

REFORMAS TRIBUTÁRIAS *ANTI-BEPS* E A OMC: ENFRENTANDO DESAFIOS FISCAIS GLOBAIS

Antonio Lopo Martinez

Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra e pela Universidade de Salamanca. Doutor em Contabilidade pela Universidade de São Paulo. Bolsista de Produtividade e Pesquisa do CNPq. Investigador integrado do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor assistente convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Artigo recebido em 19.05.2023 e aprovado em 28.05.2023.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 Reformas *anti-BEPS* 3 Medidas *anti-tax avoidance* e a OMC 3.1 Regras de preços de transferência 3.2 Empresa estrangeira controlada (Controlled Foreign Corporation – CFC) 3.3 Regras de subcapitalização (*thin capitalization rules*) 3.4 Disposição geral antiabuso: GAAR 3.5 Medidas defensivas de base tributária 4 Considerações finais 5 Referências.

RESUMO: Este estudo explora possíveis reformas tributárias adotadas pelos Estados com o intuito de preservar sua base tributária e examina eventuais conflitos com as normas da Organização Mundial do Comércio (OMC). O tema se torna ainda mais relevante devido ao crescente papel das transações transfronteiriças nas receitas fiscais dos Estados contemporâneos. O artigo enfatiza as reformas *anti-BEPS*, medidas inovadoras voltadas à prevenção da erosão da base tributária e transferência de lucros entre países. Em seguida, investiga estratégias antielisão fiscal, destacando possíveis conflitos com as normas da OMC e a importância do equilíbrio entre as reformas *anti-BEPS* e a adesão às normas da OMC. A cooperação internacional e abordagens multilaterais são ressaltadas como essenciais para enfrentar desafios globais e lidar com desafios fiscais crescentes. Por fim, o estudo aborda o impacto dessas reformas e suas implicações para os Estados e a OMC em um cenário global instável e com emergentes desafios fiscais.

PALAVRAS-CHAVE: Reformas tributárias. Erosão da base tributária. Organização Mundial do Comércio. Tributação internacional. Cooperação internacional.

ANTI-BEPS TAX REFORMS AND THE WTO: FACING GLOBAL TAX CHALLENGES

CONTENTS: 1 Introduction 2 Anti-BEPS reforms 3 Anti-tax avoidance measures and the WTO 3.1 Transfer pricing rules 3.2 Controlled Foreign Corporation (CFC) 3.3 Thin capitalization rules 3.4 General anti-abuse provision: GAAR 3.5 Measures tax base defenses 4 Final considerations 5 References.

ABSTRACT: This study explores possible tax reforms adopted by States in order to preserve their tax base and examines possible conflicts with World Trade Organization (WTO) rules. The theme becomes even more relevant due to the growing role of cross-border transactions in the tax revenues of contemporary states. The article emphasizes anti-BEPS reforms, innovative measures aimed at preventing the erosion of the tax base and transferring profits between countries. It then investigates anti-tax avoidance strategies, highlighting potential conflicts with WTO rules and the importance of balancing anti-BEPS reforms and adherence to WTO rules. International cooperation and multilateral approaches are highlighted as essential to face global challenges and deal with growing fiscal challenges. Finally, the study addresses the impact of these reforms and their implications for States and the WTO in an unstable global scenario and with emerging fiscal challenges.

KEYWORDS: Tax reforms. Erosion of the tax base. World Trade Organization. International taxation. International cooperation.

1 INTRODUÇÃO

Os desafios contemporâneos no âmbito tributário e do comércio exterior são expressivos em virtude das crescentes demandas por reformas fiscais. Enquanto organizações internacionais buscam aprimorar os sistemas de resolução de conflitos, governos e instituições globais propõem mudanças significativas nos sistemas tributários nacionais e internacionais.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) tem liderado esforços globais para desenvolver novas regras fiscais para a era digital, com o objetivo de garantir que as empresas digitais paguem sua justa parcela de impostos onde geram valor. O projeto da OCDE, conhecido como “Plano de Ação BEPS 2.0”, visa a redefinir as regras fiscais internacionais para garantir que as empresas paguem impostos onde geram valor econômico e onde têm presença digital significativa.

Além disso, as iniciativas para estabelecer políticas tributárias que incentivem a proteção ambiental e a promoção de práticas saudáveis estão ganhando cada vez mais importância em todo o mundo. Os governos estão buscando maneiras de tornar as empresas mais responsáveis ambientalmente e de estimular

práticas sustentáveis, por meio de incentivos fiscais, impostos verdes e outras políticas.

Em termos de reformas tributárias mais amplas, a redução de alíquotas e a ampliação da base tributária são frequentemente consideradas medidas eficazes para melhorar a eficiência e a equidade do sistema tributário. A transição de uma estrutura baseada em impostos diretos para a preferência pelos indiretos também é uma tendência em muitos países, em virtude de sua capacidade de gerar receita com maior eficiência e equidade. Além disso, os países estão buscando cada vez mais sistemas de integração tributária regional, como a União Europeia e o Mercosul, para promover a cooperação e facilitar o comércio (BAO, 2001, 2002).

Contudo, um dos principais desafios é o fato de que, nos últimos anos, muitas empresas multinacionais conseguiram estruturar e conduzir negócios de maneira a contestar os fundamentos da tributação internacional da renda. Em casos mais sofisticados, isso resulta na chamada “dupla não tributação”, em que nenhuma jurisdição tem o direito de tributar a renda (DILLON, 2017, p. 1-2). Essas empresas mitigam sua carga fiscal por meio de estruturas corporativas específicas, preços de transferência e instrumentos financeiros híbridos. Embora essas estratégias possam não violar a letra da lei, elas frequentemente contrariam princípios morais, prejudicando a distribuição de riqueza e a justiça (HILLING; OSTAS, 2017, p. 40-46).

Diante desses desafios, os governos buscam criar medidas antielisão para coibir planejamentos tributários internacionais. Entretanto, tais medidas podem conflitar com princípios gerais e normas legais, tanto nacionais quanto internacionais. Além disso, essas legislações podem também entrar em choque com os acordos da OMC, levando os Estados, de forma inadvertida ou intencional, a promover práticas protecionistas, em conflito com as normas do direito comercial internacional.

Assim, o objetivo deste estudo é explorar as possíveis reformas tributárias implementadas pelos Estados para salvaguardar sua base tributária e analisar como elas podem entrar em conflito com as normas estabelecidas pela Organização Mundial do Comércio (OMC). Esse tema é extremamente relevante e atual, uma vez que as transações transfronteiriças, com implicações tributárias, desempenham um papel cada vez mais significativo nas receitas fiscais dos Estados modernos (MARTINEZ, 2022).

Primeiramente, abordaremos as reformas *anti-BEPS* (Base Erosion and Profit Shifting), medidas que visam a prevenir a erosão da base tributária e a transferência de lucros entre países. Em seguida, examinaremos uma série de estratégias *anti-avoidance*, cujo propósito é combater a evasão fiscal e identificar possíveis conflitos com as normas da OMC. Ao final, apresentaremos uma conclusão a respeito do impacto dessas reformas tributárias e suas implicações para os Estados e a própria OMC.

2 REFORMAS ANTI-BEPS

Diante da preocupação com o comprometimento da base tributária, os Estados têm adotado medidas para se prevenir de ameaças a suas receitas fiscais. A OCDE elaborou o plano BEPS com ações em 15 itens, muitos deles contendo normas mínimas voltadas para a implementação unilateral ou bilateral em âmbito nacional. Outros itens incluem mudanças nos modelos e orientações da OCDE, bem como compromissos de maior diálogo e acordos em matéria de cooperação tributária. A OCDE organizou suas normas mínimas em quatro categorias principais: (i) Relatório Country-by-Country (CbC); (ii) abuso de tratados fiscais; (iii) práticas fiscais prejudiciais; e (iv) resolução de disputas fiscais transfronteiriças. Essas normas são estabelecidas como regras prescritivas acompanhadas por várias recomendações de melhores práticas.

No contexto da União Europeia (UE), a Diretiva Anti-Tax-Avoidance (ATAD) estabelece cinco regras antiabuso fiscal: (i) limitação da dedutibilidade dos juros para desencorajar acordos de dívida artificial destinados a minimizar os impostos; (ii) tributação de saída (*exit tax*) para evitar que empresas evitem a tributação ao realocarem ativos; (iii) uma regra geral antiabuso (GAAR) para combater o planejamento tributário agressivo quando outras regras não se aplicam; (iv) regras de empresas estrangeiras controladas (CFC) para desencorajar a transferência de lucros para países com baixa ou nenhuma tributação; e (v) uma estrutura para combater arranjos híbridos.

Embora a ATAD incorpore muitas das medidas do BEPS em um processo de harmonização fiscal europeu, ela o faz não apenas unilateralmente, mas também com disposições que vão além do previsto no pacote BEPS. Isso pode gerar problemas de imposições discriminatórias perante os acordos da OMC. Com a adoção da ATAD pela UE, cresce a possibilidade de surgirem novas versões

“regionais” do BEPS, adicionando mais complexidade ao cenário tributário internacional (CARBAJO VASCO, 2017, p. 23).

O objetivo primordial de uma reforma do sistema tributário internacional é redistribuir os direitos tributários entre jurisdições em escala global, ao mesmo tempo que combate a evasão fiscal e a concorrência fiscal prejudicial. Contudo, a estreita relação entre as obrigações do direito comercial internacional e o sistema tributário internacional exige uma profunda reflexão por parte dos defensores dessas reformas tributárias. A erosão da base fiscal internacional pelas multinacionais, em grande parte, decorre do aumento do comércio global, da integração dos países em desenvolvimento e da redução das barreiras tarifárias. Esses fatores permitiram a expansão do comércio entre partes relacionadas (duas subsidiárias de um mesmo grupo empresarial) para cerca de 40% a 60% do comércio internacional. São nessas transações que as multinacionais transferem lucros entre países.

Uma proposta para enfrentar esse problema é a “Global anti-base erosion proposal” (GloBE), resultado de uma Consulta Pública da OCDE que aborda os “Desafios Fiscais decorrentes da Digitalização da Economia”. A proposta incentiva o desenvolvimento de um conjunto coordenado de regras para tratar da transferência de lucros dentro de grupos empresariais para jurisdições com baixa ou nenhuma tributação (ENGLISCH; BECKER, 2019)¹. Em síntese, a GloBE visa a assegurar o pagamento de um mínimo de imposto onde o valor é gerado e a atividade econômica ocorre. Além disso, busca resolver as questões remanescentes do BEPS, evitando a concorrência fiscal prejudicial, especialmente reduzindo as pressões para conceder incentivos fiscais injustificados, sem impacto econômico positivo, e complementando medidas existentes para combater a evasão fiscal e o planejamento tributário agressivo (NOGUEIRA, 2020, p. 1).

O primeiro objetivo na reformulação do sistema tributário internacional é abordado por três propostas inovadoras, conhecidas como Pilar I: (i) a abordagem de “contribuição do utilizador”, que busca alinhar a tributação à existência e à atividade dos “utilizadores” de serviços digitais em uma jurisdição; (ii) a abordagem de “marketing intangível”, que atribui lucros (residuais) às jurisdições onde o contribuinte (empresa estrangeira) criou um ativo intangível digital ou

1. A proposta GloBE, inspirada nos modelos GILTI e BEAT dos EUA, requer a aplicação de regras de inclusão de renda, semelhantes a sistemas abrangentes de CFC, e limitações na dedução fiscal ou uso de impostos retidos para gastos e pagamentos no exterior.

não digital relacionado à sua base de clientes; (iii) a abordagem de “presença econômica significativa”, que propõe mudanças nos paradigmas de definição de estabelecimento estável, e, possivelmente, alocação de lucros aos países de mercado com base em uma fórmula específica. Esta última abordagem foi claramente defendida pelo grupo G-24, composto por economias emergentes e em desenvolvimento.

O segundo objetivo é abordado pela proposta de um “regime fiscal mínimo” (conhecido como Pilar II), que permite tanto aos países de residência quanto aos de origem cobrar impostos compensatórios caso a carga fiscal sobre os lucros das empresas nos países com maior direito à tributação não atinja uma alíquota efetiva acima de um determinado limite mínimo (SCHÖN, 2019, p. 1.003-1.004).

É importante salientar que, apesar da urgência justificável, a reformulação do sistema tributário internacional não pode ser promovida sem considerar sua profunda interseção com os acordos da OMC. Observa-se que as discussões têm sido conduzidas sem a devida reflexão sobre como medidas unilaterais promovidas pelos Estados podem resultar na criação de um mecanismo que, sob o pretexto de preservar a base tributária, acabe também discriminando, de forma arbitrária e injustificada, produtos e serviços internacionais (FERRERAS GUTIÉRREZ; GIMÉNEZ-REYNA; RUIZ GALLUD, 2018, p. 897).

3 MEDIDAS ANTI-TAX AVOIDANCE E A OMC

Nesta parte, serão discutidas algumas das medidas fiscais antierosão da base tributária que estão sendo promovidas, e em que medida podem conflitar com acordos da OMC.

3.1 Regras de preços de transferência

Na busca pela reformulação das normas de preços de transferência, eventuais ajustes nos critérios de cálculo e a tentativa de impor uma carga tributária mais pesada às empresas multinacionais podem resultar em dupla tributação. Tal situação poderia ser vista como discriminação contra produtores internacionais. Se as autoridades de um país promoverem ajustes nos preços de transferência visando a aumentar os lucros tributáveis naquele país, haverá o risco de tributação dupla, a menos que ajustes correspondentes sejam realizados no outro país envolvido. No entanto, é provável que as autoridades desse outro

país não tenham incentivos para fazer tais ajustes. Ainda que os tratados fiscais normalmente contenham a obrigação recíproca de realizar os chamados “ajustes correlativos”, é pouco provável que, na redistribuição dos direitos tributários, em que haverá ganhadores e perdedores, se estabeleça esse acordo recíproco bilateral (EASSON, 2004, p. 43).

Há amplo consenso de que a discriminação contra bens estrangeiros, ao considerá-los como despesas (despesas comerciais, custos de publicidade, despesas especiais), viola o princípio da igualdade de tratamento dos nacionais. Casos fiscais demonstram que as exportações podem ser subsidiadas por uma prática generosa de preços de transferência. Nesse sentido, o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias (ASCM) declara expressamente seu apoio ao princípio da “plena concorrência” no item 59, segunda frase. Por outro lado, um Estado pode discriminar as importações se o cálculo da renda do importador se basear em preços de transferência muito baixos. Os subsídios e a discriminação aparecem novamente como antagonismos. A consequência dessa discriminação pelos preços de transferência é a deslocação da base tributária do país exportador para o país importador.

Uma questão mais substantiva para países de baixa renda é se uma abordagem de tributação por alíquota mínima pode ser utilizada, estabelecendo publicamente margens de lucro mínimas para conjuntos definidos de transações, ignorando os preços de transferência e a observância do princípio da plena concorrência (*arm's length*). Os contribuintes não precisariam produzir um estudo de preços de transferência nem buscar transações de mercado comparáveis; eles simplesmente precisariam mostrar uma margem de lucro para que as transações qualificadas se enquadrassem no nível de *safe harbor*. No entanto, tais medidas, ao desconsiderarem preços de “plena concorrência” (*arm's length*), podem estar em desacordo com os acordos da OMC.

3.2 Empresa estrangeira controlada (Controlled Foreign Corporation – CFC)

As empresas multinacionais operam frequentemente em diversos países, sujeitando-se a múltiplas jurisdições fiscais. Com o objetivo de impedir que essas empresas minimizem sua responsabilidade tributária aproveitando-se das diferenças fiscais entre os países, foram implementadas regras antielisivas, conhecidas como Controlled Foreign Corporation (CFC). Essas regras são destinadas a empresas nacionais que estabelecem subsidiárias em jurisdições de

baixa tributação, para evitar impostos. As regras das CFCs exigem que os lucros tributáveis de uma CFC sejam tributados no Estado da matriz. No entanto, é comum que essas regras sejam aplicadas de maneira discriminatória em relação a alguns Estados, o que pode resultar em uma posição tributária indiretamente desfavorável para a empresa estrangeira, em comparação com uma empresa nacional.

As regras CFC são medidas destinadas a combater a erosão da base fiscal e o desvio de renda por contribuintes residentes para empresas controladas por eles que, normalmente, estão em países com baixa ou nenhuma tributação. O Plano de Ação 3 do BEPS (Erosão da Base Tributária e Transferência de Lucros) recomenda que as regras CFC só operem em relação às CFCs sujeitas a taxas efetivas de tributação significativamente inferiores às impostas pelo Estado de origem. Dessa forma, do ponto de vista do Estado anfitrião, há uma possibilidade real de que as subsidiárias controladas por não residentes sejam alcançadas pelas regras CFC dos Estados onde os acionistas são residentes (CHEN, 2017, p. 30).

Segundo essas regras, alguns países podem ser tratados de maneira menos favorável do ponto de vista tributário, e com base na cláusula da Nação Mais Favorecida (NMF), aqueles que se sentem prejudicados poderiam reivindicar um tratamento não menos favorável. Vale lembrar que a OCDE recomenda medidas defensivas para combater práticas fiscais prejudiciais, incluindo a adoção das regras CFC, o que pode gerar um potencial conflito com o princípio da não discriminação, especialmente com a cláusula da NMF.

As regras CFC têm como objetivo combater a elisão fiscal, e não evitar a dupla tributação. Por isso, parece difícil interpretá-las como Convenção para Evitar a Dupla Tributação (CDT), ou seja, que garanta que o imposto seja cobrado apenas na jurisdição estrangeira. No comércio de serviços, parece improvável que se aplique a exceção prevista no art. XIV(e) do Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS), o que não sustentaria a manutenção desse tratamento discriminatório. Assim, membros da OMC com um número relevante de CFCs poderiam, em tese, argumentar que estão sendo tratados de maneira menos favorável em comparação com outros Estados que estejam excluídos da lista de países com tratamento mais rigoroso (VÄLJEMARK, 2005, p. 696-697).

É crucial esclarecer que as legislações CFC não impõem restrições à importação de capital pelo Estado, uma vez que abrangem exclusivamente o acionista doméstico da empresa estrangeira. Os acordos da OMC não proíbem

diretamente a discriminação tributária contra investidores nacionais em atividades de investimento transfronteiriças. Da mesma forma, a liberdade da corporação estrangeira para financiar suas atividades não é protegida por um sistema comercial.

A violação às obrigações do acordo da OMC ocorre somente se uma medida fiscal colocar um fornecedor estrangeiro de bens ou serviços em desvantagem competitiva, configurando uma barreira à importação, ou se a medida fiscal criar um subsídio. No entanto, pode haver uma desvantagem indireta para a corporação estrangeira, pois a tributação dos acionistas no Estado importador pode ser considerada como uma barreira à importação.

Além disso, as normas CFC específicas de cada país poderiam constituir uma violação concebível da cláusula da nação mais favorecida, conforme mencionado anteriormente. Um exemplo seria o tratamento diferenciado para empresas com capital nacional situadas em países considerados “paraísos fiscais”. As normas CFC podem representar uma discriminação de fato contra essas empresas subsidiárias controladas por acionistas residentes.

Essas normas também são passíveis, em tese, de serem questionadas no âmbito da OMC pelo Estado anfitrião, caso se evidencie, *prima facie*, o tratamento discriminatório. Esse cenário destaca a complexidade das legislações CFC e a necessidade de um equilíbrio cuidadoso entre a proteção dos interesses fiscais dos Estados e a garantia de um ambiente de negócios justo e competitivo para as empresas estrangeiras.

3.3 Regras de subcapitalização (*thin capitalization rules*)

Países com tributação corporativa elevada incentivam empresas multinacionais a financiar investimentos com dívidas, pois os pagamentos de juros são dedutíveis dos impostos – algo que geralmente não ocorre no financiamento com capital próprio. Dessa forma, surge um estímulo econômico para que as empresas multinacionais financiem internamente entre entidades em países com menor tributação para aquelas em países com tributação mais alta.

A Ação 4 do BEPS da OCDE tem como objetivo prevenir a erosão da base tributária causada pelo uso de despesas com juros, empregando, em particular, dívidas de partes relacionadas e de terceiros para obter deduções tributárias de juros excessivas. No entanto, não são apenas as deduções de juros exorbitantes ou fora do padrão *arms' length* que estão sob vigilância; os regimes fiscais

preferenciais (“paraísos fiscais”) também constituem uma área-chave de preocupação, pois causam concorrência fiscal prejudicial.

Frequentemente, a *race to the bottom* se manifesta como reduções generalizadas nas alíquotas de imposto sobre as sociedades em determinados tipos de rendimento, como o rendimento de atividades financeiras ou do fornecimento de bens intangíveis. Para combater a erosão de suas bases tributárias, os países começaram a introduzir limitações às deduções de juros, especialmente quando os rendimentos estão sujeitos à tributação nula ou baixa. Isso ocorre particularmente quando os beneficiários efetivos residem em um país que oferece regime tributário favorável, estão sujeitos a uma alíquota legal de imposto baixa ou recebem isenção ou redução fiscal favorável.

As regras de subcapitalização limitam a dedutibilidade dos juros pagos por empréstimos concedidos por uma pessoa relacionada estrangeira no caso de capitalização da empresa residente. Tais regras específicas podem, portanto, proibir deduções fiscais para pagamentos de juros, a menos que o beneficiário pague um mínimo determinado de imposto sobre os pagamentos de juros recebidos. Em alguns casos, as regras de subcapitalização são elaboradas de tal forma que implicam o uso do princípio de “plena concorrência” para definir o montante da dívida que um terceiro prestador estaria disposto a emprestar. Nesse caso, as regras de subcapitalização enfrentam as mesmas deficiências que as regras gerais de preços de transferência, destacando a complexidade do cenário tributário internacional e a necessidade de encontrar soluções equilibradas para lidar com esses desafios (DUBUT, 2015, p. 143).

Do ponto de vista das cláusulas de Nação Mais Favorecida (NMF) e Tratamento Nacional (TN) no contexto do GATT e do GATS, regras específicas de limitação de juros podem suscitar preocupações. Essas preocupações podem se intensificar caso um membro da OMC decida não apenas combater a erosão da base tributária e as oportunidades de transferência de lucros entre grupos ou partes relacionadas, mas também enfrentar o problema da concorrência fiscal prejudicial de forma mais abrangente. Um exemplo seria negar todas as deduções de juros relacionadas a paraísos fiscais ou jurisdições com impostos baixos.

Quando um país com alta alíquota estatutária de imposto nega deduções de juros pagos a residentes de países com baixa alíquota estatutária de imposto, esses pagamentos de juros são tratados de maneira mais desfavorável do que os pagamentos de juros recebidos por residentes de outros países com alíquotas es-

tatutárias de imposto suficientemente elevadas. Além disso, esses pagamentos são tratados de forma pior do que a maioria dos pagamentos de juros internos. Assim, surge a questão sobre se a regra de não dedutibilidade do primeiro país é coerente com as disposições de NMF e TN no contexto do GATT e do GATS.

Dessa forma, ao potencialmente negar a possibilidade de aplicar a dedução integral de juros a empresas sediadas no exterior, isso poderia ser visto, em teoria, como uma desvantagem competitiva dessas empresas nas transações realizadas com o país que institui as regras de subcapitalização. Isso poderia, conseqüentemente, criar obstáculos às transações comerciais transfronteiriças, gerando implicações importantes para o comércio internacional e a cooperação entre países (DZIURDŹ, 2019, p. 186-187).

3.4 Disposição geral antiabuso: GAAR

As regras de antiabuso fiscal tornaram-se um elemento-chave no cenário tributário pós-BEPS. A queda na arrecadação, os elevados níveis de dívida pública e o crescente interesse público em questões relacionadas à erosão da base tributária têm impulsionado os governos a adotar ou reforçar disposições gerais antiabuso (GAARs). Além disso, tanto a UE quanto a OCDE propuseram várias medidas com o objetivo de capacitar as autoridades fiscais a combaterem o planejamento tributário agressivo (LANG *et al.*, 2016).

As disposições gerais antiabuso (GAAR) autorizam a administração fiscal a negar certos benefícios fiscais quando a transação não possui substância econômica e ocorre exclusivamente por razões fiscais. Essas disposições estão presentes no sistema tributário da maioria dos países desenvolvidos, permitindo às autoridades fiscais combater situações em que apenas a letra, e não o espírito da lei, é respeitada. Essas medidas são necessárias para abranger situações que não se enquadram no escopo das regras mencionadas anteriormente. Existem até sistemas fiscais que contam apenas com disposições antiabuso, sem regras específicas de CFC ou de subcapitalização. Além da introdução de um GAAR, o sistema tributário pode ser complementado por um crescente número de regras específicas antiabuso (SAARs) (COURINHA, 2016, p. 527).

Embora a discussão sobre GAAR seja mais abstrata do que as limitações impostas pelas regras de CFC e subcapitalização, as mesmas conclusões podem ser aplicadas. Se a interpretação e a aplicação dessas regras resultarem em discriminação frequente de operações transfronteiriças, pode haver uma violação

do princípio de não discriminação da OMC. Assim, é crucial garantir que tais medidas sejam aplicadas de forma justa e equilibrada, a fim de respeitar os princípios estabelecidos pelos acordos internacionais e promover a cooperação entre os países.

3.5 Medidas defensivas de base tributária

Medidas defensivas possíveis podem impactar o fornecimento de bens ou serviços, dependendo de como os países envolvidos aplicam suas sanções. Existem três tipos de sanções punitivas ou medidas defensivas que podem ser questionadas pelo Órgão de Resolução de Litígios (ORL) da OMC:

- i) medida fiscal ou administrativa aplicada a todas ou algumas transações envolvendo a venda de um bem ou serviço de um membro da OMC;
- ii) medida fiscal ou administrativa que penalize a receita de empresas, nacionais ou estrangeiras, pelo comércio de bens e serviços com um membro da OMC;
- iii) medida voltada para pressionar paraísos fiscais não cooperantes, mas sem impacto direto na distorção do comércio (GRYNBERG; CHILALA, 2002, p. 510).

A negação de deduções ou isenções, a cobrança de impostos retidos na fonte ou a tributação de determinados rendimentos também podem ser impostas em relação ao fornecimento de bens e serviços. Com exceção da última sanção mencionada, as medidas defensivas propostas provavelmente violarão as cláusulas da NMF no âmbito do GATT e do GATS. Uma medida fiscal ou administrativa que penalize a renda de um contribuinte que comercializa bens e serviços através das fronteiras pode ser considerada discriminatória. No entanto, cabe ressaltar que medidas defensivas que violem o princípio da NMF podem estar abrangidas por exceções ou justificativas (HOFBAUER, 2004, p. 402).

Além disso, os membros da OCDE desenvolveram uma série de recomendações envolvendo paraísos fiscais, incluindo propostas de contramedidas para combater a concorrência fiscal prejudicial. Embora as iniciativas da OCDE pareçam estar mais focadas na troca de informações atualmente, os locais classificados como “paraísos fiscais” devem estar atentos à imposição (direta ou indireta) de contramedidas por outros países que buscam melhorar sua própria competitividade

tributária fora do contexto de uma ação mais formal por parte da OCDE. Tais contramedidas podem resultar em alegações de que um membro da OCDE (ou país não membro) esteja agindo de forma inconsistente com suas obrigações na OMC, como, por exemplo, suas obrigações de serviços financeiros no âmbito do GATS (ALCALDE, 2020, p. 50). Se um membro decidir impor contramedidas, deve sempre verificar a conformidade com suas obrigações assumidas nos acordos da OMC. Os países afetados por essas medidas, certamente, examinarão cuidadosamente e estarão preparados para reivindicar seus direitos na OMC, se as circunstâncias assim exigirem (ORAVA, 2002, p. 197).

Por exemplo, em 05 de dezembro de 2017, o Conselho da União Europeia estabeleceu um acordo propondo uma lista de medidas defensivas de natureza fiscal. Essas medidas poderiam ser implementadas pelos Estados-membros da União Europeia contra jurisdições não cooperantes, respeitando a competência de cada Estado. As medidas defensivas propostas incluem:

- i) não dedutibilidade dos custos;
- ii) regras de transparência fiscal internacional;
- iii) medidas relativas à retenção de impostos na fonte;
- iv) limitação do regime de *participation exemption* – PEX (isenção para rendimentos derivados de dividendos e ganhos de capital);
- v) cláusula de transição – *switch over* (substituição do método de isenção pelo método de imputação para evitar a dupla tributação internacional em rendimentos de dividendos e ganhos de capital);
- vi) reversão do ônus da prova;
- vii) exigências específicas de documentação;
- viii) divulgação obrigatória por intermediários fiscais de impostos relacionados a acordos internacionais.

É importante ressaltar que o Órgão de Resolução de Litígios da OMC já reconheceu que, quando os Estados permitem a manipulação de preços entre partes relacionadas (ou seja, o uso de preços de transferência que não estejam em condições de mercado), isso pode violar o Acordo de Valoração Aduaneira (AVA) ou constituir um subsídio proibido à exportação (ASCM).

De fato, sem analisar casos concretos e considerando apenas o plano abstrato, é difícil determinar se as medidas defensivas propostas pela OCDE,

aplicadas coletiva ou individualmente pelos membros da OCDE, violarão suas obrigações na OMC e resultarão na anulação ou no prejuízo dos direitos dos membros da OMC afetados. No entanto, podemos prever que impostos retidos na fonte sobre transações com paraísos fiscais provavelmente são as medidas mais suscetíveis de serem vistas como violações das obrigações do GATT ou GATS. Quanto às medidas setoriais específicas que restringem o aproveitamento fiscal pleno, elas são a forma mais provável e mais comum de medida defensiva e também podem constituir violações das obrigações do GATS. A legalidade de medidas defensivas específicas dependerá do setor específico e dos compromissos no setor de serviços assumidos pelos membros da OMC (GONZÁLEZ, 2018, p. 953).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reformas tributárias *anti-BEPS* buscam proteger a base tributária dos Estados e mitigar a erosão de receitas causada por evasão e Elisão fiscais. Contudo, é crucial garantir que tais reformas estejam em conformidade com os acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC), sobretudo os que combatem a discriminação de produtos e serviços importados. A OMC visa a liberalizar o comércio internacional e eliminar práticas discriminatórias, proporcionando um ambiente de negócios justo e equilibrado para todos os membros. Nesse sentido, é essencial equilibrar a aplicação das reformas tributárias *anti-BEPS* com o respeito às normas da OMC, assegurando a integridade da base tributária dos Estados e a adesão aos princípios do comércio internacional.

Ressalta-se que a luta contra a erosão da base tributária e a evasão fiscal se tornou uma prioridade política para diversos Estados. Entretanto, medidas unilaterais não são soluções adequadas para enfrentar esses desafios globais. É imperativo abordar tais questões por meio da cooperação internacional e do estabelecimento de consensos. Somente uma abordagem multilateral pode lidar eficazmente com as complexidades impostas pela globalização na gestão tributária dos Estados modernos. A adoção de soluções unilaterais e propostas fragmentadas, sem um diálogo com os principais atores envolvidos, pode gerar maiores custos e incertezas, e, no caso da OMC, levar a litígios e possíveis retaliações comerciais.

Infelizmente, o ambiente pós-BEPS, somado ao contexto fiscalmente desafiador decorrente da pandemia de covid-19, já demonstra sinais de um crescente caos tributário global. Países ao redor do mundo estão alterando unilateralmente seus regimes fiscais, desconsiderando, cada vez mais, normas comerciais e tributárias internacionais estabelecidas. Diante desse cenário, os formuladores de políticas fiscais devem estar atentos à interação entre a legislação tributária e outros campos do direito internacional, como o direito comercial e os acordos da OMC. A boa notícia é que, ao compreender adequadamente as regras da OMC, os formuladores de políticas tributárias podem ajustar suas estratégias sem violar os compromissos do direito do comércio internacional. As questões da OMC não precisam e não devem ser obstáculos intransponíveis na busca por reformas tributárias sensatas, que devem ser observadas. O desafio reside em alcançar um acordo global baseado na razoabilidade e na boa-fé nas relações internacionais, lembrando que a sinceridade é a grande incompreendida onde prevalece a hipocrisia.

E, assim, levanta-se a questão intrigante: como os Estados poderão superar os desafios de conciliar políticas tributárias *anti-BEPS* e as normas da OMC, considerando o atual cenário global de crescente instabilidade e desafios fiscais?

5 REFERÊNCIAS

- ALCALDE, P. M. C. A regulação e o combate aos paraísos fiscais no plano internacional: análise à dificuldade de encontrar a necessária tutela multilateral e o papel da OMC. *Working Papers do Boletim de Ciências Económicas*, v. 30, 2020.
- BAO, L. Several issues at the forefront of the current tax theory debate. *Asia-Pacific Tax Bulletin*, 2001.
- BAO, L. Researching the tax burden with a view to further tax reform. *Asia-Pacific Tax Bulletin*, Oct. 2002.
- CARBAJO VASCO, D. El futuro de BEPS: ¿aplicación uniforme, fragmentación o BEPS II? *Crónica Tributaria*, n. 162, p. 7-24, 2017.
- CHEN, V. T. Trump's corporate income tax rate reduction: a CFC trap for foreign-controlled US subsidiaries. *Bulletin for International Taxation*, n. 6a, June 2017.
- COURINHA, G. L. Chapter 25: Portugal. In: LANG, M. et al. (ed.). *GAARs: a key element of tax systems in the post-BEPS world*. Amsterdam: IBFD, 2016. (WU Institute

for Austrian and International Tax Law European and International Tax Law and Policy Series).

DILLON, S. Tax Avoidance, revenue starvation and the age of the multinational corporation. *International Lawyer*, v. 50, n. 2, p. 275-327, 2017.

DUBUT, T. Designing anti-base: erosion rules for developing countries: challenges and solutions. In: MICHELSE, G. M. M.; THURONYI, V. (ed.). *Tax design issues worldwide*. Alphen aan den Rijn, the Netherlands: Kluwer Law International, 2015. p. 141-155. (Series on International Taxation).

DZIURDŹ, K. *Non-discrimination in tax treaty law and world trade law: the impact of formal, substantive and subjective approaches*. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, 2019.

EASSON, A. J. *Tax incentives for foreign direct investment*. The Hague; New York: Kluwer Law International, 2004.

ENGLISCH, J.; BECKER, J. International effective minimum taxation – the GloBE proposal. *World Tax Journal*, v. 11, n. 4, 2019.

FERRERAS GUTIÉRREZ, J. A. El caso de las multinacionales: el proyecto BEPS OCDE/G20. In: GIMÉNEZ-REYNA, E.; RUIZ GALLUD, S.; ARRÁEZ BERTOLÍN, Ignacio (coord.). *El fraude fiscal en España*. [S. l.]: Thomson Reuters Aranzadi, 2018. p. 859-899.

GONZÁLEZ, D. Fraude fiscal y paraísos fiscales. In: GIMÉNEZ-REYNA, E.; RUIZ GALLUD, S.; ARRÁEZ BERTOLÍN, Ignacio (coord.). *El fraude fiscal en España*. [S. l.]: Thomson Reuters Aranzadi, 2018. p. 941-990.

GRYNBERG, R.; CHILALA, B. WTO Compatibility of the OECD “defensive measure” against harmful tax competition. In: BISWAS, R. (ed.). *International tax competition: globalisation and fiscal sovereignty*. London: Commonwealth Secretariat, 2002.

HILLING, A.; OSTAS, D. T. *Corporate taxation and social responsibility*. Stockholm: Wolters Kluwer, 2017.

HOFBAUER, I. To what extent does the OECD harmful tax competition project violate the most-favoured-nation obligations under WTO law? *European Taxation*, 2004.

LANG, M. *et al.* (ed.). *GAARs: a key element of tax systems in the post-BEPS world*. Amsterdam: IBFD, 2016.

MARTINEZ, A. L. *Tributação na OMC: acordos, jurisprudência e reformas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

NOGUEIRA, J. F. P. GloBE and EU law: assessing the compatibility of the OECD's pillar II initiative on a minimum effective tax rate with EU law and implementing it within the internal market. *World Tax Journal*, v. 12, n. 3, 2020.

ORAVA, S. Potencial WTO claims in response to countermeasures under the OECD's recommendations applicate to alleged tax havens. In: BISWAS, R.; COMMONWEALTH SECRETARIAT (ed.). *International tax competition: globalisation and fiscal sovereignty*. London: Commonwealth Secretariat, 2002.

SCHÖN, W. One answer to why and how to tax the digitalized economy. *Intertax*, v. 47, n. 12, p. 1.003-1.022, 1 nov. 2019.

VÄLJEMARK, C. National report United Kingdom. In: LANG, M.; HERDIN, J.; HOFBAUER, I. (ed.). *WTO and direct taxation*. The Hague, The Netherlands: Wien: Kluwer Law International; Linde, 2005. p. 685-725. (Eucotax Series on European Taxation).

