹³ OECD. **Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions**. Fev. 2020. Disponível em <https://www.oecd.org/tax/beps/transfer-pricing-guidance-on-financial-transactions-inclusive-framework-on-beps-actions-4-8-10.pdf>. Acesso em 18 de maio de 2022.

³¹⁴ RUST, Alexander. **International Tax Neutrality and Non-Discrimination – A Legal Perspective in Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics**. Op. cit.

de subcapitalização. Tal não ocorre, porém, com os tratados firmados com Bélgica, China, Coreia do Sul, Suíça, Trinidad e Tobago, Emirados Árabes e Ucrânia.

Nesses casos, entendemos que as regras de subcapitalização previstas na Lei 12.249/2010 violam o artigo 24 (4).

3. A REGRA DE NÃO DISCRIMINAÇÃO EM FUNÇÃO DA RESIDÊNCIA DOS TITULARES DO CAPITAL NOS ACORDOS PARA EVITAR A BITRIBUTAÇÃO E A LEGISLAÇÃO FISCAL BRASILEIRA

Neste capítulo, serão demonstradas algumas hipóteses em que a referida cláusula de não discriminação pode ou não ser invocada no contexto jurídico brasileiro. Para tanto, serão analisadas — sem a pretensão de esgotar as hipóteses em que as regras brasileiras de tributação são compatíveis ou não com tal cláusula — a compatibilidade do artigo 24 (5) com as regras brasileiras de preços de transferência, ágio, dedutibilidade de *royalties* e Simples Nacional.

Além disso, é necessário verificar a correlação desse dispositivo com o artigo 24 (6) da Convenção Modelo da OCDE, segundo o qual “as disposições do presente artigo (não discriminação), sem prejuízo do disposto no artigo 2º, aplicam-se aos impostos de qualquer espécie e natureza.

De fato, os acordos de bitributação que preveem referido dispositivo devem ser lidos no sentido de que a detenção ou o controle do capital da empresa subsidiária localizada no outro Estado contratante não pode implicar cobrança distinta de quaisquer tributos e obrigações acessórias, sejam tais tributos e obrigações incidentes, ou não, sobre o capital e a renda.

3.1 Aspectos introdutórios

Com base nas premissas firmadas nos capítulos anteriores, o objetivo do presente capítulo é correlacionar a regra de não discriminação prevista no parágrafo 5 do artigo 24 com as regras brasileiras de tributação. Pretende-se, nesta parte, estudar casos em que a regra de não discriminação prevista nesse parágrafo foi ou poderia ser invocada perante as cortes administrativas e judiciais brasileiras.

3.1.1 As regras de preços de transferência no Brasil e a não discriminação prevista no parágrafo 5 do artigo 24

No Brasil, as regras de preços de transferência são regidas pela Lei 9.430/1996, que determina que as empresas devem adicionar (ou excluir) da apuração do lucro real a diferença entre o preço parâmetro indicado pela legislação e o efetivamente praticado na venda de bens, serviços, direitos e na contratação de mútuo por partes associadas (conforme art. 23 da Lei 9.430/1996³¹⁵).

As referidas regras — arts. 18 a 24-B da Lei 9.430/1996 e Instrução Normativa 1.312/2012 — indicam preços mínimos e máximos que devem ser praticados em transações entre partes associadas, para evitar a transferência artificial de lucros de uma jurisdição (geralmente, com tributação maior) a outra (geralmente, com tributação menor).

Em outras palavras, as transações de/para entidades associadas no exterior devem ser realizadas de acordo com os mesmos termos e condições aplicáveis às transações realizadas com terceiros não associados (princípio *arm's length*)³¹⁶.

Pode parecer que as regras brasileiras de preços de transferência conflitam com o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE/ONU, pelas seguintes razões: a) a legislação brasileira de preços de transferência somente é aplicável em transações com partes localizadas no exterior; b) alguns métodos previstos na legislação brasileira não seguem o padrão *arm's length*; c) tais regras podem resultar em tratamento distinto ou mais gravoso às sociedades detidas ou controladas por não residentes.

³¹⁵ Art. 24. Sem prejuízo do disposto no art. 22 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, os juros pagos ou creditados por fonte situada no Brasil à pessoa física ou jurídica, **vinculada nos termos do art. 23 da Lei nº 9.430**, de 27 de dezembro de 1996, residente ou domiciliada no exterior, não constituída em país ou dependência com tributação favorecida ou sob regime fiscal privilegiado, somente serão dedutíveis, para fins de determinação do lucro real e da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, quando se verificar que constituírem despesa necessária à atividade, conforme definido pelo art. 47 da Lei nº 4.506, de 30 de novembro de 1964, no período de apuração. BRASIL. **Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996**. Op. cit.

³¹⁶ A definição de “pessoas relacionadas” (Lei n. 9.430/96, art. 23) abrange não apenas uma relação de controle direto ou indireto entre uma empresa brasileira e estrangeira (controladora, controlada ou sob controle comum), mas também as seguintes situações: (a) uma relação filial-sede; (b) Um juro direto de capital social de pelo menos 10%; (c) Participação acionária de pelo menos 10% tanto nas empresas brasileiras quanto nas estrangeiras detidas pela mesma pessoa jurídica ou pessoa física; (d) A participação acionária detida por uma empresa brasileira e uma empresa estrangeira em uma terceira empresa totalizando pelo menos 10%; (e) Associação em joint venture não incorporada entre uma empresa brasileira e estrangeira; (f) Um contrato exclusivo de agência ou distribuição (ou relação contínua do tipo, embora não derivada de um contrato formal) entre uma empresa brasileira e uma empresa estrangeira (ainda que apenas para parte do território de um determinado país, incluindo o Brasil); (g) A mesma pessoa atua como Presidente ou Diretor Executivo das empresas brasileiras e estrangeiras ou como oficial de ambos com poder de decisão.

De fato, a legislação brasileira de preços de transferência somente é aplicável em transações com partes localizadas no exterior, ao contrário do que ocorre com outros países, como a Espanha³¹⁷, que aplica a sua legislação em operações internas e internacionais. Enquanto a aplicação das referidas regras, nas operações internacionais, tem o objetivo de impedir a transferência de lucros para outras jurisdições, nas operações internas seu objetivo é obrigar que as operações entre partes relacionadas sejam realizadas a valor de mercado.

Nas operações internas realizadas no território brasileiro, podem incidir as regras de distribuição disfarçada de lucros (“DDL”)³¹⁸, mas o seu escopo é limitado, pois não estabelecem, por exemplo, taxas de juros mínimas e máximas que podem ser pactuadas nos contratos de mútuo celebrados entre partes associadas, localizadas no País (referidos contratos podem ser pactuados, inclusive, sem a previsão de juros).

No que diz respeito ao segundo ponto, alguns métodos previstos na lei brasileira de preços de transferência, como postas hoje, não seguem o padrão *arm's lenght*, pois as margens estão desatualizadas e o sistema de questionamento, previsto no art. 20 da Lei n. 9.430/1995 (que permite a alteração das margens caso o contribuinte comprove que elas não se adequam à sua atividade), é pouco eficaz.

De fato, mesmo autores que defendem que as regras brasileiras de preços de transferência cumprem o padrão *arm's lenght* admitem que o sistema precisa ser aprimorado³¹⁹. SCHOUERI e GALENDI³²⁰ destacam que as margens fixas somente podem ser conciliadas com o padrão *arm's lenght* se forem refutáveis, o que, embora teoricamente possível, não tem sido uma prática no Brasil.

Note que as regras de preços de transferência de juros nem sequer permitem que os contribuintes demonstrem que a taxa utilizada no contrato corresponde àquela adotada no mercado.

³¹⁷ Artículo 18 de la Ley 27_2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades e artículos 13 a 36 de la Real Decreto 634/2015, de 10 de julio de 2015. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2014-12328>. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

³¹⁸ Arts. 61 e 62. BRASIL. **Decreto-Lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

³¹⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo et al. **Brazilian TP: missed opportunities ahead**. Kluwer International Tax Blog, 2019. Disponível em <http://kluwertaxblog.com/2019/07/30/brazilian-tp-missed-opportunities-ahead/>. Acesso em 4 de novembro de 2019.

³²⁰ SCHOUERI, Luís Eduardo; GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Brazil - Challenges to Brazilian Transfer Pricing Rules upon Accession to the OECD. **International Transfer Pricing Journal**, v. 26, p. 1-19, 2019.

Para o cálculo do preço parâmetro de juros, a Lei n. 9.430/96 estabelece que a empresa mutuante, no Brasil, deverá reconhecer como receita financeira derivada da operação (art. 22, § 1º) o valor resultante da aplicação da (a) taxa Libor pelo prazo de 6 (seis) meses³²¹, utilizada geralmente para operações em Euro, ou (b) a cotação de mercado dos títulos soberanos da República Federativa do Brasil emitidos no mercado externo em dólares (art. 22, § 6º, I) ou reais (art. 22, § 6º, II), dependendo da moeda adotada na operação (reais ou dólares), cuja alíquota é acrescida de *spread* de 2,5% (art. 2º da Portaria MF 427/2013).

Na hipótese em que a mutuária está no Brasil, o cálculo do preço parâmetro é o mesmo que o referido acima, mas a margem do *spread* é de 3,5% (art. 1º da Portaria MF 427/2013).

Portanto, não há qualquer possibilidade de o contribuinte refutar os preços parâmetros estabelecidos pelo legislador.

Em relação ao terceiro ponto, as regras de preços de transferência podem resultar em tratamento distinto ou mais gravoso às sociedades detidas ou controladas por não residentes, quando comparado ao tratamento concedido às sociedades detidas ou controladas por residentes, pois tais regras incidem apenas sobre operações internacionais.

Repita-se que os mútuos celebrados internamente podem ser pactuados sem a previsão de juros. Tal não ocorre com os mútuos celebrados com partes vinculadas no exterior. Se o mutuante estiver no Brasil, ele deverá adicionar, na sua apuração do imposto de renda, a diferença entre o preço parâmetro e o preço praticado (que, nesse caso, é zero).

Apesar dos pontos levantados acima (a legislação brasileira de preços de transferência somente é aplicável em transações com partes localizadas no exterior, alguns métodos não seguem o padrão *arm's lenght* e tais regras podem resultar em tratamento distinto ou mais gravoso às sociedades detidas ou controladas por não residentes), entendemos que as regras de preços de transferência no Brasil não violam o

³²¹ Note que a Libor de 06 (seis) meses deixou de ser publicada. Tal situação tem causado dúvidas nas empresas acerca do cálculo do preço parâmetro para transações que não são realizadas em dólar. Ver: Valor Econômico. Os impactos do fim da Libor: a transição da Libor impacta não só cálculo do custo financeiro das operações externas, mas também os respectivos contratos de crédito e de garantias, e seus registros regulatórios. LOPES, Lúcio F.; FERLA, Fernanda; FREITAS, Andréa. Os impactos do fim da Libor. **Valor Econômico**, São Paulo, 04 de abril de 2022. Editorial Gobo. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2022/05/04/os-impactos-do-fim-da-libor.ghtml>. Acesso em 15 de maio de 2022.

artigo 24 (5) da Convenção, pois não concedem tratamento diferenciado com base, unicamente (“*solely based*”), no fato de o estrangeiro deter ou controlar o capital da sociedade no País.

Conforme pontuado nos capítulos anteriores, parece-nos correta a interpretação de que o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE/ONU somente será violado se o critério proibitivo estiver presente (controle ou detenção do capital da empresa por não residente) e tal critério for o motivo do tratamento distinto, ainda que, junto a ele, referida regra preveja outro critério de discriminação.

Como visto, tal critério não é a causa do tratamento discriminatório previsto na legislação brasileira de preços de transferência, pois ditas regras são aplicáveis nas mais diversas hipóteses e não somente nas situações em que o controlador ou detentor, localizado no exterior, participa no capital da empresa brasileira.

Como destaca Ramon Tomazela SANTOS³²², “o conceito de pessoa vinculada para fins de aplicação das regras de preços de transferência é bastante amplo, pois abrange relações alheias à mera participação societária”.

De fato, as regras brasileiras de preços de transferência aplicam-se em transações realizadas por pessoas vinculadas a pessoa jurídica, entendidas como tais (art. 23 da Lei 9.430/1996):

- i) a matriz desta, quando domiciliada no exterior;
- ii) a sua filial ou sucursal, domiciliada no exterior;
- iii) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, cuja participação societária no seu capital social a caracterize como sua controladora ou coligada;
- iv) a pessoa jurídica domiciliada no exterior que seja caracterizada como sua controlada ou coligada;
- v) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que, em conjunto com a pessoa jurídica domiciliada no Brasil, tiver participação societária no capital social de uma terceira pessoa jurídica, cuja soma as caracterizem como controladoras ou coligadas desta;
- vi) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que seja sua associada, na forma de consórcio ou condomínio, conforme definido na legislação brasileira, em qualquer empreendimento;

³²² SANTOS, Ramon Tomazela. “As regras de subcapitalização introduzidas pela Lei 12249/10”. **Rev. Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, jan. 2011, v.184, p.116-127.

vii) a pessoa física residente no exterior que for parente ou afim até o terceiro grau, cônjuge ou companheiro de qualquer de seus diretores ou de seu sócio ou acionista controlador em participação direta ou indireta;

viii) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, que goze de exclusividade, como seu agente, distribuidor ou concessionário, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos;

ix) a pessoa física ou jurídica, residente ou domiciliada no exterior, em relação à qual a pessoa jurídica domiciliada no Brasil goze de exclusividade, como agente, distribuidora ou concessionária, para a compra e venda de bens, serviços ou direitos.

Além disso, as regras brasileiras de preços de transferência aplicam-se em operações realizadas por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil, com pessoa física ou jurídica — ainda que não vinculada — residente ou domiciliada em país que não tribute a renda ou que a tribute a alíquota máxima inferior a 20% (vinte por cento).

Em resumo, o critério de distinção das regras brasileiras de preços de transferência não é o controle ou detenção do capital da empresa no Brasil pelo não residente. As regras se aplicam, também, nas seguintes relações: a) de exclusividade; b) quando há relação de parentesco; c) nos casos de consórcio ou condomínio; d) quando a operação é realizada com pessoas localizadas em regimes fiscais privilegiados ou países com tributação favorecida.

Além disso, as referidas regras se aplicam na situação inversa, quando a empresa brasileira controla ou detém o capital de outras empresas no exterior.

Por isso, tais regras, no nosso entender, não violam o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE/ONU.

Por fim, destaca-se que no dia 29.12.2022 foi publicada a Medida Provisória 1.152, que pretende alinhar as regras brasileiras de preços de transferência com o padrão da OCDE, com base nas seguintes motivações:

- i) possibilitar o ingresso do Brasil na OCDE;
- ii) adequar o Brasil aos padrões internacionalmente adotados, visando mitigar hipóteses de dupla tributação e dupla não tributação; e
- iii) aproximar as normas brasileiras ao padrão do Estados Unidos, em razão das novas regras de creditamento americanas.

Caso aprovada pelo Congresso, a MP entrará em vigor no ano de 2024, mas os contribuintes poderão aplicar os novos métodos já no ano-calendário de 2023. Entre

essas regras, destacam-se aquelas que pretendem revogar os métodos que preveem margens fixas para identificar o preço parâmetro.

Não obstante, ainda que a referida MP seja convertida em lei, entendemos que as novas regras não violariam o artigo 24 (5), por conta do conceito abrangente de pessoas vinculadas estabelecido no art. 4 da referida MP, que compreende, por exemplo, a pessoa natural que for cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, até o terceiro grau, de conselheiro, diretor ou controlador da entidade.

Nessa hipótese, pode-se dizer que o critério proibitivo estiver presente (controle ou detenção do capital da empresa por não residente), mas não é o motivo do tratamento distinto.

3.2 As regras de dedutibilidade do ágio

O ágio corresponde à diferença positiva entre o custo de aquisição do investimento em uma sociedade controlada ou coligada e o valor de patrimônio líquido deste investimento, na época da aquisição.

São diversas as razões pelas quais se adquire um investimento por montante superior ao valor do seu patrimônio líquido, entre as quais se sobressai a rentabilidade futura da investida. Imagine a Empresa “X” que queira adquirir o controle da Empresa “Y”. O valor de patrimônio líquido da Empresa “Y” é “100”, porém a Empresa “X”, considerando que irá implantar novas técnicas de gestão, reduzirá custos e agregará sinergias com seus próprios negócios (que poderão gerar maior rentabilidade no futuro), vê fundamento para pagar um preço de “100+10” por esse investimento. O sobrepreço pago (+10) corresponde ao ágio.

Caso clássico foi a compra do Banespa pelo Santander, no ano de 2000, em que o banco espanhol despendeu R\$ 7,5 bilhões para a aquisição do controle acionário do banco paulista, com ágio de 281% sobre o preço mínimo de R\$ 1,85 bilhão fixado pelo Banco Central para a parcela leiloada, considerado o “maior valor em reais já pago em uma privatização no Brasil”³²³.

O fundamento para o pagamento a maior, à época, foi que o banco necessitava dessa fatia de mercado para atuar de forma escalonada no Brasil, por meio do

³²³ SANTOS, Chico; CLEMENTE, Isabel. Santander surpreende e leva o Banespa na privatização mais cara da história. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 21 de novembro de 2000, Mercado. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2111200002.htm>. Acesso em 14 de setembro de 2022.

aproveitamento da cartela de clientes do banco brasileiro, agências e outros ativos necessários para a expansão do banco estrangeiro no País.

Conforme apontou BULHÕES PEDREIRA³²⁴, ágio é custo incorrido pela empresa investidora para adquirir a empresa investida, que corresponde ao direito de participar em valores que não estão registrados na sua escrituração. Na medida em que a controlada ou a coligada realiza esse valor e o computa no resultado, a investidora recupera o capital por ela aplicado.

Luís Eduardo SCHOUERI³²⁵ ensina, por sua vez, que o ágio representa “em noção comum, algo que se paga por um bem, em montante superior ao que seria o parâmetro esperado”.

No direito brasileiro, a figura do ágio foi prevista no art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77³²⁶, que o definiu como a diferença positiva entre o custo de aquisição de investimento e o valor do patrimônio contábil da investida.

Atualmente, o ágio por rentabilidade futura em combinações de negócios é regulamentado, na seara contábil, pelo IFRS 3. Com base nessa norma, o CPC editou o Pronunciamento Técnico 15 (“CPC 15”), que foi aprovado pela Resolução do CFC 1.175, de 24 de julho de 2009, e pela Deliberação da CVM 580, de 31 de julho de 2009.

A Lei n. 12.973/2014, em linha com as novas regras contábeis, modificou as normas de dedução do ágio ou deságio ao estabelecer nova redação ao art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77. De acordo com a legislação atual, o contribuinte que avaliar investimento pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação societária, desdobrar o custo de aquisição em:

- i) valor de patrimônio líquido na época da aquisição;

³²⁴ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **Finanças e demonstrações financeiras da companhia**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 704.

³²⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)**. São Paulo: Dialética, 2012, p. 13.

³²⁶ Art. 20. O contribuinte que avaliar investimento em sociedade coligada ou controlada pelo valor de patrimônio líquido deverá, por ocasião da aquisição da participação, o custo de aquisição em: I - valor de patrimônio líquido na época da aquisição, determinado de acordo com o disposto no artigo 21; e II - ágio ou deságio na aquisição, que será a diferença entre o custo de aquisição do investimento e o valor de que trata o número I. § 1º - O valor de patrimônio líquido e o ágio ou deságio serão registrados em subcontas distintas do custo de aquisição do investimento. § 2º - O lançamento do ágio ou deságio deverá indicar, dentre os seguintes, seu fundamento econômico: a) valor de mercado de bens do ativo da coligada ou controlada superior ou inferior ao custo registrado na sua contabilidade; b) valor de rentabilidade da coligada ou controlada, com base em previsão dos resultados nos exercícios futuros; c) fundo de comércio, intangíveis e outras razões econômicas. § 3º - O lançamento com os fundamentos de que tratam as letras a e b do § 2º deverá ser baseado em demonstração que o contribuinte arquivará como comprovante da escrituração”. BRASIL. **Decreto-lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977**. Altera a legislação do imposto sobre a renda. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

ii) mais ou menos valia, que corresponde à diferença entre o valor justo dos ativos líquidos da investida, na proporção da porcentagem da participação adquirida, e o valor do patrimônio líquido na época da aquisição do investimento;

iii) e ágio por rentabilidade futura (*goodwill*), que corresponde à diferença entre o custo de aquisição do investimento e o somatório dos valores do patrimônio líquido na época da aquisição (item I) e da mais ou menos valia dos ativos líquidos da investida (item II).

Contabilizado o investimento, a despesa de amortização do ágio, por expressa determinação legal (Lei n. 9.532/97, art. 7º, III³²⁷), pode ser excluída do lucro líquido da investidora depois de realizado o evento de incorporação, fusão ou cisão.

O legislador previu que a dedução do ágio pressupõe evento de incorporação, fusão ou cisão por conta da necessidade de o contribuinte confrontar despesas (referentes ao custo incorrido para adquirir o investimento) com receitas do período (*matching principle*), a fim de que não haja quaisquer distorções.

Caso contrário, os valores apurados no resultado da investidora seriam fictícios, pois a investidora, que adquiriu o investimento com ágio, refletiria as despesas na sua contabilidade, reduzindo o lucro passível de distribuição, quando na verdade tais despesas deveriam ser neutralizadas pela receita decorrente das operações executadas pelo negócio adquirido – rentabilidade futura.

Para Luís Eduardo SCHOUERI³²⁸, enquanto não ocorre a realização do investimento ou a incorporação das empresas, o único reflexo decorrente da participação societária detida pela investidora é o resultado da equivalência patrimonial. No entanto, o resultado positivo da equivalência patrimonial é receita operacional não tributável, e, como tal, não resulta em qualquer efeito fiscal na pessoa jurídica investidora.

Para o autor³²⁹, “o ágio nada mais é que o pagamento antecipado de um lucro que se esperava vir a ser auferido no futuro (...) em outras palavras, estima-se que o

³²⁷ Art. 7º A pessoa jurídica que absorver patrimônio de outra, em virtude de incorporação, fusão ou cisão, na qual detenha participação societária adquirida com ágio ou deságio, apurado segundo o disposto no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977: (...) III – poderá amortizar o valor do ágio cujo fundamento seja o de que trata a alínea “b” do § 2º do art. 20 do Decreto-lei nº 1.598, de 1977, nos balanços correspondentes à apuração de lucro real, levantados posteriormente à incorporação, fusão ou cisão, à razão de um sessenta avos, no máximo, para cada mês do período de apuração. BRASIL. **Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997**. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19532.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

³²⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)**. Op. cit.

³²⁹ Ibidem. p. 25.

investimento continue a render lucros por um determinado período, já que não é razoável estimar que se vá auferir lucros infinitamente”.

Uma vez que a receita que corresponde ao ágio não é tributada na investidora, seria um contrassenso que a legislação permitisse a dedutibilidade do ágio enquanto não ocorresse o evento crítico da incorporação, da fusão ou da cisão.

Há quem encontre fundamento para a dedução do ágio com base no seguinte argumento: o comando previsto no art. 25 do Decreto-lei 1.598/77 não decorre do fato de que o resultado de equivalência patrimonial é neutro para fins fiscais, mas da constatação de que o custo de aquisição do investimento permanece registrado no ativo da pessoa jurídica enquanto não houver nenhum evento de realização que justifique o seu trânsito por resultado.

BIANCO³³⁰, por exemplo, entende que a dedução do ágio tem base na mesma regra aplicável a qualquer outro bem de capital adquirido pela pessoa jurídica, que não esteja sujeito à depreciação, amortização ou exaustão, como ocorre, por exemplo, com um terreno.

Independentemente da posição adotada, fato é que o art. 7º da Lei n. 9.532/1997 limitou a forma de reconhecimento da perda incorrida na aquisição de investimento com ágio, ao estabelecer que, no caso de liquidação do investimento por meio de fusão, cisão ou incorporação de controlada ou de coligada por seu controlador ou sócio, ou vice-versa, o ágio será excluído do lucro real da empresa resultante da junção à razão de, no mínimo, 20% ao ano (1/60 para cada mês).

À luz do princípio da renda líquida, os referidos dispositivos (art. 7º da Lei n. 9.532/1997 e art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77) devem ser interpretados como mera tautologia do conceito geral pelo qual as despesas e os custos são dedutíveis da apuração do IRPJ e da CSL apenas se necessários e usuais à atividade da empresa.

Como a aquisição de investimento com ágio não é mera liberalidade da empresa, mas verdadeiro custo incorrido para expandir o seu negócio e reestruturar a sua atividade, fica evidente que referido custo não pode ser considerado benefício fiscal.

No direito positivo brasileiro, a personalidade jurídica das pessoas jurídicas deve ser considerada de forma individual. A Lei das S/A (Lei n. 6.404/1976) trata as

³³⁰ BIANCO, João Francisco in *Controvérsias jurídico-contábeis* / org. Alexandre Evaristo Pinto, 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

demonstrações consolidadas como uma espécie de complemento às demonstrações individuais, tão somente para fins de divulgação, sem qualquer efeito societário³³¹.

No passado, houve tentativa de implementar o regime de tributação consolidada no Brasil, por meio do art. 2º do DL 1.598/77³³², que estabelecia que duas ou mais sociedades com sede no País poderiam optar pela tributação em conjunto, desde que entre elas houvesse uma relação de comando. De acordo com a exposição de motivos do referido Decreto, o dispositivo admitia que “diversas sociedades integrantes de grupo apresentem-se, para efeito de tributação do imposto de renda, como um único contribuinte”. Ocorre que referido dispositivo foi revogado pelo Decreto-lei n. 1.648/1978.

Por conta da *separate entity doctrine*, todas as empresas reconhecem no seu resultado os efeitos decorrentes de operações ocorridas entre entidades do mesmo grupo. Conforme ensinam Eliseu MARTINS e Sérgio de IUDÍCIBUS³³³, “as empresas sempre reconheceram lucro nas vendas de matérias-primas, de mercadorias ou produtos outros em transações de controladora para controlada, de controlada para controladora e entre controladas do mesmo grupo (...) mas, nos balanços individuais de cada controlada, todos os lucros (ou prejuízos) ficavam devidamente reconhecidos”.

As receitas e despesas devem ser reconhecidas contabilmente nas transações intragrupo; da mesma forma que o custo incorrido e o ganho de capital auferido em

³³¹ Art. 249. A companhia aberta que tiver mais de 30% (trinta por cento) do valor do seu patrimônio líquido representado por investimentos em sociedades controladas deverá elaborar e divulgar, juntamente com suas demonstrações financeiras, demonstrações consolidadas nos termos do artigo 250. Parágrafo único. A Comissão de Valores Mobiliários poderá expedir normas sobre as sociedades cujas demonstrações devam ser abrangidas na consolidação, e: a) determinar a inclusão de sociedades que, embora não controladas, sejam financeira ou administrativamente dependentes da companhia; b) autorizar, em casos especiais, a exclusão de uma ou mais sociedades controladas. BRASIL. **Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre a Sociedade por Ações. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

³³² Art. 2º. Duas ou mais sociedades com sede no País podem optar pela tributação em conjunto, desde que satisfaçam aos seguintes requisitos: I - sejam a sociedade de comando e uma ou mais afiliadas de grupo de sociedades constituído nos termos do Capítulo XXI da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976; II - uma controle a outra, ou outras, e a controladora seja titular, direta ou indiretamente, de 80% ou mais do capital com direito a voto da sociedade ou sociedades controladas. § 1º - Somente podem optar pela tributação em conjunto as sociedades cujos exercícios sociais terminem na mesma data, que estejam sujeitas à alíquota geral de 30% e que satisfaçam aos requisitos deste artigo no término do período-base da incidência do imposto anual e no início do exercício financeiro em que o imposto for devido. § 2º - Não serão computadas, para efeito de determinar a porcentagem de que trata o item II, as ações com direito a voto em tesouraria, as quotas liberadas de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, e, no caso de participação recíproca entre controladas, as ações com direito a voto ou quotas do capital de uma controlada possuídas pela outra. BRASIL. **Decreto-lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977**. Op. cit.

³³³ MARTINS, Eliseu e IUDÍCIBUS, Sérgio de. “Ágio interno é um mito?”. In MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alexandro Broedel. **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2013, v. 4. pp. 88-103.

transações com ativos devem ser registrados na contabilidade da alienante e da adquirente, ainda que elas sejam parte do mesmo grupo econômico.

Com base nesse raciocínio é que devem ser interpretados o art. 7º da Lei n. 9.532/97 e o art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77.

Disso resulta que a dedutibilidade do ágio não é benefício fiscal concedido pelo legislador ao contribuinte, mas verdadeiro direito do contribuinte de deduzir seus custos e suas despesas na apuração do lucro tributável.

Por isso, não prospera a tese da administração tributária³³⁴ no sentido de que o art. 7º da Lei n. 9.532/1997 exige que a confusão patrimonial se suceda entre o “real adquirente” — a empresa que originalmente desembolsou os recursos para a aquisição do investimento — e a sociedade adquirida.

De fato, o art. 7º da Lei n. 9.532/97 não dispôs que a dedutibilidade do ágio somente poderia ocorrer caso a incorporação, fusão ou cisão se sucedesse entre a suposta “real investidora” — a empresa que originalmente desembolsou os recursos para a aquisição do investimento — e a empresa investida.

Além disso, a legislação não limitou o direito de dedução do ágio nas operações de compra e venda de quotas ou ações (ou seja, referida dedução também ocorre se a aquisição do investimento ocorrer por meio de integralização de capital com participações societárias, ao invés de pagamento em dinheiro).

Ou seja, mesmo que o grupo entenda relevante constituir uma *holding* no Brasil para aproveitar o ágio fiscal, por meio de um aporte das quotas ou ações da empresa operacional, tal reorganização resultará em custo fiscal, que deverá ser deduzido da base de cálculo do IRPJ e da CSL.

Os conselheiros do Carf, no julgamento dos Casos “Cacique” (Acórdão n. 1201-000.242, proferido na sessão de 10/12/2016, pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção do Carf) e “Três Corações” (Acórdão n. 1201-001.267, proferido na sessão de 19/01/2016, pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 1ª Seção do Carf) afirmaram a impropriedade da tese de que para a dedução do ágio amortizado é necessário haver um encontro de contas entre a “real investidora” e a empresa investida.

Ocorre que há decisões relevantes do Carf e do Poder Judiciário³³⁵ no sentido de que o referido dispositivo (art. 7º da Lei n. 9.532/1997) exige a confusão patrimonial entre a empresa operação e a “real adquirente”. Tal condição, criada pela jurisprudência,

³³⁴ Ver, por exemplo, Acórdão nº 9101003.344, rel. Cons. André Mendes de Moura, j. 17.01.2018.

³³⁵ Ibidem. Ver, ainda, TRF 2 Processo n. 5043898-42.2019.4.02.5101.

inviabiliza o aproveitamento de referida dedução fiscal por empresas estrangeiras, por conta das dificuldades operacionais para executar uma incorporação internacional.

Nesse cenário, torna-se relevante a seguinte questão: a referida condição viola o artigo 24 (5) dos tratados tributários firmados pelo Brasil?

3.2.1 *O regime jurídico do ágio e a regra do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE*

Conforme pontuado anteriormente, a administração tributária tem posição firme no sentido de que a dedutibilidade do ágio pressupõe a incorporação entre a sociedade investida e aquela que efetivamente adquiriu o investimento com ágio. Tal posicionamento tem sido adotado em decisões relevantes do Carf e do Poder Judiciário.

Ocorre que nem todos os setores têm o privilégio de proceder a uma reestruturação societária em que a empresa que originalmente desembolsa os recursos financeiros para aquisição de um investimento incorpora a empresa investida, ou vice-versa.

A utilização de empresa dita intermediária é condição imprescindível, por exemplo, para que um grupo estrangeiro adquira um investimento no Brasil e o grupo empresarial, em sua totalidade, possa aproveitar a dedução do custo que obteve com esse investimento.

De fato, há razões econômicas para que o investidor estrangeiro constitua uma *holding* no Brasil, entre elas o fato de que, por meio dessa *holding*, o investidor pode obter financiamento junto a instituições financeiras em moeda nacional para viabilizar a materialização da combinação de negócios pretendida³³⁶, como ocorre nas estruturas alavancadas (*leveraged buyout*), nas quais os investidores estrangeiros buscam vincular o endividamento aos ativos operacionais adquiridos, que servem como garantia da própria operação de compra³³⁷.

Conforme pontua Guilherme NEVES³³⁸, em trabalho de dissertação da FGV, o investidor poderia efetuar a captação diretamente em moeda estrangeira, mas nesse caso

³³⁶ NEVES, Guilherme. **O ágio e a não discriminação do capital estrangeiro: utilização de *holdings* por não residentes como meio de permitir a sua dedução fiscal**. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 47.

³³⁷ *Ibidem*, p. 47.

³³⁸ *Ibidem*, p. 47.

estaria sujeito a uma exposição cambial maior, sendo razoável que a moeda da dívida contraída seja a mesma da unidade de negócios geradora de caixa.

Além disso, para a realização de uma OPA, é necessário que haja intermediação por instituição financeira, que é obrigada a garantir a liquidação financeira de tal oferta e, eventualmente, o pagamento do preço de compra, nos termos do § 4º do art. 7º da Instrução Normativa CVM n. 361/2002.

Por essa razão, continua o autor³³⁹, é praxe no mercado que as instituições financeiras intermediárias não permitam que sociedades estrangeiras sejam utilizadas como veículo para viabilizar a OPA, com o objetivo de impedir maiores dificuldades na execução de garantias³⁴⁰.

Note, ainda, que o § 3º do art. 2º da Lei n. 6.404/1976³⁴¹ autoriza a constituição de *holdings* com o objetivo de aproveitar benefícios fiscais.

Guilherme NEVES³⁴² afirma que, por questões gerenciais e negociais, as sociedades brasileiras não necessitam constituir *holdings* para atender ao requisito legal da incorporação, pois podem adquirir o investimento diretamente e executarem a reorganização posteriormente.

O autor entende que os investidores estrangeiros são discriminados em comparação com os investidores brasileiros, por não poderem realizar a incorporação diretamente, “salvo se houver uma incorporação internacional, operação societária complexa e atípica, que, na prática, torna inviável o exercício da opção fiscal”³⁴³.

3.2.2 Nossa opinião sobre o tema

Entendemos que a interpretação da administração tributária no sentido de que os arts. 7º da Lei n. 9.532/1997 e 20 do DL 1.598/1977 exigem que a incorporação, fusão ou cisão deve ocorrer entre a real adquirente e o investimento adquirido com ágio não viola o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, pois essa regra visa impedir a

³³⁹ NEVES, Guilherme. **O ágio e a não discriminação do capital estrangeiro: utilização de *holdings* por não residentes como meio de permitir a sua dedução fiscal.** Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 47. .

³⁴⁰ Ibidem. pp. 46-47.

³⁴¹ Art. 2º Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes. (...) § 3º A companhia pode ter por objeto participar de outras sociedades; ainda que não prevista no estatuto, a participação é facultada como meio de realizar o objeto social, ou para beneficiar-se de incentivos fiscais. BRASIL. **Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Op. cit.

³⁴² NEVES, Guilherme. **O ágio e a não discriminação do capital estrangeiro: utilização de *holdings* por não residentes como meio de permitir a sua dedução fiscal.** Op. cit., p. 50.

³⁴³ Idem, p. 50.

discriminação das empresas subsidiárias, residentes em determinado Estado contratante, e não dos titulares ou controladores do seu capital.

Guilherme NEVES³⁴⁴ tem razão ao apontar que a interpretação de que a incorporação, fusão ou cisão deve ocorrer entre a real adquirente e o investimento adquirido com ágio pode dificultar a internalização do investimento estrangeiro no País, por conta de todos os argumentos citados no tópico anterior.

Enquanto as empresas nacionais, por meio dessa interpretação (a “real adquirente” deve estar em um dos polos da operação societária), podem deduzir o custo incorrido com a aquisição de investimento com ágio da apuração do lucro real — basta realizar a incorporação, fusão ou cisão diretamente, sem a intermediação de empresa veículo —, os investidores estrangeiros teriam mais dificuldade para exercer essa opção.

De fato, há óbices significativos, inclusive regulatórios, que impedem ou pelo menos dificultam uma incorporação, fusão ou cisão internacional.

Há julgados importantes proferidos pelo Carf que validam as operações de *leveraged buyout*, isto é, em que o investidor adquire o controle societário da *target* com parcela substancial do preço incorrido suprida por meio de dívida tomada pelo comprador (nessa hipótese, conforme pontuado acima, o investidor pode obter financiamento junto a instituições financeiras em moeda nacional para viabilizar a materialização da combinação de negócios pretendida)³⁴⁵.

Não obstante, há outros julgados³⁴⁶ que analisaram operações realizadas no contexto das privatizações em que os julgadores impediram a dedutibilidade do ágio apurado por sociedade estrangeira sob o argumento de que a constituição de empresa veículo no Brasil inviabiliza o aproveitamento do ágio fiscal.

Nesses casos, essas empresas estrangeiras constituíram empresa veículo no Brasil por questões regulatórias, econômicas e (por que não?) para deduzir o ágio fiscal,

³⁴⁴ NEVES, Guilherme. **O ágio e a não discriminação do capital estrangeiro: utilização de *holdings* por não residentes como meio de permitir a sua dedução fiscal**. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 47.

³⁴⁵ Nesse sentido: BRASIL. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**. Processo 16561.720083/2014-45. Recurso de Ofício. Acórdão 1301-003.469. 3ª Câmara. 1ª Turma Ordinária. Relator: Carlos Augusto Daniel Neto. J. 20.11.2018. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em 11 de janeiro de 2023; Processo 16561.720001/2017-13. Recurso Voluntário / Recurso de Ofício. Acórdão 1401-003.082. 4ª Câmara. 1ª Turma Ordinária. Relator: Claudio de Andrade Camerano. J. 22.01.2019. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

³⁴⁶ Ver, por exemplo, Acórdão nº 9101003.344, rel. Cons. André Mendes de Moura, j. 17.01.2018.

por meio de aquisição de empresa operacional no Brasil que, ao final, foi incorporada pela empresa recém-constituída (dita veículo), ou vice-versa.

Ocorre que, mesmo com as dificuldades mencionadas acima, entendemos que a interpretação da administração tributária no sentido de que incorporação deve ser realizada entre a empresa operacional e a “real investidora” não viola o artigo 24 (5), pois a referida interpretação não discrimina as empresas brasileiras controladas ou detidas por sócios estrangeiros, mas sim o próprio investidor no exterior, único prejudicado, pois ele não pode considerar no preço de aquisição a parcela fiscal do ágio que, fosse ele residente ou nacional brasileiro, deduziria da apuração do lucro real.

O fato de haver questões regulatórias e econômicas que impedem o investidor estrangeiro de aproveitar o ágio fiscal diz respeito a ele mesmo, e não às sociedades brasileiras. De fato, é o investidor estrangeiro que recebe tratamento diferenciado (em relação ao investidor nacional).

Repita-se que a discriminação vedada pelo artigo 24 (5) é aquela em que um Estado contratante concede tratamento distinto ou menos favorável a uma empresa cujo capital seja detido ou controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes do outro Estado Contratante, e não ao seu sócio, localizado no exterior.

Soma-se a isso o fato de que tal interpretação (de que, para o aproveitamento do ágio, a incorporação deve ser realizada entre a sociedade operacional e a “real investidora”) não atinge somente as sociedades estrangeiras que constituem empresa no Brasil, mas as próprias sociedades brasileiras que constituem empresa veículo no País.

Ou seja, há decisões judiciais e administrativas que negam o direito de constituir empresa veículo no Brasil, independentemente do local de residência do sócio (Brasil ou exterior).

Por essas razões, não há como considerar que a referida interpretação da administração tributária, adotada por alguns julgados no Carf e no Judiciário, viola o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE. Tal interpretação viola, a nosso ver, o art. 7º da Lei n. 9.532/97, o art. 20 do Decreto-lei n. 1.598/77, o art. 43 do CTN e o inciso III do art. 153 da CF, mas não o artigo 24 (5).

3.3 As regras brasileiras de dedução de royalties

Nesse tópico, analisaremos se as regras brasileiras de dedução de *royalties* conflitam, ou não, com o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE.

No Brasil, o conceito de *royalties* está definido no art. 22 da Lei n. 4.506/64, que estabelece que *royalties* são rendimentos de qualquer espécie, decorrentes do uso, fruição e exploração de direitos, tais como: a) direito de colher ou extrair recursos vegetais, inclusive florestais; b) direito de pesquisar e extrair recursos minerais; c) uso ou exploração de invenções, processos e fórmulas e de marcas de indústria e comércio; d) exploração de direitos autorais, salvo quando percebidos pelo autor ou criador do bem ou obra.

O referido dispositivo se encaixava bem no contexto anterior à entrada em vigor da Lei n. 7.713/88, pois definia o conceito de *royalties* para fins de apuração do imposto de renda cedular das pessoas físicas (na época, apurava-se o rendimento líquido de cada cédula e aplicava-se a taxa respectiva, maior para rendimentos de capital e menor para rendimentos de trabalho³⁴⁷), regime que vigorou entre os anos de 1964 e 1988³⁴⁸.

Note que, antes mesmo da entrada em vigor desse dispositivo (art. 22 da Lei n. 4.506/64), o art. 74 da Lei n. 3.470/58 estabelecia que as quantias devidas a título de *royalties* pela exploração de marcas de indústria, de comércio e patentes de invenção, por assistência técnica, científica, administrativa ou semelhantes, poderiam ser deduzidas até o limite máximo de 5% (cinco por cento) da receita bruta do produto fabricado ou vendido.

Ponto importante é que o § 1º do art. 74 da Lei n. 3.470/58 dispunha que, mediante ato do Ministro da Fazenda, o referido percentual poderia ser revisto periodicamente, considerados os tipos de produção, atividade e o seu grau de essencialidade.

Com base nessa autorização — prevista no § 1º do art. 74 —, a Portaria 436/58 do Ministério da Fazenda fixou os mais diversos coeficientes para limitar a dedutibilidade dos *royalties* pagos pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação, despesas de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, tais como: 1% (um por cento) para o uso de marcas de indústria e comércio, ou nome comercial, em qualquer tipo de produção ou atividade, quando o uso da marca ou nome não seja decorrente da utilização de patente, processo ou fórmula de fabricação; 3% (três

³⁴⁷ BRASIL. Receita Federal. **Cálculo do imposto**. Disponível em <https://receita.fazenda.gov.br/historico/80anosir/Textos/1926/3.htm?InFrame=Out>. Acesso em 26 de outubro de 2022.

³⁴⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo; BEZ-BATTI, Gabriel. **Brazilian report. Taxation of Interest Under Domestic Law: EU Law and Tax Treaties**. Amsterdam: IBFD, 2022.

por cento) para material elétrico, 3,5% para calçados e semelhantes, 4% para produtos farmacêuticos e 5% para energia elétrica, combustíveis, material de transportes etc.

Posteriormente, as Portarias 113/59, 314/70 e 60/94 foram editadas para incluir outros percentuais de limitação, que diziam respeito a setores e atividades diversas.

Tais portarias agrupam, de um lado, os *royalties* pagos pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação, bem como as despesas de assistência técnica, científica ou administrativa; de outro lado, incluem apenas os *royalties* pelo uso de marca de indústria ou comércio ou nome comercial em si mesmas consideradas, isto é, quando não sejam meros acessórios da utilização de patente, processo ou fórmula de fabricação, caso em que estarão incluídas no primeiro grupo.

O primeiro grupo está sujeito a coeficientes percentuais máximos segundo os graus de essencialidade, que vão de 2% (caso, por exemplo, dos artigos de barbear e pastas dentifrícias) até 5% (caso, por exemplo, de petróleo e derivados, autopeças, ferro e aço). O segundo grupo (marcas puras) está uniformemente submetido ao limite máximo de 1%.

Percebe-se, assim, que desde aquela época (1958), o legislador já tinha a preocupação de impedir que os *royalties* fossem deduzidos em limites superiores ao efetivo custo incorrido pela empresa que efetuava pagamentos dessa natureza. Tal precaução ocorria porque as partes contratantes, a fim de remeter lucros disfarçados de *royalties*, poderiam estipular preços sobre a cessão dos seus intangíveis superiores ao seu verdadeiro valor.

Tal entendimento é compartilhado por BULHÕES PEDREIRA³⁴⁹, que destaca que tais restrições visavam “coibir a prática que havia se generalizado, naquela época, de sociedades brasileiras controladas por capitais estrangeiros remeterem para os sócios controladores no exterior parte dos lucros sob a forma de *royalties* ou assistência técnica”.

Posteriormente, entrou em vigor o art. 12 da Lei n. 4.131/62, que manteve o limite de dedutibilidade dos *royalties* em 5% e a permissão para que o referido percentual fosse revisto pelo Ministro da Fazenda, considerados os tipos de produção ou atividade, segundo o grau de essencialidade.

Ocorre que o legislador estabeleceu que, no caso de serviços de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhantes, a dedutibilidade somente seria

³⁴⁹ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **Imposto sobre a Renda – Pessoas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Justec, 1979. p. 208.

permitida caso os serviços fossem efetivamente prestados. No caso de contratos de cessão ou licença de uso de marcas e patentes de invenção, os referidos ajustes deveriam ser regularmente registrados no País.

Além disso, as despesas de assistência técnica, científica, administrativa e semelhantes somente poderiam ser deduzidas nos 05 (cinco) primeiros anos de funcionamento da empresa ou da introdução de processo especial de produção, quando demonstrada a sua necessidade. Tal prazo poderia ser prorrogado por até 05 (cinco) anos, por meio de autorização do Conselho da Superintendência da Moeda e do Crédito.

No mais, o parágrafo único do art. 13 da referida lei dispunha que o total das quantias devidas a pessoas físicas ou jurídicas residentes ou sediadas no exterior, a título de uso de marcas de indústria ou comércio, seriam tributados de acordo com os arts. 43 e 44 da referida lei (tributação como dividendos³⁵⁰).

No ano de 1964, entrou em vigor a Lei n. 4.506/64, que, além de definir o conceito de *royalties* no art. 22, conforme visto acima, retirou o prazo máximo de 05 (cinco) anos para a dedução de despesas de assistência técnica, científica, administrativa e semelhante. Além disso, o art. 71 da referida lei determinou que a dedução dos *royalties* estaria proibida nas seguintes hipóteses:

i) *royalties* pagos a sócios ou dirigentes de empresas, e a seus parentes ou dependentes;
ii) *royalties* pagos pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação ou pelo uso de marcas de indústria e de comércio, caso:

1) pagos pela filial no Brasil de empresa com sede no exterior, em benefício de sua matriz;

2) pagos pela sociedade com sede no Brasil a pessoa com domicílio no exterior que mantenha, direta ou indiretamente, controle do seu capital com direito a voto.

iii) *royalties* pagos pelo uso de patente de invenção, processos, fórmulas de fabricação, marcas de indústria e comércio pagos ou creditados a beneficiário domiciliado no exterior:

³⁵⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Processo 11543.007847/1999-17. Recurso Especial do Procurador. Acórdão 9101-002.572. 1ª Turma. Relator: Rafael Vidal de Araújo. J. 13.03.2017. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

- 1) que não sejam objeto de contrato registrado na Superintendência da Moeda e do Crédito e que não estejam de acordo com o Código da Propriedade Industrial;
 - 2) cujos montantes excedam dos limites periodicamente fixados pelo Ministro da Fazenda para cada grupo de atividades ou produtos, segundo o grau de sua essencialidade e em conformidade com o que dispõe a legislação específica sobre remessa de valores para o exterior;
- iv) importâncias pagas a pessoas jurídicas ou naturais domiciliadas no exterior a título de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, quer fixas quer como percentagens da receita ou do lucro, se:

- 1) não constarem de contrato por escrito registrado na Superintendência da Moeda e do Crédito;
- 2) não corresponderem a serviços efetivamente prestados à empresa através de técnicos, desenhos ou instruções enviadas ao país, estudos técnicos realizados no exterior por conta da empresa;
- 3) o montante anual dos pagamentos exceda o limite fixado por ato do Ministro da Fazenda, de conformidade com a legislação específica;
- 4) pagos pela filial no Brasil de empresa com sede no exterior, em benefício de sua matriz;
- 5) pagos pela sociedade com sede no Brasil a pessoa com domicílio no exterior que mantenha, direta ou indiretamente, controle do seu capital com direito a voto.

BULHÕES PEDREIRA³⁵¹ entendia que a Lei n. 4.506/64, ao consolidar as disposições da legislação tributária sobre a determinação do lucro operacional das pessoas jurídicas, revogou o art. 74 da Lei n. 3.470/58, que dispunha que a dedução dos *royalties* estava limitada ao percentual de 5% sobre a receita bruta do produto fabricado ou vencido.

Na opinião do autor³⁵², “os requisitos da lei sobre registro de contratos e limites de dedutibilidade deixaram de se aplicar (para efeito de tributação ou imposto de renda) aos pagamentos a pessoas residentes ou domiciliadas no País”.

³⁵¹ BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Imposto sobre a renda – Pessoas Jurídicas*. Op. cit., pp. 397-398.

³⁵² Idem.

Na época, havia entendimento jurisprudencial que adotava tal posição, tanto no Judiciário³⁵³ quanto no Conselho de Contribuintes³⁵⁴.

Não obstante, a CST, no Parecer Normativo 139/1975, destacou que as importâncias pagas a título de *royalties* e assistência técnica ou semelhantes se submetiam aos percentuais estipulados pela Portaria 436/58, independentemente da localização do beneficiário (no País ou no exterior).

Da mesma forma, o STF, no RE 104.368/SP, decidiu que o art. 74 da Lei n. 3.470/58, que dispunha que a dedução dos *royalties* estava limitada ao percentual de 5%, não havia sido revogado pelo art. 71 da Lei n. 4.506/64, de modo que a dedução dos *royalties* pagos a pessoas jurídicas localizadas no Brasil ainda estava sujeita à limitação prevista no referido dispositivo. Tal entendimento foi replicado pelo STJ no julgamento dos Recursos Especiais ns. 378.575/RS, 260.513/RS e 204.696/RJ.

Por fim, entrou em vigor o Decreto-lei 1.730/79, que estabeleceu que o limite de 5% para a dedução fiscal dos *royalties* passaria a incidir sobre a receita líquida, e não mais sobre a receita bruta.

Note que as regras referidas acima se mantêm em vigor até hoje.

Além das hipóteses mencionadas, também são ineducíveis as importâncias pagas aos residentes no exterior submetidos a tratamento de jurisdição com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado³⁵⁵, salvo se houver, cumulativamente:

- i) a identificação do efetivo beneficiário da entidade no exterior, destinatário dessas importâncias;
- ii) a comprovação da capacidade operacional da pessoa física ou entidade no exterior de realizar a operação;
- iii) a comprovação documental do pagamento do preço respectivo e do recebimento dos bens e direitos ou da utilização do serviço.

A referida regra, que impede a dedutibilidade dos *royalties* — e outras despesas — pagos a residentes em jurisdições com tributação favorecida ou regime fiscal

³⁵³ “O pagamento de royalties, por uso de marca, à empresa com sede no país, não está sujeito a limite de dedutibilidade, nem a registro do contrato respectivo no INPI. Revogação do artigo 74 da Lei n° 3.470, de 1958, pelo artigo 71 da Lei n° 4.506/64 (AMS 109.899-SP, TRF, 5ªT, DJU 16.06.88). Ainda: REO 146.381-SP-TRF, 4º T – DJU 18.04.89); AC 95.04.49769-1, TRF 4ª Região; REO em MS 91.02.05879-0 – TRF 2ª Região.

³⁵⁴ IRPJ. IMPOSTO DE RENDA. ROYALTIES. LEI N° 3.470/58. LEI N° 4.506/64. O art. 71 da Lei n° 4.506/64 deu nova redação ao art. 74 da Lei n° 3.470/58, operando-se a revogação tácita (LICC, art. 2º, § 1º). Recurso Especial do contribuinte conhecido e provido (Acórdão CSRF/01-04.046). Ainda: Acórdão 1ª CC n° 101-94546; Acórdão 1º CC n° 107-07514; Acórdão 1º CC n° 107-04228.

³⁵⁵ Lei n. 12.249, art. 26.

privilegiado, não se aplica, porém, nas hipóteses em que o tratado tributário prevê, na sua redação, o artigo 24 (4) da Convenção Modelo da OCDE, que impede tratamento distinto sobre a dedução de despesas pagas a residentes nessas jurisdições — em comparação às despesas incorridas com residentes no Brasil —, como ocorre com o tratado firmado entre Brasil e Emirados Árabes Unidos.

Com a entrada em vigor do art. 50 da Lei n. 8.383/91³⁵⁶, os *royalties* pagos a sócio no exterior — que mantenha, direta ou indiretamente, o controle de seu capital com direito a voto — pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação ou pelo uso de marcas de indústria e de comércio, e as importâncias da mesma natureza, pagas a pessoas jurídicas ou naturais domiciliadas no exterior a título de assistência técnica, científica, administrativa ou semelhante, podem ser deduzidas caso os contratos sejam averbados no INPI e registrados no Bacen, observados os limites e as condições estabelecidos pela legislação em vigor.

Embora a lei não considere o registro no INPI uma exigência direta para fins de dedutibilidade dos *royalties* e despesas de assistência técnica pagas a acionista (ou quotista) não controlador residente no exterior, tal requerimento estava previsto no art. 2º do Regulamento Anexo à Carta-Circular 2.795, de 15 de abril de 1998, que dispunha que o registro no Bacen das operações que envolvam direitos de propriedade industrial, fornecimento de tecnologia, prestação de serviços de assistência técnica e franquia somente será efetuado após a obtenção do Certificado de Averbação concedido pelo INPI.

Acresça-se, por fim, que no dia 29.12.2022 foi publicada a Medida Provisória 1.152, que pretende alinhar as regras brasileiras de preços de transferência com o padrão da OCDE, com base nas seguintes motivações:

Caso aprovada pelo Congresso, a MP entrará em vigor no ano de 2024, mas os contribuintes poderão aplicar os novos métodos já no ano-calendário de 2023. Entre essas regras, destaca aquela que estabelece que termos e condições de uma transação controlada que envolva intangível serão estabelecidos de acordo com o princípio *arm's lenght*.

Caso tais regras entrem em vigor, não prevalecerão mais os limites de dedução de *royalties* previstos no art. 74 da Lei n. 3.470/58, nem as regras que limitam a

³⁵⁶ As despesas referidas na alínea b do parágrafo único do art. 52 e no item 2 da alínea e do parágrafo único do art. 71, da Lei n° 4.506, de 30 de novembro de 1964, decorrentes de contratos que, posteriormente a 31 de dezembro de 1991, venham a ser assinados, averbados no Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) e registrados no Banco Central do Brasil, passam a ser dedutíveis para fins de apuração do lucro real, observados os limites e condições estabelecidos pela legislação em vigor.

dedução dos *royalties* previstas no art. 71 da Lei n. 4.506/64, tendo em vista que tais dispositivos foram expressamente revogados pela Medida Provisória 1.152.

Porém, caso tal MP não seja convertida em lei, temos que:

- i) os *royalties* pelo uso de patentes de invenção, processos, fórmulas de fabricação, marcas de indústria e comércio pagos a partes independentes no exterior podem ser deduzidos até um limite percentual, estabelecido pelo Ministro de Estado da Fazenda para cada grupo de atividades ou produtos, de acordo com o grau da sua essencialidade, caso o contrato esteja registrado no Bacen e no INPI (Lei 4.506/64, art. 71, parágrafo único, “f” e “g”, “1” e “2”, Portaria Ministério da Fazenda nº 436/58 e Lei n. 4.131/62, art. 11);
- ii) os *royalties* pelo uso de patentes de invenção, processos, fórmulas de fabricação, marcas de indústria e comércio pagos a partes independentes no Brasil podem ser deduzidos até um limite percentual, estabelecido pelo Ministro de Estado da Fazenda para cada grupo de atividades ou produtos, de acordo com o grau da sua essencialidade, caso o contrato esteja registrado no INPI (Lei n. 3.470/58, art. 74, Portaria Ministério da Fazenda nº 436/58, PN CST 102/75, PN CST 102/75, PN CST 76/76);
- iii) os *royalties* pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação, marcas de indústria e comércio pagos pela filial no País à sua matriz não são dedutíveis (Lei n. 4.560/64, art. 71, “e”, 1);
- iv) os *royalties* pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação, marcas de indústria e comércio pagos por sociedade no Brasil a pessoa no exterior que mantenha, direta ou indiretamente, controle no seu capital, somente são dedutíveis se o contrato estiver registrado no Bacen e no INPI, respeitados os limites percentuais estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda (Lei 4.560/64, art. 71, “e”, 2 e Lei 8.383/91, art. 50);
- v) os *royalties* pelo uso de patentes de invenção, processos, fórmulas de fabricação, marcas de indústria e comércio pagos pela filial à matriz e de controlada a controlador, todos localizados no Brasil, podem ser deduzidos até um limite percentual, estabelecido pelo Ministro de Estado da Fazenda para cada grupo de atividades ou produtos, de acordo com o grau da sua essencialidade, caso o contrato esteja registrado no INPI (Lei n. 3.470/58, art. 74, PN CST 102/75, PN CST 76/76);
- vi) os *royalties* pagos por empresa no Brasil a sócio no exterior (pessoa física), que não detenha o controle da empresa no Brasil, não são dedutíveis (alínea “d” do parágrafo único do art. 71 da Lei n. 4.506/64);

vii) os *royalties* pagos por empresa no Brasil a sócio no Brasil (pessoa física), que não detenha o controle da empresa no Brasil, não são dedutíveis (alínea “d” do parágrafo único do art. 71 da Lei n. 4.506/64);

viii) os *royalties* pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação, marcas de indústria e comércio pagos por empresa no Brasil a sócio no exterior (pessoa jurídica), que não detenha o controle da empresa no Brasil, podem ser deduzidos até um limite percentual, estabelecido pelo Ministro de Estado da Fazenda para cada grupo de atividades ou produtos, de acordo com o grau da sua essencialidade, caso o contrato esteja registrado no Bacen e no INPI (Lei n. 4.506/64, art. 71, parágrafo único, “f” e “g”, “1” e “2”, Portaria Ministério da Fazenda nº 436/58 e Lei nº 4.131/62, art. 11);

ix) os *royalties* pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação, marcas de indústria e comércio pagos por empresa no Brasil a sócio no Brasil (pessoa jurídica), que não detenha o controle da empresa no Brasil, podem ser deduzidos até um limite percentual, estabelecido pelo Ministro de Estado da Fazenda para cada grupo de atividades ou produtos, de acordo com o grau da sua essencialidade, caso o contrato esteja registrado no Bacen e no INPI (Lei 3.470/58, art. 74 e Portaria Ministério da Fazenda nº 436/58, PN CST 102/75, PN CST 76/76);

x) os *royalties* pagos a residentes no exterior submetidos a tratamento de jurisdição com tributação favorecida ou regime fiscal privilegiado não são dedutíveis, exceto se cumpridos, cumulativamente, os requisitos estabelecidos nos incisos do art. 26 da Lei n. 12.249/10.

xi) os *royalties* configurados como despesas necessárias à atividade da empresa e à manutenção da fonte pagadora, não contemplados no art. 365 do RIR/2018 (*royalties* não relacionados ao uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação, marcas de indústria e comércio), podem ser deduzidas na apuração do lucro tributável, sem observância do limite máximo de até 5% da receita líquida (SC Cosit n. 64/2021).

De acordo com Helena TRENTINI³⁵⁷, verifica-se claramente a existência de política fiscal que visa proteger, em demasia, a base tributária brasileira. Os limitadores relevantes de dedutibilidade de *royalties* foram estabelecidos pressupondo que as

³⁵⁷ TRENTINI, Helena. As consequências das restrições à dedutibilidade de despesas com *royalties* incorridas por empresas brasileiras: desincentivo ao investimento em tecnologia. **Revista de Direito Tributário Atual**. v. 45. São Paulo: IBDT, 2020. Disponível em <https://ibdt.org.br/RDTA/as-consequencias-das-restricoes-a-dedutibilidade-de-despesas-com-royalties-incorridas-por-empresas-brasileiras-desincentivo-ao-investimento-em-tecnologia>. Acesso em 23 de outubro de 2022.

empresas brasileiras estariam utilizando esses pagamentos ao exterior para obter vantagens fiscais no País.

A autora destaca, ainda, com base na afirmação de Luís Eduardo SCHOUERI³⁵⁸, que a referida limitação não é mais justificável no cenário atual, pois gera desigualdade entre importadores de bens tangíveis — sujeitos às regras de preços de transferência — e intangíveis — sujeitos a limites de dedutibilidade arbitrários dos pagamentos realizados a título de *royalties*.

Luís Eduardo SCHOUERI³⁵⁹ aponta, por fim, que a restrição na dedutibilidade de *royalties* fazia sentido na época em que vigia, em nosso ordenamento, o regime da bitributação econômica pelo imposto de renda. De acordo com o referido regime, os lucros auferidos pela pessoa jurídica deveriam ser tributados tanto no nível da pessoa jurídica quanto na pessoa de seus sócios.

Sucedeu que, a partir de 1995, com a entrada em vigor do art. 10 da Lei n. 9.249/95, o legislador renunciou à opção pela bitributação econômica. A partir daí, os lucros distribuídos pelas pessoas jurídicas tributadas pelo lucro real, presumido ou arbitrado deixaram de sofrer nova tributação. Assim, os lucros que já foram tributados na pessoa jurídica não devem sofrer nova tributação na pessoa física. Ao mesmo tempo, pagamentos efetuados pela pessoa jurídica a seus sócios são dedutíveis, sujeitos, igualmente, à retenção na fonte.

Percebe-se, assim, que a legislação brasileira prevê limites de dedução dos *royalties*, que se encontram defasados. Conforme se verá a seguir, há discussão jurisprudencial acerca do alcance das regras que limitam tal dedução, a depender do local onde reside o sócio beneficiário desses rendimentos. A aplicação distinta dessas normas pode resultar na violação à regra de não discriminação prevista no artigo 24 (5).

É o que se verá a seguir.

3.4 Jurisprudência do Carf

No Carf, discute-se se os *royalties* pagos a sócios pessoas jurídicas localizados no Brasil são indedutíveis para fins de apuração do lucro real.

³⁵⁸ SCHOUERI, Luís Eduardo. **Preços de transferência no Direito Tributário brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2013. pp. 373-374.

³⁵⁹ *Ibidem*, pp. 373-375.

Tal discussão ocorre porque a alínea “d” do parágrafo único do art. 71 da Lei n. 4.506/64 estabelece que os *royalties* pagos a sócios ou dirigentes de empresas, e a seus parentes ou dependentes, são indedutíveis da apuração do lucro real.

Sucedo que Regulamento do Imposto de Renda (“RIR”), ao tratar da alínea “d” acima transcrita, acrescentou o aposto “pessoas físicas ou jurídicas” após a palavra “sócios”³⁶⁰. Desse modo, os contribuintes argumentam que o dispositivo previsto no RIR é ilegal, pois contempla na sua redação as pessoas jurídicas, enquanto a lei não faz referida especificação.

De fato, a interpretação literal do art. 71 da Lei n. 4.506/64 resulta na conclusão de que somente os *royalties* pagos a pessoas físicas são indedutíveis da apuração do lucro real, pois o dispositivo utiliza-se da expressão “e a seus parentes ou dependentes” após “sócios ou dirigentes”. Pessoas jurídicas, por óbvio, não têm parentes nem dependentes.

Além disso, não faria sentido a lei impedir a dedução de *royalties* pagos a sócios pessoas jurídicas (alínea “d” do parágrafo único do art. 71 da Lei n. 4.506/64), estejam eles localizados no Brasil ou no exterior, e prever no mesmo art. 71 que os *royalties* pagos a sócios controladores no exterior pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação, ou pelo uso de marcas de indústria e de comércio também são indedutíveis (alínea “e” do parágrafo único do art. 71 da Lei n. 4.506/64).

Repita-se, ainda, que o STF decidiu no RE 104.368/SP que a dedução dos *royalties* pagos a pessoas jurídicas localizadas no Brasil estava sujeita à limitação do art. 74 da Lei n. 3.470/58. Tal entendimento foi replicado pelo STJ no julgamento dos Recursos Especiais ns. 378.575/RS, 260.513/RS e 204.696/RJ.

Note que a referida discussão tem importância prática, tendo em vista que, caso se adote o entendimento de que a alínea “d” do parágrafo único do art. 71 da Lei n. 4.506/64 impede a dedução dos *royalties* pagos a sócios pessoas jurídicas, tais rendimentos: a) se pagos a sócios no Brasil, controladores ou não, seriam indedutíveis³⁶¹; b) se pagos a sócios no exterior que não tenham o controle da sociedade no Brasil, seriam

³⁶⁰ RIR/18, art. 363, I. Não são dedutíveis: I – os *royalties* pagos a sócios, pessoas físicas ou jurídicas, ou dirigentes de empresas, e a seus parentes e dependentes. BRASIL. **Decreto n. 9.580, de 22 de novembro de 2018**. Regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9580.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

³⁶¹ Cf. alínea “d” do parágrafo único do art. 71 da Lei 4.506/64.

indedutíveis³⁶²; c) se pagos a sócios controladores residentes no exterior, seriam dedutíveis caso o contribuinte registrasse o contrato no Bacen e no INPI³⁶³.

O entendimento de que o termo “sócios” enquadra pessoas físicas e jurídicas foi adotado pelo Carf em alguns julgados³⁶⁴, em que se decidiu que, caso a vedação contida na alínea “d” do parágrafo único do art. 71 da Lei n. 4.506/1964 alcançasse apenas sócios pessoas físicas, bastaria interpor uma pessoa jurídica entre o pagador e a pessoa física para que referida norma antielisiva fosse contornada³⁶⁵.

Entendemos, porém, que tal raciocínio é equivocado, pois não há qualquer justificativa válida para a lei conceder tratamento tributário distinto — e menos favorável — aos *royalties* pagos a pessoas jurídicas residentes no Brasil.

Se o objetivo do legislador, ao limitar a dedução desses rendimentos, foi impedir que o contribuinte simulasse uma distribuição de dividendos por meio de pagamento de *royalties*, não nos parece que existam justificativas válidas para que os *royalties* pagos a sócios pessoas jurídicas no Brasil sejam indedutíveis por completo, mesmo porque os referidos pagamentos estarão sujeitos no Brasil à tributação no nível da pessoa jurídica que recebe esses rendimentos.

Ou seja, além de desigual, o referido tratamento é desproporcional.

Além disso, não nos parece que o fato de a pessoa jurídica poder contornar a regra da alínea “d” do parágrafo único do art. 71 da Lei 4.506/64 por meio da interposição de pessoa jurídica entre as pessoas jurídicas pagadora e receptora dos *royalties* seja argumento válido para interpretar o referido dispositivo da forma proposta pela Fazenda Nacional.

Por força do princípio da liberdade econômica (parágrafo único do art. 170 da CF/88), a Constituição Federal assegura ampla liberdade aos particulares para organizarem suas atividades empresariais da forma mais eficiente, inclusive do ponto de vista tributário.

Atualmente, não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, qualquer norma capaz de inibir a organização da atividade da forma fiscalmente menos onerosa.

³⁶² Cf. alínea “d” do parágrafo único do art. 71 da Lei 4.506/64.

³⁶³ Cf. art. 50 da Lei 8.383/91.

³⁶⁴ Nesse sentido, Acórdão n. 1301-000.817, rel. Cons. Guilherme Pollastri Gomes da Silva, j. 02.02.2012; Acórdão n. 1302-003.088, rel. Cons. Marcos Feitosa, j. 18.09.2018; Acórdão n. 9101-003.062, rel. Cons. Rafael Vidal de Araújo, j. 13.09.2017; Acórdão n. 1201-002.158, rel. Cons. Eva Maria Los, j. 16.05.2018; Acórdão n. 9101-003.874, rel. Cons. Viviane Vidal Wagner, j. 06.11.2018; Acórdão n. 9101-004.551, rel. Cons. Viviane Vidal Wagner, j. 03.12.2019.

³⁶⁵ Acórdão 9101-003.063, rel. Cons. Rafael Vidal de Araújo, j. 13.09.2017.

Se houver ilícito na interposição do sócio pessoa jurídica, cumpre às autoridades fiscais investigar a existência de fraude³⁶⁶ ou sonegação³⁶⁷⁻³⁶⁸.

Desse modo, parece-nos que a vedação prevista na alínea “d” do parágrafo único do art. 71 da Lei n. 4.506/64 aplica-se somente aos *royalties* pagos a pessoas físicas, estejam elas localizadas no Brasil ou no exterior.

3.5 As regras brasileiras de dedução de royalties violam o art. 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE?

Nessa parte, analisaremos se as regras brasileiras de dedução de *royalties* violam o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE.

3.5.1 Dos tratados que estabelecem em protocolo que não há discriminação

Conforme pontuado anteriormente, o Brasil dispôs em muitos dos seus tratados que a regra do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE não conflita com o disposto no art. 363 do RIR/18 (art. 71 da Lei n. 4.506/64).

De acordo com o referido dispositivo (363 do RIR/18), não são dedutíveis os *royalties* pagos pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação ou pelo uso de marcas de indústria ou de comércio, quando pagos pela sociedade com sede no País a pessoa com domicílio no exterior que mantenha, direta ou indiretamente, controle do seu capital com direito a voto.

Tal disposição foi incluída nos protocolos dos tratados firmados entre Brasil e Argentina (1982), Coreia do Sul (1991), Dinamarca (1974), Equador (1988), Eslováquia (1991), República Tcheca (1991) e Filipinas (1991).

³⁶⁶ A Lei 4.502, de 30.11.1964, prevê, no seu art. 72, que “fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento”.

³⁶⁷ A Lei 4.502/64, no seu art. 71, conceitua sonegação como “toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária: I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais; II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente”.

³⁶⁸ Código Tributário Nacional. Art. 149, VII. BRASIL. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1996**. Op. cit.; Código Civil. Art. 167. BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

Além disso, nos acordos de bitributação firmado com Áustria (1975), Canadá (1984), Espanha (1974), Hungria (1986), Itália (1978), Luxemburgo (1978), Noruega (1980), Holanda (1990) e Suécia (1975), o Brasil e os referidos Estados também estabeleceram, em protocolo, que a regra de não discriminação do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE não impede a aplicação das regras brasileiras que negam a dedução de *royalties* pagos a sócios no exterior.

Há, porém, cláusulas de nação mais favorecida nos referidos tratados, que dispõem que se o Brasil, após a assinatura da convenção com esses Estados, permitir que os *royalties* pagos por empresa residente do Brasil a empresa residente em terceiro Estado — não localizado na América Latina — sejam deduzidos, igual dedução será automaticamente aplicável a empresas residentes do Brasil que paguem *royalties* a sociedades localizadas em tais países.

Entre os tratados com a cláusula de nação mais favorecida, apontados acima, o último foi assinado em 1990 (Holanda). Após essa data, o Brasil assinou diversos tratados com países que não estão localizados na América Latina e que não preveem, em protocolo, que a regra brasileira que impede a dedução dos *royalties* é compatível com o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE. Tenha-se, por exemplo, o acordo de bitributação assinado com a Rússia (2004).

Assim, pode-se dizer que apenas nos acordos firmados pelo Brasil com Argentina, Coreia do Sul, Dinamarca, Equador, Eslováquia, República Tcheca e Filipinas — que preveem em protocolo que a regra do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE não conflita com o disposto no art. 363 do RIR/18 (art. 71 da Lei n. 4.506/64), mas não estabelecem cláusula de nação mais favorecida — o referido tratamento distinto é considerado não discriminatório. Em todos os outros tratados firmados pelo Brasil até agora, a regra do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE conflita com o disposto no art. 363 do RIR/18 (art. 71 da Lei n. 4.506/64).

Note que todos os acordos que dispõem que a regra do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE não conflita com o disposto no art. 71 da Lei n. 4.506/64 foram assinados em período anterior à entrada em vigor do art. 50 da Lei n. 8.383/91, que estabelece que as despesas com *royalties* pagos pela sociedade com sede no Brasil a pessoa domiciliada no exterior que mantenha, direta ou indiretamente, o controle de seu capital com direito a voto, podem ser deduzidas caso os contratos sejam averbados no INPI e registrados no Bacen.

Com a entrada em vigor do referido dispositivo (art. 50 da Lei n. 8.383/91), parece-nos que o Estado brasileiro reconheceu que o tratamento concedido à dedução de despesas com *royalties* pagas a controladores no exterior é equivalente ao concedido à dedução dos *royalties* pagos a sócios localizados no Brasil. Afinal, após a entrada em vigor desse dispositivo (art. 50 da Lei n. 8.383/91), nenhum acordo de bitributação assinado pelo Brasil dispôs em protocolo que a regra do artigo 24 (5) não conflita com o art. 71 da Lei n. 4.506/64.

3.5.2 A exigência de registro no Bacen viola o artigo 24 (5)?

Conforme se viu acima, os *royalties* pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação, marcas de indústria e comércio pagos por sociedade no Brasil a pessoa no exterior que mantenha, direta ou indiretamente, controle no seu capital, somente são dedutíveis se o contrato estiver registrado no Bacen e no INPI, respeitados os limites percentuais estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda.

Da mesma forma, os *royalties* pelo uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação, marcas de indústria e comércio pagos por controlada a controlador pessoa jurídica, todos localizados no Brasil, também podem ser deduzidos até um limite percentual, estabelecido pelo Ministro de Estado da Fazenda para cada grupo de atividades ou produtos, de acordo com o grau da sua essencialidade, caso o contrato esteja registrado no INPI.

As mesmas regras se aplicam aos *royalties* pagos a sócios que não tenham o controle do capital da sociedade brasileira, estejam eles no Brasil ou no exterior. Caso os *royalties* sejam pagos ao exterior, é necessário registrar o contrato no Bacen.

Repita-se que há posições³⁶⁹ no sentido de que os *royalties* pagos a sócios pessoas jurídicas no Brasil não são dedutíveis da apuração do lucro real, por conta do disposto na alínea “d” do parágrafo único do art. 71 da Lei 4.506/64, que estabelece que os *royalties* pagos a sócios ou dirigentes de empresas, e a seus parentes e dependentes, são indedutíveis.

³⁶⁹ Nesse sentido, Acórdão n. 1301-000.817, rel. Cons. Guilherme Pollastri Gomes da Silva, j. 02.02.2012; Acórdão n. 1302-003.088, rel. Cons. Marcos Feitosa, j. 18.09.2018; Acórdão n. 9101-003.062, rel. Cons. Rafael Vidal de Araújo, j. 13.09.2017; Acórdão n. 1201-002.158, rel. Cons. Eva Maria Los, j. 16.05.2018; Acórdão n. 9101-003.874, rel. Cons. Viviane Vidal Wagner, j. 06.11.2018; Acórdão n. 9101-004.551, rel. Cons. Viviane Vidal Wagner, j. 03.12.2019.

Porém, caso se adote a posição de que os *royalties* pagos a pessoas jurídicas no Brasil são dedutíveis — respeitados os limites estabelecidos em lei —, a única diferença entre o tratamento da dedução em um ou outro caso (*royalties* pagos a pessoas jurídicas no Brasil ou no exterior) é que os contratos firmados com pessoas jurídicas no exterior devem ser registrados no Bacen, enquanto os firmados com pessoa jurídica no Brasil, não³⁷⁰.

Conforme pontuado nos capítulos anteriores, a regra do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE estabelece que não é possível impor "tributação ou exigência com ela conexas diversa ou mais onerosa" ao não residente, em comparação à imposta ao residente.

De acordo com Alexander RUST³⁷¹, a regra que proíbe a discriminação contra o capital estrangeiro, prevista no artigo 24 (5), tal como a regra contra a discriminação com base na nacionalidade, prevista no artigo 24 (1), abrange todos os tipos de obrigações relacionadas com a tributação.

Por isso, exigir o registro do contrato ao Bacen quando os *royalties* são pagos a sócios no exterior significa um requerimento proibido pelo artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, porque:

- i) impor o registro do contrato no Bacen é uma “exigência diversa ou mais onerosa” àquela prevista para a dedução dos *royalties* pagos a sócios no Brasil;
- ii) tal exigência é imposta exclusivamente por conta de uma relação de controle ou detenção entre a sociedade que paga os *royalties* e a beneficiária desses rendimentos;
- iii) tal exigência é imposta à sociedade no Brasil e não à localizada no exterior.

Assim, parece-nos que o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE impede que, para a dedução dos *royalties* pagos pela pessoa jurídica brasileira, se exija o registro dos contratos no Bacen, pois tal condição não é requerida para a dedução dos *royalties* pagos a pessoas jurídicas localizadas no Brasil.

Parece estranho, mas o Conselho de Contribuintes já rejeitou a tese de que o referido registro somente é necessário para remessa de numerário ao exterior, e não no caso de crédito ou pagamento no Brasil³⁷².

³⁷⁰ O Conselho de Contribuintes já rejeitou a tese de que o registro só é necessário para remessa do numerário para o exterior, e não no caso de simples crédito ou pagamento no Brasil (Ac. 63.359, de 3 de fevereiro de 1971 e Ac. 67.917, de 19 de junho de 1975).

³⁷¹ VOGEL, Klaus. **Klaus Vogel on Double Taxation Conventions**. Op. cit., p. 1722.

³⁷² CC Ac. 63.359, de 03.12.1971; Ac. 67.917, de 19.06.1975.

Repita-se que tal discriminação somente ocorre se for adotada a premissa, que entendemos válida, de que os *royalties* pagos a pessoas jurídicas no Brasil são dedutíveis da apuração do lucro real.

Com base no raciocínio de que os *royalties* pagos a pessoas jurídicas sócias e detentoras de capital no Brasil são dedutíveis da apuração do lucro real, o referido tratamento discriminatório é proibido em todos os acordos tributários firmados pelo Brasil até agora, inclusive nos firmados com Argentina, Coreia do Sul, Dinamarca, Equador, Eslováquia, República Tcheca e Filipinas, pois apesar de esses acordos estabelecerem em protocolo que o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE não conflita com o disposto no art. 363 do RIR/18 (art. 71 da Lei n. 4.506/64), nada dispõem acerca do art. 50 da Lei 8.383/91, que estabelece que as despesas com *royalties* pagos pela sociedade com sede no Brasil a pessoa domiciliada no exterior que mantenha, direta ou indiretamente, o controle de seu capital com direito a voto, podem ser deduzidas caso os contratos sejam averbados no INPI e registrados no Bacen.

Afinal, todos esses acordos foram assinados em momento anterior à entrada em vigor do referido dispositivo (art. 50 da Lei 8.383/91).

Acresça-se que os *royalties* pagos a pessoas físicas controladoras ou detentoras do capital de pessoa jurídica no Brasil não são dedutíveis, independentemente de o pagamento ser realizado a indivíduos no Brasil ou no exterior. Não há, aqui, qualquer tratamento discriminatório.

Registre-se, ainda, que a regra do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, por óbvio, não impede o tratamento discriminatório conferido a sociedades que pagam *royalties* a terceiros independentes no exterior, pois nesse caso não há a relação de sócio necessária para a aplicação da referida regra de não discriminação (“*the capital of which is wholly or partly owned or controlled, directly or indirectly, by one or more residentes of the other Contracting State*”).

Por fim, os *royalties* não relacionados ao uso de patentes de invenção, processos e fórmulas de fabricação, marcas de indústria e comércio podem ser deduzidos independentemente de o pagamento ser feito a pessoa no Brasil ou no exterior. Também não há, aqui, qualquer tratamento discriminatório.

3.6 Simples Nacional e a regra do art. 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE

Cabe analisar, ainda, se as regras internas que dispõem que as empresas no Simples Nacional não podem ser controladas ou detidas por sócios estrangeiros violam o disposto no art. 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE.

De acordo com o inciso II do art. 17 da Lei Complementar 123/2006, as microempresas ou empresas de pequeno porte que tenham sócio domiciliado no exterior não poderão recolher os impostos e contribuições com base no regime do Simples Nacional.

Além disso, o inciso IV do § 3º do art. 30 da referida lei complementar estabelece que as empresas que incluam sócios domiciliados no exterior em seu quadro societário deverão ser excluídas do regime do Simples Nacional.

Da mesma forma, não poderá se beneficiar do regime do Simples Nacional a pessoa jurídica que tenha no seu quadro de sócios outra pessoa jurídica³⁷³. Além disso, o inciso III do § 3º do art. 30 da referida lei complementar estabelece que as empresas que incluam sócios pessoas jurídicas em seus quadros societários deverão ser excluídas do regime do Simples Nacional.

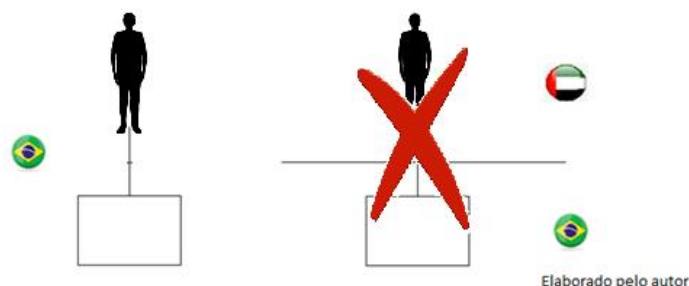
Alfredo MARANCA³⁷⁴ explica que a referida regra tem o objetivo de garantir um fundamento básico do Simples Nacional, que é a proteção aos pequenos empresários. Para o autor, “não faria sentido proteger uma empresa que não fosse de um pequeno empresário, mas sim de outra empresa”.

Constata-se, assim, que de acordo com o regime previsto na Lei Complementar 123/2006, as empresas no Simples Nacional não podem ter sócios pessoas jurídicas, nem sócios pessoas físicas localizados no exterior. Portanto, as empresas que optam pelo Simples Nacional deverão ser controladas ou detidas por pessoas físicas domiciliadas no Brasil. Confira-se a imagem:

³⁷³ § 4º do art. 3º. BRASIL. **Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

³⁷⁴ MARANCA, Alfredo Portinari. **Regulamento do Simples Nacional comentado: resolução CGSN**, 2. Ed. São Paulo: Fiscosoft, 2013.

Figura 21 – Simples Nacional



Fonte: Elaborado pelo autor.

Como a aplicação da regra do artigo 24 (5) não está restrita às situações em que o sócio não residente é pessoa jurídica³⁷⁵⁻³⁷⁶, tais disposições violam o art. 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE.

Conforme pontuado anteriormente, a regra do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE prevê que não pode ser exigido do não residente "tributação ou exigência com ela conexas diversa ou mais onerosa" à exigida do residente no outro Estado contratante.

Não haverá violação ao artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE/ONU se o critério de distinção não for o controle ou detenção do capital da empresa por não residente ou se tal critério não for a causa do tratamento discriminatório. Em contrapartida, haverá discriminação se o critério proibitivo estiver presente e tal critério for o motivo do tratamento distinto, ainda que, junto a ele, referida regra preveja outro critério de discriminação.

Na situação em análise, o critério de distinção é bastante claro: o fato de a empresa no Brasil ser detida ou controlada por sócio não residente. Como a pessoa jurídica controlada ou detida por sócio no Brasil poderá usufruir do regime benéfico do Simples Nacional, fica evidente que as regras dispostas no inciso IV do § 3º do art. 30 e no inciso II do art. 17 da Lei Complementar 123/2006 são incompatíveis com a regra de não discriminação prevista no art. 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE.

³⁷⁵ VAN RAAD, Kees. **Nondiscrimination in International Tax Law**. Op. cit., p. 192.

³⁷⁶ DZIURDZ, Kasper. **Non-discrimination in tax treaty law and world trade law: the impact of formal, substantive, and subjective approaches**. Op. cit., p. 159.

3.7 A interação entre os parágrafos (5) e (6) do artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE

Neste subtópico, o objetivo é analisar a interação do parágrafo 5 com o 6 do artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE, e as consequências fiscais que podem advir de tal relação.

De acordo com o artigo 24 (6) da Convenção Modelo da OCDE, “as disposições do presente artigo (não discriminação), sem prejuízo do disposto no artigo 2º, aplicam-se aos impostos de qualquer espécie e natureza³⁷⁷.

Com isso, o artigo 2 da Convenção Modelo da OCDE³⁷⁸, que dispõe que os acordos de bitributação somente podem ser invocados para impedir a dupla tributação da renda e do capital, é expressamente substituído pelo artigo 24 (6), que estende o âmbito de aplicação das regras de não discriminação a outros tributos, como os incidentes sobre serviços, transações comerciais, produção industrial e importações.

Nos Comentários à Convenção Modelo da OCDE, não há explicação ou interpretação mais significativa sobre esse dispositivo. Os Comentários dispõem de forma sucinta que “esse parágrafo afirma que o alcance do artigo não está restrito pelo disposto no artigo 2. O artigo, portanto, se aplica a impostos de qualquer tipo e descrição cobrados por, ou em nome de, suas subdivisões políticas ou autoridades locais”³⁷⁹. Tal redação é replicada nos Comentários à Convenção Modelo da ONU³⁸⁰.

O parágrafo 6 foi introduzido no artigo 24 do *report* realizado pelo Grupo de Trabalho n. 4 da OECE após sugestão da Delegação Suíça, mas não há, nos documentos da época, quaisquer esclarecimentos acerca do motivo pelo qual referida cláusula de não discriminação prevê alcance tão amplo.

Os documentos da OECE³⁸¹ apenas indicam que “o artigo, na sua redação original, abrangia os impostos sobre o rendimento, capital, bens, heranças e doações. A Delegação Suíça sugeriu que tal limitação não deveria ser mantida (...) em princípio, a

³⁷⁷ The provisions of this Article shall, notwithstanding the provisions of Article 2, apply to taxes of every kind and description.

³⁷⁸ This Convention shall apply to taxes on income and on capital imposed on behalf of a Contracting State or of its political subdivisions or local authorities, irrespective of the manner in which they are levied.

³⁷⁹ “This paragraph states that the scope of the Article is not restricted by the provisions of Article 2. The Article therefore applies to taxes of every kind and description levied by, or on behalf of, its political subdivisions or local authorities”.

³⁸⁰ Disponível em https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf. Acesso em 23 de novembro de 2022.

³⁸¹ Disponível em <https://www.taxtreatieshistory.org/>. Acesso em 23 de novembro de 2022.

opinião do Grupo de Trabalho é que o objetivo deve ser evitar o tratamento discriminatório em relação a todos os impostos, sejam eles quais forem”³⁸².

No relatório final do Grupo de Trabalho³⁸³, afirmou-se que o artigo 24 (6) “não exige qualquer comentário especial”.

Conforme afirma BMMENS³⁸⁴, parece que o Grupo de Trabalho considerou todas as formas de discriminação fiscal igualmente prejudiciais ao comércio internacional e não quis restringir o âmbito de aplicação das regras de não discriminação a um tipo específico de tributo.

De acordo com Kasper DZIURDZ³⁸⁵, a preocupação do Grupo de Trabalho era de que os Estados poderiam contornar a regra do artigo 24 se o escopo da regra não fosse ampliado a outros tributos, sujeitando o contribuinte a imposto discriminatório fora daqueles cobertos pelos acordos de bitributação (capital e renda).

Em decisão que analisou o âmbito de aplicação desse dispositivo, o Supremo Tribunal francês considerou que a regra do artigo 24 (6) prevista no tratado assinado entre França e Suíça se aplicava às taxas de registo na transmissão de bens imóveis (*droits d'enregistrement*)³⁸⁶.

No Brasil, apenas os acordos de bitributação firmados com Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Japão, Luxemburgo, Portugal e Suécia preveem o parágrafo 6 do artigo 24 na sua redação. O tratado com o México, por sua vez, abrange apenas os impostos federais.

Destaca-se que o termo “imposto” adotada na versão em português dos tratados deve ser compreendido no sentido amplo de tributo — gênero do qual os impostos são espécies —, pois corresponde à tradução do termo *tax*.

De acordo com Ramon Tomazela SANTOS e BIANCO³⁸⁷, o termo *tax* na língua inglesa possui sentido amplo e genérico, que inclui quase todos os valores cobrados

³⁸² “The Article proposed by the Working Party relates to taxes on income, on capital, on estates and inheritances and on gifts. The Swiss Delegation has suggested that this limitation should not be maintained but that taxes and contributions in general should be covered [...] In principle, the Working Party's view is that the aim should be to prevent discriminatory treatment in relation to all taxes whatever!”

³⁸³ Disponível em <https://www.taxtreatieshistory.org/>. Acesso em 23 de novembro de 2022.

³⁸⁴ BMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and European tax law**. Op. cit.

³⁸⁵ DZIURDZ, Kasper. **Non-discrimination in tax treaty law and world trade law: the impact of formal, substantive, and subjective approaches**. Op. cit., p. 161.

³⁸⁶ Cour de Cassation (9 nov. 1993), 91-17.373.

³⁸⁷ SANTOS, Ramon Tomazela; BIANCO, João Francisco. **The social contribution on net profits and the substantive scope of Brazilian tax treaties – treaty override or legislative interpretation? Bulletin for International Taxation**. Vol. 70, n. 9, setembro de 2016.

pelos Estados no exercício de sua soberania. Para os autores³⁸⁸, tudo indica que a melhor equiparação do termo *tax* seria “tributo”, tal como definido pelo art. 3º do CTN³⁸⁹.

Entendemos, assim, que os acordos firmados pelo Brasil com Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Japão, Luxemburgo, Portugal e Suécia impedem a discriminação relativa a quaisquer tributos — e não somente impostos — exigidos no Brasil; e o tratado firmado entre Brasil e México impede a discriminação relativa a quaisquer tributos federais, e não somente aos impostos federais.

Portanto, os acordos firmados pelo Brasil com Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, França, Japão, Luxemburgo, Portugal e Suécia impedem que uma empresa brasileira, controlada ou detida por capital estrangeiro, se submeta a qualquer tributação diversa ou mais onerosa que uma empresa brasileira controlada ou detida por capital nacional, mesmo que tal distinção diga respeito a taxas, contribuições ou impostos, de competência municipal, estadual ou Federal, desde que tal discriminação tenha como fundamento a relação de detenção ou controle.

Aplicam-se, nesses casos, todos os conceitos que foram explorados no presente trabalho, inclusive a premissa de que o artigo 24 da Convenção Modelo da OCDE não proíbe a discriminação reversa.

Assim, se determinado município exigir IPTU de empresa no Brasil, controlada ou detida por sócio brasileiro, mas não exigir referido tributo de empresa no Brasil, controlada ou detida por capital estrangeiro, tal discriminação não estará proibida pelo artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE.

3.8 Acordos brasileiros que preveem redação distinta ao artigo 24 (5)

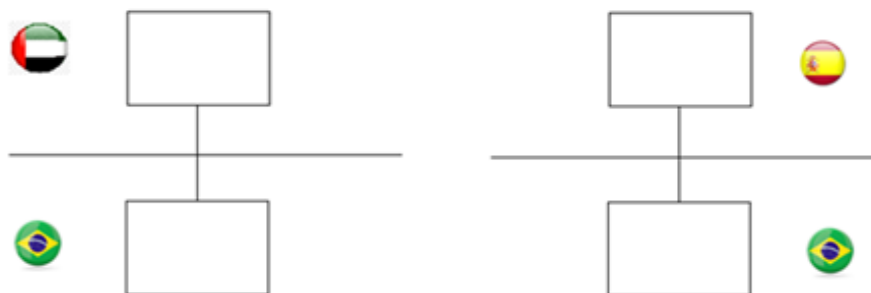
Conforme pontuado nos capítulos anteriores, alguns dos acordos assinados pelo Brasil preveem que a empresa residente no Brasil, detida ou controlada por sociedade estrangeira, deve ser comparada com outra empresa residente no Brasil, que seja detida ou controlada por sociedade localizada em um terceiro estado.

³⁸⁸ Ibidem.

³⁸⁹ Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

De acordo com a referida redação, compara-se a empresa do primeiro estado contratante, detida por empresa do outro estado contratante, com a empresa do primeiro estado contratante que é detida por empresa localizada em um terceiro estado. Veja-se:

Figura 22 – Teste de comparação II



Fonte: Elaborado pelo autor.

Tal redação está prevista nos tratados assinados pelo Brasil com os seguintes países: Emirados Árabes Unidos (2021), Argentina (1981), Canadá (1985), Chile (2001), Coreia do Sul (1989), Filipinas (1983), Hungria (1986), Índia (1988), Israel (2002), Itália (1978), Noruega (1980), Peru (2005), Singapura (2018), Trinidad e Tobago (2008) e Ucrânia (2002).

Conforme explica Bruno da SILVA³⁹⁰, referida alternativa conduz a circunstâncias em que quase não se verificariam situações abrangidas pelo artigo 24 (5). Como a comparação, nesse caso, seria feita com sócio residente em terceiro Estado, geralmente não haveria discriminação. Para o autor, a referida interpretação teria o efeito de transformar o artigo 24 (5) em cláusula de nação mais favorecida.

De fato, como a discriminação que se pretende impedir com o artigo 24 (5) diz respeito à tributação e obrigações conexas da empresa residente, controlada ou detida por sócio não residente, e não dos seus sócios, seriam poucas, se houvesse, as situações em que a referida regra seria aplicada, pois é pouco provável que tal tributação ou obrigação conexa seja imposta a empresas controladas ou detidas por sócios localizados em um país específico, como os Emirados Árabes Unidos, por exemplo.

³⁹⁰ SILVA, Bruno da. **Revisiting the application of the capital ownership non-discrimination provision in tax treaties**. Op. cit.

Nesse ponto, note que o fato de determinado tratado prever uma limitação de 10% sobre a tributação de dividendos, *royalties* e juros, por exemplo, não significa que o referido *cap* deve ser aplicado aos tratados — com a redação ora em comento — que estipulam limite superior.

Tal conclusão decorre do fato de que, nesse caso, a discriminação diz respeito aos sócios no exterior da pessoa jurídica localizada no Brasil, enquanto a regra do artigo 24 (5) proíbe o tratamento discriminatório à empresa no Brasil, controlada ou detida por sócios não residentes.

O que poderia ocorrer, no caso específico dos Emirados Árabes Unidos e de outras jurisdições listadas como país com tributação favorecida, seria a previsão de tratamento mais oneroso a empresas detidas ou controladas por sócios localizados nessas jurisdições, em comparação ao concedido a empresas detidas ou controladas por sócios localizados em jurisdições “normais”.

Nesses casos, faria sentido prever que o tratamento fiscal dessas sociedades controladas ou detidas por sócios localizados em países com tributação favorecida não poderia ser mais oneroso do que o concedido a empresas controladas ou detidas por sócios localizados em jurisdição “normal”.

Os Comentários à Convenção Modelo da OCDE trazem ainda um último exemplo: de acordo com o documento, uma vez que o artigo 24 (5) da Convenção impede a discriminação da sociedade localizada no Estado residente com base no fato de ela ser detida ou controlada por capital estrangeiro, tal dispositivo não obsta que determinado Estado preveja regras que disponham tratamento distinto para o pagamento de juros a credores residentes ou não residentes.

O artigo 24 (5) não impede regras que são baseadas exclusivamente na relação devedor-credor, desde que tal tratamento diferenciado não tenha como fundamento o fato de o não residente deter ou controlar, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, o capital da sociedade localizada no outro Estado.

Assim, se uma empresa residente em um Estado contratante for impedida — ou limitada — de deduzir os juros pagos a uma empresa associada não residente, por conta das regras internas de subcapitalização, tal regra não violará o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, mesmo se impedirem a dedução de juros pagos a credores que detenham ou controle o capital dessa empresa, desde que a lei interna do Estado contratante preveja o mesmo tratamento fiscal aos juros pagos a uma empresa associada não residente, que, por sua vez, não detém ou controle o capital dessa empresa.

4. CONCLUSÃO

Capítulo I

Diante do que foi exposto no presente estudo, verifica-se que, no âmbito internacional, é comum que sejam firmados acordos que prevejam a cláusula de não discriminação em menor ou maior grau, independentemente da matéria neles abrangidas, para prevenir que um Estado trate sujeitos em situações comparáveis de forma desigual.

No âmbito tributário, o primeiro exemplo efetivo de uma cláusula de não discriminação em acordo de bitributação foi identificado no tratado fiscal firmado entre Bélgica e Itália, em 1931, em que se estabeleceu que as empresas e outras pessoas jurídicas legalmente constituídas em qualquer dos dois Estados contratantes e com domicílio fiscal no seu território não estariam sujeitas no território do outro Estado a encargos fiscais mais elevados.

Posteriormente, os primeiros modelos de acordos contra a bitributação da renda, do México e Londres, possuíam redação idêntica e estabeleciam que um contribuinte que tivesse domicílio fiscal em um dos Estados contratantes não estaria sujeito, no outro Estado contratante, em relação aos rendimentos que auferisse nesse Estado, a impostos mais elevados ou distintos que aqueles exigidos sobre o mesmo rendimento a um contribuinte com domicílio fiscal ou nacionalidade nesse último Estado.

Na Convenção do México, o domicílio fiscal das pessoas jurídicas correspondia ao local em que as *partnerships*, as sociedades e outras pessoas jurídicas ou entidades fossem constituídas. Por sua vez, a Convenção de Londres previa que o domicílio fiscal das pessoas jurídicas correspondia ao local em que as *partnerships*, as sociedades e outras pessoas jurídicas ou entidades tivessem o seu centro de direção.

Nessa época, o objetivo de ambas as convenções era evitar a discriminação com base no domicílio fiscal das sociedades, mas tal critério foi modificado pela OCDE posteriormente. Com efeito, nas Convenções Modelo de 1963 e 1977 a Organização previu que o critério relevante de discriminação era a nacionalidade, e não o domicílio fiscal.

No ano de 1946, o Comitê Fiscal da Liga das Nações publicou um *report* da 10ª reunião do Comitê realizada em Londres, em que foram apontadas algumas barreiras comerciais existentes no período de guerra, que deveriam ser removidas. Os trabalhos da

OECE/OCDE no Modelo da OCDE foram realizados em etapas e tiveram como objetivo enfrentar questões específicas de dupla tributação.

Entre elas, destacava-se a tributação discriminatória de pessoas físicas e jurídicas estrangeiras por meio da imposição de alíquotas diferentes ou superiores às impostas a nacionais, ou pela recusa de certos abatimentos e deduções que eram concedidas a essas últimas.

Nesse relatório, a Delegação da Suíça propôs a inserção de uma cláusula de não discriminação para impedir o tratamento distinto de empresas localizadas em um Estado contratante pelo fato de o seu capital ser detido ou controlado por não residente, com a seguinte redação: “os rendimentos, os lucros e o capital de uma empresa de um dos Estados, cujo capital seja total ou parcialmente detido ou controlado, direta ou indiretamente, por uma ou mais pessoas domiciliadas no outro Estado, não estão sujeitos no primeiro Estado mencionado a qualquer tributação que seja diferente, mais elevada ou mais onerosa do que a tributação a que outras empresas semelhantes desse primeiro Estado mencionado, se elas estiverem nas mesmas circunstâncias”.

Surgiu, daí, a cláusula de não discriminação em função da residência dos titulares do capital, objeto deste estudo.

Em setembro de 1957, um segundo relatório suplementar foi publicado pelo Grupo de Trabalho, no qual foi realizado um resumo dos trabalhos realizados até aquela data. Note que a seguinte expressão foi incluída na cláusula que proíbe a discriminação com base no capital estrangeiro (parágrafo 5 do artigo 24): “que seja outra ou mais onerosa do que a tributação e as obrigações conexas a que estão ou podem estar sujeitas as empresas semelhantes estabelecidas no território do primeiro Estado contratante, que estejam nas mesmas circunstâncias”.

Desse modo, se antes a cláusula de não discriminação do parágrafo 5 do artigo 24 dispunha que a tributação das sociedades detidas ou controladas por não residentes não poderia ser diferente, mais elevada ou mais onerosa do que a de outras empresas semelhantes estabelecidas no território do primeiro Estado contratante, no relatório suplementar tal cláusula dispunha que a tributação não poderia ser diferente ou mais onerosa (excluiu-se a expressão “mais elevada”), além de alcançar as obrigações conexas.

A redação original do artigo 24 (5) da OCDE, prevista na Convenção Modelo de 1963, não sofreu alterações relevantes nas convenções posteriores.

Além disso, não há diferenças significativas na redação do artigo 24 da Convenção Modelo da Organização das Nações Unidas (“ONU”) em comparação ao mesmo dispositivo previsto na Convenção Modelo da OCDE.

Entre os objetivos de se prever as cláusulas de não discriminação nos acordos de bitributação, destaca-se o que auxilia a promoção da neutralidade na exportação (CEN) e importação de capitais (CIN).

O método de crédito previsto em um acordo de bitributação privilegia o CEN, porque a tributação final do contribuinte geralmente será aquela prevista no Estado de residência. Não obstante, os Estados podem estipular métodos de crédito presumido ou isenção nos acordos de bitributação (cláusulas de *tax sparing* ou *matching credit*), e nessas hipóteses a neutralidade na exportação de capital poderá dar lugar à neutralidade na importação de capital.

As regras de não discriminação previstas nos acordos de bitributação refletem a opção política dos Estados em criar, para os residentes ou nacionais de outros Estados, um ambiente fiscal mais saudável, isonômico e paritário no Estado da fonte.

Se o método de crédito é o mecanismo escolhido no acordo para aliviar a dupla tributação, a cláusula de não discriminação pode garantir que o estado de fonte não irá tributar o não nacional ou o não residente em montante superior — ou, em alguns casos, pelo menos diferentemente — ao que estão sujeitos os seus residentes e seus nacionais.

A referida medida obsta que o Estado da fonte imponha carga tributária mais elevada — ou, em alguns casos, distinta — ao não nacional ou ao não residente, até o montante que será creditável no Estado de residência. Caso o Estado da fonte imponha carga tributária mais elevada ao não residente ou ao não nacional, tal medida pode prejudicar a neutralidade na exportação de capitais e a divisão da carga tributária acordada entre os estados contratantes.

Sem a cláusula de não discriminação prevista no artigo 24 (5), um Estado contratante poderia prevenir a dupla tributação jurídica por meio da cessão do seu direito de tributar ao outro Estado contratante, mas posteriormente poderia tributar as empresas desse outro Estado de forma distinta (iniciativa de dupla tributação econômica).

Note que, quanto maior for a tributação no Estado da fonte, menor será o tributo residual devido ao Estado de residência. Como o Estado da fonte será encorajado a tributar os não residentes no mais alto grau possível, pois qualquer diminuição na sua tributação não beneficiará o contribuinte, mas aumentará a tributação residual no Estado

da residência, as regras de não discriminação são importantes para diminuir o ímpeto do Estado da fonte em realizar tal tributação exacerbada.

No caso do Brasil, que apesar de ser um país essencialmente importador de capital possui muitas empresas residentes com investimentos no exterior, a regra de não discriminação do artigo 24 (5) da Convenção Modelo (que visa garantir que todas as empresas residentes em um determinado país sejam tratadas igualmente, independentemente de quem controla o seu capital) obsta que o país estrangeiro — onde está localizada a investida — tribute a investida de forma distinta à proposta às empresas controladas ou detidas por capital interno.

Tal medida favorece a aplicação do regime brasileiro de tributação de lucros no exterior (Lei n. 12.973/2014, art. 77), pois quanto menor for tributação no Estado da fonte, maior será a tributação realizada no Brasil.

Além de auxiliar na busca à neutralidade de importação e exportação de capital, as regras de não discriminação promovem o princípio da igualdade previsto na maior parte das constituições atuais. O artigo 24 (5) busca impedir a discriminação da empresa residente que é controlada ou detida por sócio não residente, de modo que o critério da capacidade contributiva se mantém relevante, afinal essas empresas podem apurar os seus tributos da mesma forma que as empresas controladas ou detidas por sócios residentes.

Nesse caso, poderia até haver razões válidas para tratar essas empresas de forma desigual (para desestimular a capitalização das empresas de um Estado por sócios de outro Estado), mas o artigo 24 (5) impede que tal critério seja suficiente para distinção, pois tal dispositivo (artigo 24) não admite justificativas.

Além dessas funções relevantes, as regras de não discriminação previstas nos acordos de bitributação firmados pelo Brasil também têm a função de atribuir competência ao Superior Tribunal de Justiça para analisar questões relacionadas à igualdade tributária.

Capítulo II

Nesse capítulo, o objetivo foi investigar o conceito do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE e analisar como a doutrina tem interpretado referido dispositivo, cujo objetivo principal é evitar que determinado Estado Contratante

compense a perda de arrecadação por meio de medidas que visam fomentar a dupla tributação econômica da renda.

A redação do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE dispõe que “as empresas de um Estado Contratante cujo capital pertencer ou for controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes do outro Estado Contratante, não ficarão sujeitas, no primeiro Estado Contratante, a nenhuma tributação ou obrigação correspondente, diversa ou mais onerosa do que aquelas a que estiverem ou puderem estar sujeitas as outras empresas da mesma natureza desse primeiro Estado”.

Nesses casos, são estes os requisitos para a aplicação da regra de não discriminação prevista no artigo 24 (5): a) que o capital da sociedade pertença ou seja controlado por não residente; b) que o motivo para a discriminação seja o controle ou detenção por não residente; c) que a tributação ou obrigação seja diversa ou mais onerosa do que as aplicadas a outras empresas similares no primeiro Estado, que sejam detidas ou controladas por residentes desse Estado.

Porém, há tratados que preveem redação distinta ao referido dispositivo, e estabelecem que a sociedade residente no Estado Contratante, cujo capital é detido ou controlado por não residente, não pode ser tratada de forma distinta àquele cujo capital é detido ou controlado por residente em terceiro Estado. Tal distinção será mais bem analisada posteriormente.

Nesses casos, são estes os requisitos para a aplicação da regra de não discriminação prevista no artigo 24 (5): a) que o capital da sociedade pertença ou seja controlado por não residente; b) que o motivo para a discriminação seja referido controle ou detenção por não residente; c) que a tributação ou obrigação seja diversa ou mais onerosa do que as aplicadas a outras empresas similares no primeiro Estado, que sejam detidas ou controladas por sócios localizados em terceiro Estado.

Para a aplicação do artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, é necessário que o capital de uma empresa (uma "empresa de um Estado Contratante") seja "total ou parcialmente detido ou controlado, direta ou indiretamente" por um residente do outro Estado. Para simplificar, é possível dizer que os fatos devem incluir (a) um controlador ou detentor do capital de uma empresa doméstica que é (b) não residente.

Não há discussões ou dificuldades na interpretação da referida regra no que diz respeito ao requisito da detenção ou controle, pois, para a sua aplicação, basta que o não residente detenha parte do capital da sociedade localizada no outro Estado contratante, independentemente do percentual dessa participação.

Note, ainda, que a propriedade ou o controle podem ser diretos ou indiretos e que o critério da residência dos sócios detentores do capital é abrangente e não está vinculado, no nosso entender, ao critério de residência previsto no artigo 4 da Convenção Modelo da OCDE.

Para a aplicação da regra de não discriminação prevista no artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, o tratamento fiscal ou qualquer requisito conexo concedido a sociedade controlada ou detida por não residentes deve ser diverso ou mais oneroso do que o concedido a sociedade residente, detida ou controlada por sócio residente.

Nos *reports* do Grupo de Trabalho (WP4) da OECE, apontou-se que a expressão “other than (isto é, “diversa”) deveria impedir que os estrangeiros fossem tributados de forma mais onerosa que os nacionais do país membro”.

Ou seja, a interpretação que o Grupo de Trabalho (WP4) da OECE fez do termo “diverso” foi no sentido de que tal expressão abrangeria o termo “mais oneroso”, ainda que, na prática, nem todo tributo diverso é mais oneroso.

Por isso, ambas as situações referidas acima (incidência de tributos diversos ou base de cálculo mais ampla) se enquadrariam no conceito de tributação mais onerosa.

No tocante à expressão requisitos conexos, note que ela deve ser interpretada no sentido de se referir aos requisitos relacionados com a tributação do sujeito de comparação (e não a do objeto de tributação), isto é, a empresa residente detida ou controlada por não residente. O dispositivo não impede regras internas distintas ou mais onerosas relativas à tributação dos titulares do capital dessa empresa.

Por essa razão, as regras que impõem obrigações de retenção na fonte sobre dividendos pagos a não residentes, mas não a dividendos pagos a residentes, não são proibidas pelo artigo 24 (5), uma vez que os referidos "requisitos conexos" dizem respeito à tributação do destinatário dos dividendos e não à da sociedade residente (que paga os dividendos).

Outra questão importante que deve ser explorada é se a regra de não discriminação, prevista no artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, pode ser violada na hipótese de a lei interna prever que o tratamento distinto se dá pelo único motivo de o capital da sociedade (sujeito de comparação) ser detido por não residente ou se o dispositivo também pode ser violado se a regra interna prever outro critério de discriminação além do controle ou detenção do capital por sócio não residente.

Em outras palavras, questiona-se se para haver violação ao artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE é necessário que a regra interna preveja como único motivo para o tratamento distinto o fato de o capital da sociedade ser detido por sócio não residente.

Parece-nos correta a interpretação de que o termo "unicamente" não pode ser analisado restritivamente, nem amplamente. Há um meio termo na sua interpretação. Assim, não há violação ao artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE/ONU se o critério de distinção não for o controle ou detenção do capital da empresa por não residente ou se tal critério não for a causa do tratamento discriminatório. Em contrapartida, haverá discriminação se o critério proibitivo estiver presente e tal critério for o motivo do tratamento distinto, ainda que, junto a ele, referida regra preveja outro critério de discriminação.

Suponha, por exemplo, que a regra de determinado Estado conceda benefício aos seus residentes que sejam detidos ou controlados por residentes e seus residentes que sejam detidos ou controlados por não residentes, mas somente se, nesse último caso, o controle ou detenção for exercido por estabelecimento permanente localizado nesse Estado.

Nessa hipótese, a distinção não se baseia apenas no fato de o controle e/ou detenção serem exercidos por não residentes, mas pelo fato de o não residente não executar as suas atividades, no outro Estado, por meio de estabelecimento permanente. Sucede que, nesse caso, o critério proibitivo está presente (controle ou detenção do capital da sociedade residente por sócio estrangeiro), e tal critério é a causa da distinção.

Ao dispor quais são as hipóteses em que o parágrafo 5 não seria aplicável, os Comentários à Convenção Modelo da OCDE deixam dúvidas — ou, pelo menos, não esclarecem — as hipóteses em que referido parágrafo deve ser efetivamente aplicado. Tal conduta torna difícil a tarefa do intérprete em identificar as situações em que o dispositivo deve ser efetivamente aplicado.

Inicialmente, tenha-se que o parágrafo 5 do artigo 24 e a discriminação que pretende impedir dizem respeito apenas à tributação das sociedades residentes em determinado Estado Contratante, e não à tributação de quem detém ou controla o seu capital.

Desse modo, se os sócios ou acionistas no exterior forem submetidos a um tratamento tributário distinto — como ocorre nos casos em que os dividendos distribuídos para não residentes estão sujeitos a uma alíquota fixa de IRRF sobre o rendimento bruto

—, mas os dividendos distribuídos para os residentes forem computados na renda global do contribuinte (para tributação em conjunto com os demais rendimentos), tal situação não violará o artigo 24 (5) da Convenção.

A violação a referido dispositivo ocorreria, por exemplo, se a legislação brasileira dispusesse que a dedução dos JCP fosse permitida apenas nas hipóteses em que o pagamento fosse realizado a sócios residentes, mas não a sócios não residentes. Nessa hipótese, a discriminação alcançaria diretamente as sociedades no Brasil, e não o sócio residente no exterior. Como ambas as sociedades se diferenciariam apenas por conta de o capital de uma delas ser detido ou controlado por sócio não residente, haveria violação ao artigo 24 (5).

Outra hipótese pontuada pela OCDE nos Comentários à Convenção Modelo que não resultaria em violação ao artigo 24 (5) da Convenção Modelo diz respeito às regras internas de diferimento de imposto de renda incidente sobre os dividendos pagos a sócios localizados no mesmo estado.

A esse respeito, a Organização explica, nos Comentários, que o artigo 24 (5) da Convenção Modelo não seria violado se determinado Estado resolvesse isentar, do pagamento do imposto retido na fonte, as distribuições realizadas a sócios residentes, sem estender referida isenção às distribuições realizadas a sócios não residentes, se o fundamento dessa isenção for evitar uma tributação em cascata.

Note que, nessa situação específica, há duas justificativas para o tratamento discriminatório: a primeira é que o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE não impede a discriminação dos sócios que controlam o capital da sociedade localizada no outro Estado contratante, mas sim das sociedades investidas, localizadas no mesmo Estado contratante.

De fato, como o beneficiário do rendimento é o sócio não residente, a isenção, caso fosse aplicável às distribuições realizadas ao exterior, beneficiaria o sócio estrangeiro (que receberia os rendimentos sem retenção na fonte) e não as empresas que realizam o pagamento da renda ao exterior.

Além disso, estender o tratamento de isenção para as distribuições realizadas a sócios não residentes impediria que o Estado onde as subsidiárias estão localizadas tributasse os rendimentos auferidos por seus sócios (não residentes), enquanto os sócios residentes estariam sujeitos a referida tributação (quando os rendimentos forem distribuídos ao beneficiário final).

Além dos dois exemplos trazidos acima, os Comentários à Convenção Modelo da OCDE, a partir de 2008, dispõem que o artigo 24 (5) não pode ser interpretado para estender às empresas detidas ou controladas por não residentes os benefícios de regras que permitem a consolidação de lucros e prejuízos de empresas que estão no mesmo grupo econômico, a transmissão de prejuízos entre essas sociedades ou a transmissão de propriedade entre essas sociedades sem pagamento de tributo

Caso as regras de consolidação violassem o artigo 24 (5) da Convenção, a sócia, que apura prejuízo no Estado de residência, não teria imposto a pagar nesse Estado. Caso os referidos prejuízos ultrapassassem os lucros auferidos pelas subsidiárias no outro Estado contratante, também não haveria imposto a pagar nesse outro Estado. Daí a dupla não tributação.

Ainda que os Comentários à Convenção Modelo da OCDE disponham que o parágrafo 5 do artigo 24 não impede que determinado Estado preveja regras de consolidação às empresas residentes, detidas ou controladas por sócios residentes, mesmo que tal consolidação não seja prevista às sociedades cujos sócios ou detentores do capital sejam não residentes, o artigo 24 (5) impede o tratamento discriminatório que se daria caso a lei de um Estado contratante permitisse a consolidação dos lucros das sociedades residentes, controladas ou detidas por sócios residentes, mas tal benefício não fosse estendido para a apuração dos resultados das sociedades residentes irmãs, cujo único diferencial seria o fato de elas serem detidas ou controladas por sócios não residentes.

Impedir que as empresas-irmãs consolidem os seus resultados em função da origem dos sócios ou detentores do seu capital consistiria em clara violação ao artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE. De fato, as empresas residentes em um mesmo Estado contratante estão sujeitas às mesmas obrigações acessórias e tributação, independentemente da origem dos seus sócios.

Entendemos que tal raciocínio também se aplica às hipóteses em que determinado Estado permita que as empresas nele localizadas transfiram, entre si, prejuízos fiscais (seja entre empresas-irmãs ou entre controlador e controlada), mas não permita a referida transferência às empresas localizadas nesse mesmo Estado, cujo único diferencial é o fato de elas serem detidas ou controladas por empresas não residentes.

Do mesmo modo, a transferência de ativos de empresa residente para a sua sócia não residente pode ser tributada naquele Estado, mesmo que essa mesma transmissão seja isenta se realizada entre partes relacionadas residentes, pois tal discriminação diz respeito aos sócios no exterior.

Em linha com o que foi exposto acima, haveria violação ao artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE somente na seguinte hipótese: se a isenção não fosse concedida sobre as transferências de ativos entre empresas residentes, do mesmo grupo, pelo único fato de o controlador ou detentor do capital de uma delas não ser residente naquele Estado.

Por fim, os Comentários à Convenção Modelo da OCDE trazem ainda um último exemplo: de acordo com o documento, uma vez que o artigo 24 (5) da Convenção impede a discriminação da sociedade localizada no Estado residente com base no fato de ela ser detida ou controlada por capital estrangeiro, tal dispositivo não obsta que determinado Estado preveja regras que disponham tratamento distinto para o pagamento de juros a credores residentes ou não residentes.

Em resumo, o artigo 24 (5) não impede regras que são baseadas exclusivamente na relação devedor-credor, desde que tal tratamento diferenciado não tenha como fundamento o fato de o não residente deter ou controlar, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, o capital da sociedade localizada no outro Estado.

Por isso, as regras brasileiras de subcapitalização não violam o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE, pois não são aplicáveis apenas nas situações em que o controlador ou detentor, localizado no exterior, participa do capital da empresa brasileira

Não obstante, como as regras brasileiras de subcapitalização não se aplicam nas transações internas e não permitem que o contribuinte demonstre que a taxa de juros foi fixada de acordo com os parâmetros de mercado, há clara violação ao artigo 24 (4) da Convenção Modelo da OCDE.

Capítulo III

Nesse último capítulo, pretendeu-se correlacionar a regra de não discriminação prevista no parágrafo 5 do artigo 24 com as regras brasileiras de tributação.

Concluiu-se que as regras de preços de transferência no Brasil não violam o artigo 24 (5) da Convenção, pois não concedem tratamento diferenciado com base, unicamente (“*solely based*”), no fato de o estrangeiro deter ou controlar o capital da sociedade no País.

De fato, parece-nos correta a interpretação de que o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE/ONU somente será violado se o critério proibitivo estiver presente (controle ou detenção do capital da empresa por não residente) e tal critério for

o motivo do tratamento distinto, ainda que, junto a ele, referida regra preveja outro critério de discriminação.

Tal critério não é a causa do tratamento discriminatório previsto na legislação brasileira de preços de transferência, pois ditas regras são aplicáveis nas mais diversas hipóteses e não somente nas situações em que o controlador ou detentor, localizado no exterior, participa no capital da empresa brasileira.

Nos casos de ágio, a interpretação da administração tributária no sentido de que incorporação deve ser realizada entre a empresa operacional e a “real investidora” não viola o artigo 24 (5), pois a referida interpretação não discrimina as empresas brasileiras controladas ou detidas por sócios estrangeiros, mas sim o próprio investidor no exterior, único prejudicado, pois ele não pode considerar no preço de aquisição a parcela fiscal do ágio que, fosse ele residente ou nacional brasileiro, deduziria da apuração do lucro real.

O fato de haver questões regulatórias e econômicas que impedem o investidor estrangeiro de aproveitar o ágio fiscal diz respeito a ele mesmo, e não às sociedades brasileiras. De fato, é o investidor estrangeiro que recebe tratamento diferenciado (em relação ao investidor nacional).

Repita-se que a discriminação vedada pelo artigo 24 (5) é aquela em que um Estado contratante concede tratamento distinto ou menos favorável a uma empresa cujo capital seja detido ou controlado, total ou parcialmente, direta ou indiretamente, por um ou mais residentes do outro Estado Contratante, e não ao seu sócio, localizado no exterior.

Soma-se a isso o fato de que tal interpretação (de que, para o aproveitamento do ágio, a incorporação deve ser realizada entre a sociedade operacional e a “real investidora”) não atinge somente as sociedades estrangeiras que constituem empresa no Brasil, mas as próprias sociedades brasileiras que constituem empresa veículo no País.

Ou seja, há decisões judiciais e administrativas que negam o direito de constituir empresa veículo no Brasil, independentemente do local de residência do sócio (Brasil ou exterior).

Além disso, parece-nos que o artigo 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE impede que, para a dedução dos *royalties* pagos pela pessoa jurídica brasileira, se exija o registro dos contratos no Bacen, pois tal condição não é requerida para a dedução dos *royalties* pagos a pessoas jurídicas localizadas no Brasil.

Por fim, como as empresas no Simples Nacional não podem ter sócios localizados no exterior, e as pessoas jurídicas controladas ou detidas por sócio no Brasil

poderão usufruir do regime benéfico do Simples Nacional, fica evidente que as regras dispostas no inciso IV do § 3º do art. 30 e no inciso II do art. 17 da Lei Complementar 123/2006 são incompatíveis com a regra de não discriminação prevista no art. 24 (5) da Convenção Modelo da OCDE.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APELBAUM, Ronaldo. **A tributação dos serviços importados nas convenções para evitar a dupla tributação**. São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

ARNOLD, Brian. The interpretation of tax treaties: myth and reality. **Bulletin for International Taxation**, v. 64, n. 1. Amsterdam: IBFD, 2010.

Art. I of the Final Protocol to the Convention between Belgium and Italy for the prevention of double taxation and for the settlement of various other questions connected with fiscal matters of 11 July 1931, *League of Nations Treaty Series* (1933), vol. CXXXVI, no. 3120, 19, *apud* BAMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and European tax law**. Amsterdam: IBFD, 2012, p. 37.

Art. XV Mexico Draft, “League of Nations Fiscal Committee: London and Mexico Tax Conventions. Commentary and Text”, *Legislative History of United States Tax Conventions*, vol. 4 (1962), at 4388; art. VXI London Draft, o.c., at 4389, *apud* BAMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and European tax law**. Amsterdam: IBFD, 2012, p. 39.

ATALIBA, Geraldo. Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 1968.

AULT, Hugh. The role of the OECD Commentary in the Interpretation of Tax Treaties, **Intertax**, v. 22, n. 4. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 1994, p. 144-148.

_____. SASSEVILLE, Jacques. Taxation and Non-Discrimination: A Reconsideration. [S.L.]: **World Tax Journal**, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Tratado de direito constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Teoria da igualdade tributária.** São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. ÁVILA, Humberto. Legalidade como mediação entre a liberdade e a igualdade na tributação in Direito Tributário e a Constituição TORRES, Heleno (org.), São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 393-399.

_____. **Sistema Constitucional Tributário.** São Paulo: Saraiva, 2012.

BAGCI, Recep. **Comparing Similar Enterprises under Article 24 (5) of the OECD Model: Non-Discrimination and MFN Treatment in the Context of the Netherlands Group Taxation Regime.** European Taxation, 2019.

BAKER, Philip. **Double Taxation Conventions.** London: Sweet & Maxwell, 2014.

BAMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and European tax law.** Amsterdam: IBFD, 2012.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços.** Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1949.

BARRETO, Paulo Ayres. **Elisão Tributária – Limites normativos.** Universidade de São Paulo. Tese de livre docência. São Paulo: USP, 2008.

BEZ-BATTI, Gabriel; ESTRADA, R. D. **A relevância dos documentos da OCDE na interpretação dos tratados tributários assinados pelo Brasil.** 30 anos da Constituição Federal de 1988: uma nova era na tributação?, v. 1, p. 831-844, 2019.

BIANCO, João Francisco in Controvérsias jurídico-contábeis / org. Alexandre Evaristo Pinto, 1. Ed. São Paulo: Atlas, 2020.

BOUMA, Herman B; MASON, Ruth. IFA 2008 Brussels Congress: USA Branch Report: Non-discrimination at the crossroads of international taxation. Brussels: **Cahiers de droit fiscal international**, 2008.

BRASIL. **Lei n. 4.131, de 3 de setembro de 1962.** Disciplina a aplicação do capital estrangeiro e as remessas de valores para o exterior e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4131.htm>. Acesso em: 04 jan. 2022.

_____. **Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre a Sociedade por Ações. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16404consol.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

_____. **Decreto-lei n. 1.598, de 26 de dezembro de 1977.** Altera a legislação do imposto sobre a renda. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1598.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 03 de março de 2022.

_____. **Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995.** Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19249.htm>. Acesso em: 02 fev. 2022.

_____. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1996.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm>. Acesso em 04 de abril de 2022.

_____. **Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996.** Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19430.htm>. Acesso em: 03 jan. 2022.

_____. **Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997.** Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19532.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

_____. **Decreto Legislativo n. 205, de 05 de setembro de 1991.** Aprova o texto da Convenção entre os Governos da República Federativa do Brasil e a República da Coreia destinada a evitar a dupla tributação e prevenir a evasão fiscal em matéria de Impostos sobre a Renda, firmada em Seul, a 7 de março de 1989. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1991/decretolegislativo-205-7-outubro-1991-358195-norma-pl.html>. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

_____. **Lei n. 9.249, de 26 de dezembro de 1995.** Altera a legislação do Imposto de Renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19249.htm>. Acesso em: 02 fev. 2022.

_____. **Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996.** Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19430.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

_____. **Decreto n. 4.012, de 13 de novembro de 2001.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/D4012.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

_____. **Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006.** Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

_____. **Decreto Nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009.** Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 22 jan. 2022.

_____. **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. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/D8140.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

_____. **Lei 13.043, de 13 de novembro de 2014.** Dispõe sobre os fundos de índice de renda fixa, sobre a responsabilidade tributária na integralização de cotas de fundos ou clubes de investimento por meio da entrega de ativos financeiros, sobre a tributação das operações de empréstimos de ativos financeiros e sobre a isenção de imposto sobre a renda na alienação de ações de empresas pequenas e médias e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113043.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

_____. **Decreto n. 9.580, de 22 de novembro de 2018.** Regulamenta a tributação, a fiscalização, a arrecadação e a administração do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/d9580.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

_____. **Lei n. 13.988, de 14 de abril de 2020.** Dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113988.htm. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2.337, de 25 de junho de 2021.** Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2034420&filename=PL%202337/2021. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

BRASIL. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**. Processo 11543.007847/1999-17. Recurso Especial do Procurador. Acórdão 9101-002.572. 1ª Turma. Relator: Rafael Vidal de Araújo. J. 13.03.2017. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

_____. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**. Processo 16561.720083/2014-45. Recurso de Ofício. Acórdão 1301-003.469. 3ª Câmara. 1ª Turma Ordinária. Relator: Carlos Augusto Daniel Neto. J. 20.11.2018. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

_____. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**. Processo 16561.720001/2017-13. Recurso Voluntário / Recurso de Ofício. Acórdão 1401-003.082. 4ª Câmara. 1ª Turma Ordinária. Relator: Claudio de Andrade Camerano. J. 22.01.2019. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

_____. **Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**. Processo 16561.720090/2014-47. Recurso Voluntário. Acórdão n. 1302-003.813. 1ª Seção de Julgamento. 3ª Câmara. 2ª Turma Ordinária. Relator: Paulo Figueiredo. J. 13.08.2019. Disponível em <https://carf.fazenda.gov.br/sincon/public/pages/ConsultarJurisprudencia/listaJurisprudenciaCarf.jsf>. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

BRASIL. Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa n. 1.037, de 04 de junho de 2010**. Disponível em <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=16002>. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

_____. Receita Federal do Brasil. **Instrução Normativa n. 1.455, de 06 de março de 2014**. Disponível em

<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=50414&visao=anotado>. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

BRASIL. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Recurso Extraordinário n. 870.214, rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 24.03.2021. Disponível em stf.jus.br. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

BRUNS, Silke. **Taxation and Non-Discrimination: Clarification and Reconsideration by the OECD**. [S.L.]: European Taxation, 2008.

BRUNSCHOT, Frank van. Judiciary and the OECD Model Convention and its Commentaries. **Bulletin – Tax Treaty Monitor**, v. 59, n. 1, Amsterdam: IBFD, 2005.

BUHLER, Ottmar. **Principios de Derecho Internacional Tributario**. Madrid: Editorial de Derecho Financeiro, 1968.

BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **Imposto sobre a Renda – Pessoas Jurídicas**. Rio de Janeiro: Justec, 1979.

_____. **Finanças e demonstrações financeiras da companhia**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CAAD: **Arbitragem Tributária Processo n.º: 393/2019-T Tema: IRC - Crédito do imposto por dupla tributação internacional**. Contrato de fretamento. Assistência técnica. Disponível em https://caad.org.pt/tributario/decisoes/decisao.php?listOrder=Sorter_data&listDir=DESC&listPage=2&id=4636. Acesso em 21 de fevereiro de 2022.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. São Paulo: Malheiros, 1991.

Comitê de Pronunciamentos Contábeis. Interpretação Técnica ICPC 09. Demonstrações Contábeis Individuais, Demonstrações Separadas, Demonstrações Consolidadas e Aplicação do Método da Equivalência Patrimonial. Disponível em

[http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/494_ICPC_09_\(R2\)_rev%2009.pdf](http://static.cpc.aatb.com.br/Documentos/494_ICPC_09_(R2)_rev%2009.pdf). Acesso em 30 de abril de 2022.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Disponível em https://www.echr.coe.int/documents/convention_por.pdf. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

COSTA, Alcides Jorge. Os acordos para evitar a bitributação e a cláusula de não-discriminação. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo: Dialética, 1996, n. 06, p. 11-22.

DE BROE, Luc. **International tax planning and prevention of abuse**. Amsterdam: IBFD, 2007.

DZIURDS, Kasper. **Non-discrimination in Tax Treaty Law and World Trade Law: the impact of formal, substantive, and subjective approaches**. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2019.

DUARTE FILHO, Paulo César Teixeira. **Double Tax Treaties Policies of Brazil**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018.

ELALI, André; LUCENA Jr., Fernando. Visão crítica sobre as teorias da neutralidade e não discriminação da tributação. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo: Dialética, n. 26, 2011.

ELLIS, Maarten J. The role of the commentaries on the OECD Model in the tax treaty interpretation – Response to David Ward. **Bulletin for International Taxation**, v. 60, n. 3, Amsterdam: IBFD, 2006.

ENGELLEN, Frank. **Interpretation of Tax Treaties under International Law**. Amsterdam: IBFD, 2004.

ERASMUS-KOEN, Monica; DOUMA, Sjoerd. Legal status of the OECD Commentaries – in search of the holy grail of international tax law. **Bulletin for International Taxation**, v. 61, n. 8. Amsterdam: IBFD, 2007.

EUA. Suprema Corte. Gayle v. Browder (1956). Disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/142/707/2263463/>. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

_____. Mayor of Baltimore v. Dawson (1955). Disponível em <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/220/386/78652/>. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

FRANÇA. Code Général des Impôts. Disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006069577/>. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

GARBARINO, Carlo. **Judicial interpretation of tax treaties: the use of the OECD commentary**. Cheltenham: Edward Elgar, 2016.

HADDAD, Gustavo; ABRANTES, Emmanuel Garcia. Passivos fiscais diferidos em combinações de negócios – uma ponte entre o regime contábil e fiscal *in* **Controvérsias jurídico contábeis** (org: MURCIA, Fernando Dal-Ri; PINTO, Alexandre Evaristo; SILVA, Fábio Pereira da; VETTORI, Gustavo). v. 3. Barueri: Atlas, 2022. p. 282.

HASLEHNER, Werner. **Nationality Non-Discrimination and Article 24 OECD – Perennial Issues, Recent Trends and New Approaches**. Amsterdam: IBFD, 2016.

HISTORY OF TAX TREATIES. Project of the OECD, Institute for Austrian and International Tax Law Vienna (WU), IBFD, Università Cattolica del Sacro Cuore, IFA Canadian Branch, Canadian Tax Foundation and University of Sydney, Sydney Law School on the history of tax treaties and their provisions. Disponível em <https://www.taxtreatieshistory.org/>. Acesso em 23 de novembro de 2022.

JONES, Avery J.F *et al.* Art. 24(5) of the OECD Model in Relation to Intra-Group Transfers of Assets and Profits and Losses. **Word Tax Journal**. IBDF, Amsterdam, v. 3, issue 2, p. 179-225, June 2011.

KEMMEREN, Eric C. C. M. Source of income in globalizing economies: overview of the issues and a plea for an origin-based approach. [S.L]: **Bulletin for International Taxation**, 2006.

LANG, Michel. **Introduction to the Law of Double Taxation Conventions**. Vienna: Linde, 2010.

_____. Os trabalhos da OECE e da OCDE para a criação das vedações de discriminação. São Paulo: **Revista de Direito Tributário Internacional**, 2006.

League of Nations Fiscal Committee. **Report on The Work of the Tenth Session of the Committee Held in London from March 20th to 26th, 1946**, in Legislative History of United States Tax Conventions, vol. 4, Washington: U.S. Government Printing Office, 1962, p. 4299.

LOPES, Lúcio F., FERLA, Fernanda; FREITAS, Andréa. Os impactos do fim da Libor. **Valor Econômico**, São Paulo, 04 de abril de 2022. Editorial Globo. Disponível em: <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2022/05/04/os-impactos-do-fim-da-libor.ghtml>. Acesso em 15 de maio de 2022.

MAJER, Diemut. **“Non-Germans” Under the Third Reich: The Nazi Judicial and Administrative System in Germany and Occupied Eastern Union, with Special Regard to Occupied Poland, 1939-1945**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2003.

MARANCA, Alfredo Portinari. **Regulamento do Simples Nacional comentado: resolução CGSN, 2**. Ed. São Paulo: Fiscosoft, 2013.

MARTINS, Eliseu e IUDÍCIBUS, Sérgio de. “Ágio interno é um mito?”. *In* MOSQUERA, Roberto Quiroga; LOPES, Alessandro Broedel. **Controvérsias jurídico-contábeis (aproximações e distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2013, v. 4. pp. 88-103.

MASON, Ruth. Tax Discrimination and Capital Neutrality. [S.L.]: **World Tax Journal**, 2010.

NETO, Luís Flávio. **Contextos para interpretação e aplicação de acordos de bitributação**. São Paulo: Quartier Latin. 2018.

NEVES, Guilherme. **O ágio e a não discriminação do capital estrangeiro: utilização de holdings por não residentes como meio de permitir a sua dedução fiscal**. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 47.

NOVOA, Cesar García in TÔRRES, Heleno Taveira (coord). **Tratado de direito constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2005.

OCDE. **Comentários à Convenção Modelo**. Disponível em https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

OCDE. **Comentários ao artigo 24 da Convenção Modelo**. Disponível em https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

OCDE. **Comentários ao artigo 24 (1) da Convenção Modelo**. Disponível em https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

OCDE. **Comentários ao artigo 24 (5) da Convenção Modelo**. Disponível em https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

OECD. **Action 2 Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements.** Disponível em <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action2/>. Acesso em 26 de novembro de 2022.

_____. Centre for tax policy and administration. **Application and interpretation of article 24 (non-discrimination).** Public discussion draft. 3 May 2007. Accessed on February 27, 2022. Available at [oecd.org/ctp/treaties/38516170.pdf](https://www.oecd.org/ctp/treaties/38516170.pdf).

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

_____. **Model tax convention on income and on capital: condensed version.** Paris: OECD Publishing, 1992.

_____. **Model tax convention on income and on capital: condensed version.** Paris: OECD Publishing, 2014.

_____. **Model tax convention on income and on capital: condensed version.** Paris: OECD Publishing, 2017.

_____. **Transfer Pricing Guidance on Financial Transactions.** Paris: OECD Publishing, 2020.

_____. **Transfer pricing in Brazil: towards convergence with the OECD standard: a joint assessment of the similarities and differences between the Brazilian and OECD frameworks.** Paris: OECD Publishing, 2019

_____. **Recommendation of the Council OECD Legal Instruments concerning the Avoidance of Double Taxation with respect to Taxes on Estates and Inheritances and on Gifts.** Disponível em <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/82/82.en.pdf>. Acesso em 13 de dezembro de 2022.

_____. **Stat. Table II.1. Statutory corporate income tax rate.** Disponível em: <<https://stats.oecd.org/Index.aspx?QueryId=78166>>. Acesso em 17 de junho de 2021.

OKUMA, Alessandra. **Não-discriminação deve se aplicar à tributação de não residentes.** Conjur, Disponível em: <conjur.com.br/2019-dez-16/alessandra-okuma-discriminacao-tributacao-nao-residentes#sdfootnote4sym>. Acesso em 27 de janeiro de 2022.

_____. **Não discriminação no direito tributário internacional: análise do art. 24 do modelo da OCDE.** Rio de Janeiro: Lumes Juris.

ONU. Comentários à Convenção Modelo da ONU ao artigo 24 (5). Disponível em https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

POLIZELLI, Victor Borges. **O princípio da realização da renda e sua aplicação no imposto de renda de pessoas jurídicas.** São Paulo: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2009. Dissertação de Mestrado em Direito Econômico e Financeiro.

POLIZELLI, Victor Borges. **O Princípio da Realização da Renda – Reconhecimento de Receitas e Despesas para fins do IRPJ.** São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2012.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário.** São Paulo: Dialética, 2000.

PWC. **Treasury and IRS release final foreign tax credit regulations.** Dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.pwc.com/us/en/services/tax/library/treasury-and-irs-release-final-foreign-tax-credit-regulations.html>. Acesso em 02 de dezembro de 2022.

REIMER, Ekkehart. **Interpretation of Tax Treaties. European Taxation**, v. 39, n. 12, Amsterdam: IBFD, 1999.

ROCHA, Sérgio André. **Interpretação dos tratados para evitar a bitributação da renda.** São Paulo: Quartier Latin, 2013.

RUST, Alexander. Beps action 2: 2014 Deliverable-Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements and its compability with the non-discrimination provisions in tax treaties and the treaty of the functioning of the European Union. **British Tax Review** 60 (3): 308-324.

RUST, Alexander. **International Tax Neutrality and Non-Discrimination – A Legal Perspective in Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics** (M. Lang et al. eds., IBFD 2010), Books IBFD.

RUST, Alexander. **Klaus Vogel on Double Taxation Conventions**. Hague, 2015. P. 1723.

RUST, Alexander *In* VOGEL/LEHNER. **Doppelbesteuerungsabkommen. Kommentar**. 5. Auflage. München: C.H. Beck, 2008.

SANTIAGO, Bruno. Análise do artigo 24º da convenção modelo OCDE sobre o princípio na não-discriminação. *In*: FERREIRA et al. **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha**. Coimbra: Almedina, 2010.

SANTOS, Chico; CLEMENTE, Isabel. Santander surpreende e leva o Banespa na privatização mais cara da história. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 21 de novembro de 2000, Mercado. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2111200002.htm>. Acesso em 14 de setembro de 2022.

SANTOS, Ramon Tomazela. A classificação da remuneração proveniente da prestação de serviços técnicos e de assistência técnica nos acordos de bitributação celebrados pelo Brasil. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 121, 2015, pp. 105-138.

_____. As regras brasileiras de subcapitalização e os acordos internacionais de bitributação – a incompatibilidade da Lei nº 12.249/2010 com o princípio arm's lenght e com a cláusula de não discriminação. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2015.

_____. “As regras de subcapitalização introduzidas pela Lei 12249/10”. **Rev. Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, jan. 2011, v.184, p.116-127.

_____. A Cláusula de não discriminação nos acordos de bitributação. **Revista Direito Tributário Internacional Atual**, 2017, v. 02, p. 255-294.

_____. **A dupla tributação económica da renda e os acordos de bitributação**. São Paulo, IBDT, 2021.

SANTOS, Ramon Tomazela; BIANCO, João Francisco. The social contribution on net profits and the substantive scope of Brazilian tax treaties – treaty override or legislative interpretation? **Bulletin for International Taxation**. Vol. 70, n. 9, setembro de 2016.

SCHAUER, Frederick. **Generality and Equality**. [S.L]: Law and Philosophy, 1997.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Tratados e convenções internacionais sobre tributação. **Revista Direito Tributário Atual**, n. 17. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **Contribuição à história dos acordos de bitributação: a experiência brasileira**. São Paulo: Direito Tributário Atual, 2008.

_____. O Mito do Lucro Real na Passagem da Disponibilidade Jurídica para a Disponibilidade Econômica. *In* MOSQUERA, Roberto Q.; LOPES, Alexandro B. (coord.). **Controvérsias Jurídico-Contábeis (Aproximações e Distanciamentos)**. São Paulo: Dialética, 2010.

_____. Solidariedade, Domicílio e Capacidade Contributiva. *In*: Ives Gandra da Silva Martins; Carlos Valder do Nascimento; Rogério Gandra da Silva Martins. (Org.). **Tratado de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Tax sparing: uma Reconsideração da Reconsideração. **Revista Direito Tributário Atual**, São Paulo: Dialética, 2011, v. 26.

_____. **Ágio em reorganizações societárias (aspectos tributários)**. São Paulo: Dialética, 2012.

_____. SILVA, Natalie Matos. Brazil, *in* **The impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral treaties**. (Eds.: LANG, Michael et al). Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

_____. **Preços de transferência no Direito Tributário brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2013.

_____. **Arm's length: beyond the guidelines of the OECD**. Bulletin for International Taxation. IBDF, November, 2015.

_____. Prefácio *in* NETO, Luís Flávio. **Direito Tributário Internacional: “contextos” para interpretação e aplicação de acordos de bitributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

_____. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. TORRES, Heleno Taveira; TAVARES, Romero J.S.; ROCHA, Sérgio André. **Brazilian TP: missed opportunities ahead**. **Kluwer International Tax Blog**, 2019. Disponível em <http://kluwertaxblog.com/2019/07/30/brazilian-tp-missed-opportunities-ahead/>. Acesso em 11 de janeiro de 2023.

SCHOUERI, Luís Eduardo et al. **Brazilian TP: missed opportunities ahead**. Kluwer International Tax Blog, 2019. Disponível em <http://kluwertaxblog.com/2019/07/30/brazilian-tp-missed-opportunities-ahead/>. Acesso em 4 de novembro de 2019.

_____. GALENDI JÚNIOR, Ricardo André. Brazil - Challenges to Brazilian Transfer Pricing Rules upon Accession to the OECD. **International Transfer Pricing Journal**, v. 26, p. 1-19, 2019.

_____. SCHOUERI, Pedro Guilherme Lindenberg. **Novas Fundações do Direito Tributário Internacional? A OCDE, Seus Pilares I e II e a Covid-19**. Anais [recurso eletrônico] / 8º Congresso Brasileiro de Direito Tributário Internacional: novos paradigmas da tributação internacional e a COVID-19, 16, 17, 18 de setembro de 2020 em São Paulo, SP. Coordenadores: Luís Eduardo Schoueri, Luís Flávio Neto, Rodrigo Maito da Silveira – São Paulo, IBDT, 2020.

_____. BEZ-BATTI, Gabriel. **Brazilian report. Taxation of Interest Under Domestic Law: EU Law and Tax Treaties**. Amsterdam: IBFD, 2022.

SCHÖN, Wolfgang. International tax coordination for a second-best world (part I). [S.L.]: **World Tax Journal**, 2009.

SILVA, Bruno da. **Revisiting the application of the capital ownership non-discrimination provision in tax treaties**. Amsterdam: IBFD, 2016.

SMITH, Adam. **An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations**. New York: The Modern Library, 2000.

TÔRRES, Heleno Taveira. Capital estrangeiro e princípio da não-discriminação tributária no direito interno e nas convenções internacionais. **Revista Dialética de Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2002, n. 87, pp. 33-53.

Treaty between Germany and Czechoslovakia for the adjustment of taxation at home and abroad, in particular for the avoidance of double taxation in the field of direct taxation, and concerning legal safeguards and legal assistance in matters of taxation, signed at Prague, Dec. 31, 1921, League of Nations Treaty Series (1923), vol. XVII, no. 447, *apud* BAMMENS, Niels. **The principle of non-discrimination in international and European tax law**. Amsterdam: IBFD, 2012, p. 36.

TRENTINI, Helena. As consequências das restrições à dedutibilidade de despesas com *royalties* incorridas por empresas brasileiras: desincentivo ao investimento em tecnologia. **Revista de Direito Tributário Atual**. v. 45. São Paulo: IBDT, 2020. Disponível em <https://ibdt.org.br/RDTA/as-consequencias-das-restricoes-a-dedutibilidade-de-despesas->

[com-royalties-incorridas-por-empresas-brasileiras-desincentivo-ao-investimento-em-tecnologia](#). Acesso em 23 de outubro de 2022.

Tribunal de Justiça da União Europeia. **Casos C-39/13, C-40/13 e C-41/13. Inspecteur van de Belastingdienst/Noord/kantoor Groningen v SCA Group Holding BV (C-39/13), X AG, X1 Holding GmbH, X2 Holding GmbH, X3 Holding GmbH, D1 BV, D2 BV, D3 BV v Inspecteur van de Belastingdienst Amsterdam (C-40/13), and Inspecteur van de Belastingdienst Holland-Noord/kantoor Zaandam v MSA International Holdings BV, MSA Nederland BV (C-41/13)**. 12 de junho de 2014. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62013CJ0039>. Acesso em 28 março 2022.

_____. **Caso C-418/07. Société Papillon v Ministère du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62007CJ0418>. Acesso em: 27 março 2022.

VAN RAAD, Kees. **Issues in the Application of Tax Treaty Non-Discrimination Clauses**. Amsterdam: IBFD, 1988.

_____. **Não-discriminação na tributação de operações transnacionais: escopo e questões conceituais**. São Paulo: Dialética/IBDT, 2005.

_____. **Nondiscrimination in International Tax Law**. Hague, Kluwer, 1986.

VOGEL, Klaus. **Klaus Vogel on Double Taxation Conventions**. 3. ed. The Hague: Kluwer Law International, 1997, p. 44.

_____. World-Wide vs. Source Taxation of Income - A Review and Reevaluation of Arguments. *In*: MCLURE, Charles E.; SINN, Hans-Werner; MUSGRAVE, Peggy B. **Influence of Tax Differentials on International Competitiveness**. Deventer: Kluwer, 1990.

_____. Zu einigen Fragen des Internationalen Steuerrechts, *in Der Betrieb*, v. 10, 1986.

_____. PROKISCH, Rainer. General Report. Interpretation of Double Tax Conventions. **Cahiers de Droit Fiscal International**, v. 78. Deventer: IFA, 1993.

WARD, David. The role of the commentaries on the OECD Model in the tax treaty interpretation process. **Bulletin – Tax treaty monitor**. Amsterdam: IBFD, 2006. p. 99.

WHITTAKER, Donald R. An Examination of the O.E.C.D. and U.N. Model Tax Treaties: History, Provisions and Application to U.S. Foreign Policy. **North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation**. Vol. 8. Number 1.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ZILVETI, Fernando Aurélio. **Princípios de Direito Tributário e a capacidade contributiva**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.