

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação

Antonio José Ferreira Levenhagen

**ECONOMIA DIGITAL, REFORMA DO SISTEMA TRIBUTÁRIO
INTERNACIONAL E IMPACTOS SOBRE OS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO**

Belo Horizonte

2020

Antonio José Ferreira Levenhagen

**ECONOMIA DIGITAL, REFORMA DO SISTEMA TRIBUTÁRIO
INTERNACIONAL E IMPACTOS SOBRE OS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi

Área de concentração: Direito Público.

Belo Horizonte

2020

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

L657e Levenhagen, Antonio José Ferreira
Economia digital, reforma do sistema tributário internacional e impactos sobre os países em desenvolvimento / Antonio José Ferreira Levenhagen. Belo Horizonte, 2020.
189 f. : il.

Orientador: Marciano Seabra de Godoi
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico. 2. Relações econômicas internacionais. 3. Áreas subdesenvolvidas - Globalização. 4. Sistema tributário. 5. Internet. 6. Comércio eletrônico. 7. Direito tributário. 8. Países do BRICS. I. Godoi, Marciano Seabra de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 336.2.022

Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Marques de Souza e Silva - CRB 6/2086

Antonio José Ferreira Levenhagen

**ECONOMIA DIGITAL, REFORMA DO SISTEMA TRIBUTÁRIO
INTERNACIONAL E IMPACTOS SOBRE OS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Público.

Prof. Dr. Marciano Seabra de Godoi – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Sérgio André Rocha – UERJ (Banca Examinadora)

Prof^a. Dr^a. Marinella Machado Araújo – PUC Minas (Banca Examinadora)

Prof^a. Dr^a. Alessandra Brandão Machado – PUC Minas (Suplente)

Belo Horizonte

12 de março de 2020

Dedico esta dissertação ao meu pai, Carlos, e à minha mãe, Adriana, por terem apoiado minhas decisões e por tudo que me proporcionaram.

À Larissa, cujo carinho e incentivo proporcionaram a realização deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Esse trabalho deve sua existência a um evento acadêmico ocorrido em 2015 na Casa Fiat de Cultura, organizado pelo Diretório Acadêmico da PUC-MG, onde tive a oportunidade de conhecer meu orientador e assistir a sua excelente palestra sobre Finanças Públicas Brasileiras, que despertou meu interesse pelo Direito Tributário. Assim, agradeço inicialmente ao Professor Marciano não somente pela excelente orientação e estágio docência, paciência e muitos ensinamentos, mas também por ter me inspirado a perseguir a área acadêmica.

À minha família, pelo incentivo e pelo afeto, e a todos os meus amigos pela compreensão durante minhas ausências e por terem suportado as constantes menções da palavra BEPS.

Agradeço à todos os grandes pesquisadores da área que tive o prazer de conhecer e que tanto me ajudaram na pesquisa deste trabalho, em especial Márcio Augusto Campos, Rogério Abdalla Bittencourt Jr., Alexandre Alkmim, Sérgio André Rocha, Gagan Kumar, David Spencer, Eva Escribano e Jan de Goede.

Aos meus professores e colegas do mestrado, em especial Marcelo Galuppo e meu amigo Cássio, pelos valiosos ensinamentos e pelo companheirismo nessa jornada. Agradeço também aos alunos da turma de Direito Tributário de meu estágio de docência realizado na faculdade de direito.

Por fim, sem desmerecer os agradecimentos anteriores, agradeço especialmente à minha namorada, Larissa Faleiro, que não somente foi responsável pela própria organização do congresso de 2015 que deu início a tudo, como também pelo carinho, apoio e incentivo dado durante todo o curso da pesquisa, sem o qual jamais teria conseguido.

RESUMO

O objetivo geral da presente dissertação é investigar de que maneira a digitalização da economia global é ou não capaz de colocar em xeque os atuais paradigmas da tributação internacional, quais são as propostas atualmente sendo discutidas pela OCDE, e quais serão os impactos dessas mudanças sobre a realidade fiscal e os interesses econômicos dos países BRICS e em desenvolvimento. Para tanto, o trabalho irá inicialmente examinar as origens e fundamentos do sistema tributário internacional, o advento da economia digital e as especificidades dos novos modelos de negócio digitais, analisando então as incompatibilidades que levaram à obsolescência do regime internacional. Depois, será investigado os avanços do movimento internacional iniciado pela OCDE, à pedido do G-20, conhecido como Projeto BEPS, acrônimo que representa as perdas de arrecadação tributária global decorrentes de esquemas de planejamento tributário abusivo ou agressivo, que foi o primeiro passo na cadeia de eventos que levou às propostas para reforma do sistema tributário internacional. Serão analisados em detalhes todos os documentos que deram continuidade ao trabalho da Ação 1 do Projeto, especificamente dedicada aos desafios tributários da economia digital, examinando as propostas atualmente em discussão e as principais críticas à elas. Por fim, o foco da pesquisa irá se voltar para os países em desenvolvimento, identificando quais as suas principais objeções ao sistema tributário internacional, qual é o impacto previsto pela adoção das reformas sugeridas pela OCDE e quais medidas unilaterais poderão ser tomadas, tomando por base o caso da Índia e tentando compará-lo ao do Brasil, ambos integrantes do BRICS. Trata-se de uma pesquisa eminentemente bibliográfica e documental, a metodologia utilizada compreende uma pesquisa dos relatórios e estudos elaborados pelas pela Liga das Nações e pela OCDE, bem como a análise da doutrina nacional e internacional no âmbito do direito tributário internacional. Embora não tenha sido possível chegar a resultados conclusivos acerca dos impactos das propostas da OCDE, uma vez que o processo e as negociações ainda estão em andamento, com previsão de término apenas em 2020, será demonstrado que o escopo da reforma tende a ser limitado, focando em uma categoria residual de renda para realocação entre as jurisdições com base nas vendas globais, potencialmente com poucos impactos para jurisdições de baixa-renda, mas grandes perdas para paraísos fiscais.

Palavras-chave: Economia Digital; Tributação Internacional; Tributação sobre a Renda; Países em Desenvolvimento; Estabelecimento Permanente. OCDE. Arm's Length

ABSTRACT

The main objective of this study is to investigate in which ways the digitalization of the economy challenges the pillars of the international tax system, what are the current proposals put forth by the OECD to fix it, and what will be its economic impacts on BRICS and Developing Countries. In order to do that, we will examine the origins and fundamentals of the international tax system, the rise of the digital economy and the specific features of the new digital business models, analyzing their compatibility with the international tax framework. In the following section, the study will examine the findings of the global movement led by OECD, at the request of the G-20, known as the BEPS Project, which was the first step that led to the proposals to reform the international tax system. We will then investigate all of the OECD's documents that carried on the work on Action 1 of the Project, dedicated to the tax challenged posed by the digitalization of the economy, examining the current proposals in discussion and their main critics. In the final section, the study will shift its focus to developing countries, identifying their main complaints regarding the international tax system, what will be the economic impacts of the OECD's proposals, and which unilateral measures they may adopt, inspired by the Indian Legislation and comparing it to Brazil. The study consists mainly of a literature and documents research, the used methodology was focused on the studies and reports drafted by the League of Nations and the OECD, as well as international tax literature. Although it was not possible to reach a conclusive result regarding the economic impacts of the OECD's proposals, since the process and negotiations are still going to last until 2020, the study found that the overall scope of the proposals is rather limited, focused on a residual category of income to be reallocated between jurisdictions, bringing little changes to low-income nations but significant losses to tax havens.

Keywords: Digital Economy; International Taxation; Income Taxation; Developing Countries; Permanent Establishment; OECD; Arm's Length.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
1. A OBSOLESCÊNCIA DO REGIME TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL DIANTE DA ECONOMIA DIGITAL	21
1.1. O Regime Tributário Internacional	23
1.1.1. A Existência de um Sistema Tributário Internacional.....	24
1.1.2. O Contexto Histórico da Criação do Regime Tributário Internacional.....	27
1.1.3. Os Princípios do Regime Tributário Internacional.....	33
1.1.4. Os Tratados Bilaterais	42
1.1.5. Os Pilares do Sistema Tributário Internacional.....	46
1.2. A Economia Digital	54
1.2.1. O conceito e os impactos trazidos pela Economia Digital	55
1.2.2. Os Novos Modelos de Negócio.....	60
1.3. A Incompatibilidade do Regime Vigente com a Digitalização	64
2. AS PROPOSTAS DA OCDE PARA A TRIBUTAÇÃO DA RENDA NA ECONOMIA DIGITAL	68
2.1. Desenvolvimento inicial dos estudos no projeto BEPS	69
2.1.1. O Contexto Político.....	70
2.1.2. O Escopo do Projeto e o Planejamento Tributário Agressivo.....	75
2.2. O Relatório Final de 2015 da Ação 1.....	80
2.2.1. A Análise da OCDE sobre a Obsolescência do Sistema	82
2.2.2. As propostas analisadas pelo Relatório Final de 2015	86
2.3. O Relatório Provisório de 2018.....	89
2.3.1. A necessidade de reforma e as medidas unilaterais tomadas	90
2.3.2. As diferentes visões e argumentos dos grupos de interesse que defendem mudanças nos padrões vigentes	93
3. AS PROPOSTAS DE 2019	99
3.1. Os Pilares da Reforma e a Consulta Pública	99
3.1.1. A Proposta de “Participação do Usuário”	103
3.1.2. A Proposta dos “Intangíveis de Marketing”	105
3.1.3. A Proposta da “Presença Econômica Significativa”	109
3.1.4. A Proposta Anti Erosão de Base Global (GloBE).....	111
3.1.5. O Programa de Trabalho da OCDE.....	114
3.2. As Reações e Críticas às Propostas do Marco Inclusivo	116

3.2.1.	O escopo das regras, especialmente a de “participação do usuário”, isola especificamente o setor digital (ring-fencing).....	117
3.2.2.	Qual a real contribuição dos usuários na criação de valor	120
3.2.3.	A complexidade das novas regras de atribuição de lucros: como distinguir os lucros não-rotineiros e os intangíveis de marketing.....	124
3.2.4.	Qual a lucratividade e a carga tributária efetivamente recolhida pelas empresas do setor digital?	126
3.2.5.	As propostas representam o início de um afastamento do “Arm’s Length Standard”	129
3.2.	Iniciativas paralelas atualmente desenvolvidas.....	132
3.3.	A Proposta Unificada do Secretariado da OCDE	137
3.3.1.	Os Detalhes da Proposta.....	138
3.3.2.	Comentários e Críticas à Proposta Unificada.....	143
4.	OS IMPACTOS DAS PROPOSTAS NOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO	145
4.1.	O Sistema Tributário Internacional e os Países da Fonte.....	147
4.1.1.	As Críticas dos Países da Fonte em relação ao Sistema Vigente	148
4.1.2.	Os possíveis impactos das propostas da OCDE	158
4.2.	A Implementação de Medidas Unilaterais no caso da Índia e do Brasil.....	165
4.2.1.	As Medidas Adotadas pela Índia.....	166
4.2.2.	A Relativa Desnecessidade de Medidas Similares para o Sistema Brasileiro.....	170
5.	CONCLUSÃO.....	175
	REFERÊNCIAS.....	178

INTRODUÇÃO

Em 2012, em Los Cabos no México, após a 7ª Reunião de Cúpula do G-20, o grupo formado pelos chefes de estado e de governo das 19 maiores economias do mundo e a União Europeia, emitiu uma declaração final reiterando a necessidade de se prevenir a erosão de base e transferência de lucros¹, fenômeno que ficou conhecido como “BEPS”. A mensagem foi repetida no comunicado final da Reunião dos Ministros de Finanças e Chefes dos Bancos Centrais dos Países do G-20, ocorrida em novembro de 2012, que afirmou que o grupo apoia o trabalho feito pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) para combater o problema do BEPS².

Teve início assim a elaboração de um ambicioso projeto que buscava fechar as brechas e lacunas do sistema tributário internacional, que eram exploradas por planejamentos tributários agressivos de multinacionais e intensificadas pela concorrência fiscal internacional, causando uma erosão da base em países de alta tributação e uma transferência de lucros de multinacionais para países de baixa tributação, onde não eram realizadas atividades econômicas significativas. O projeto tinha como objetivo não tanto uma reforma do sistema tributário internacional, mas sim a realização de ajustes pontuais, sendo dividido em quinze ações, cada uma abordando uma falha específica do regime vigente.

Dentre elas, a Ação 1 ficou responsável por analisar os desafios tributários da economia digital, e logo concluiu que uma reforma, de fato, seria necessária. Embora os Relatórios Finais de todas as quinze ações tenham sido entregues pela OCDE em 2015, a Ação 1 não veio com qualquer proposta ou recomendação. Foi simplesmente constatado que as inovações tecnológicas haviam mudado de maneira fundamental como a economia opera, de modo que as regras tradicionais de tributação internacional estariam obsoletas. Sendo claro que uma reforma muito mais complexa seria necessária para cuidar da Ação 1, o Relatório Final de 2015 na verdade deu início ao que seria um longo processo, ainda não finalizado, para buscar um consenso global sobre mudanças nas regras fundamentais da tributação internacional.

As regras em questão surgiram para reger as situações em que duas jurisdições buscam tributar um mesmo rendimento, geralmente definidas como os países da “residência” e da “fonte”, organizando o conflito de competências tributárias internacionais. Essa preocupação

¹ G20. **G20 Leaders Declaration**. G20 Los Cabos Summit. México, 2012. Disponível em: <http://www.g20.utoronto.ca/2012/2012-0619-loscabos.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

² G20. **Communiqué of Meeting of G20 Finance Ministers and Central Bank Governors**. Mexico City, 2012. Disponível em: <http://www.g20.utoronto.ca/2012/2012-121105-finance-en.html>. Acesso em: 26 nov. 2019.

somente surgiu com a expansão do comércio e investimentos para o âmbito mundial, processo que teve início logo no começo do século XX. Atualmente, o exponencial avanço tecnológico contribuiu para intensificar a globalização e encurtar ainda mais as dimensões globais, trazendo novamente a necessidade de se atentar potencia. A crescente mobilidade do capital, os novos modelos de negócio digitalizados e a enorme importância dos serviços e intangíveis escancarou a obsolescência do sistema vigente, que ou simplesmente não consegue tributar a riqueza produzida, ou leva a uma divisão do “bolo” de arrecadação tributária global que não mais satisfaz a comunidade internacional.

Diante desse contexto, a presente dissertação tem como objetivo geral investigar de que maneira a digitalização da economia global é ou não capaz de colocar em xeque os atuais paradigmas da tributação internacional, quais são as propostas atualmente sendo discutidas pela OCDE, e quais serão os impactos dessas mudanças sobre a realidade fiscal e os interesses econômicos dos países BRICS e em desenvolvimento. Desse modo, trata-se de um trabalho eminentemente descritivo, voltado a identificar objetivamente os principais pontos do sistema tributário internacional vigente, suas incompatibilidades com a nova realidade digitalizada, as propostas para uma possível redefinição dos nexos ou elementos de conexão que presidem a atual divisão internacional do poder de tributar entre os Estados.

Ao contrário de grande parte dos estudos produzidos pela academia brasileira do direito tributário, o presente trabalho não pretende isolar-se no mundo das normas e defender uma tese concreta sobre a interpretação a ser dada a um princípio constitucional-tributário ou sobre a invalidade de determinada legislação ou política tributária. Parte-se, antes, do princípio metodológico de que a análise lógico-normativa, especialmente no âmbito do direito tributário internacional, será necessariamente falha e inconsequente se não for acompanhada de um profundo conhecimento sobre o entorno institucional, econômico e geopolítico no qual se produzem e se aplicam as normas tributárias

Sendo uma pesquisa eminentemente bibliográfica e documental, a metodologia utilizada compreende uma pesquisa dos relatórios e estudos elaborados pelas pela Liga das Nações e pela OCDE, bem como a análise da doutrina nacional e internacional no âmbito do direito tributário internacional.

Frente aos objetivos propostos, o trabalho foi dividido em 5 capítulos:

No capítulo 1, procura-se introduzir os pressupostos-chave para compreensão do estudo, apresentando de forma aprofundada o que é o sistema tributário internacional, como ele surgiu, quais são suas principais regras e princípios. Além disso, o capítulo aborda a emergência da economia digital, algumas de suas características, e compara elas aos aspectos principais do

sistema tributário internacional, buscando demonstrar os pontos de conflito que geraram a obsolescência de suas regras e princípios.

No capítulo 2, trataremos do movimento internacional iniciado pela OCDE, à pedido do G-20, conhecido como Projeto BEPS, acrônimo que representa as perdas de arrecadação tributária global decorrentes de esquemas de planejamento tributário abusivo ou agressivo, que foi o primeiro passo na cadeia de eventos que levou às propostas para reforma do sistema tributário internacional. Para tanto, o capítulo irá explorar o contexto político que motivou o projeto, o histórico de trabalhos da OCDE sobre o tema e tentará explicar de que forma os grandes grupos multinacionais se aproveitam das brechas e lacunas do sistema tributário internacional, muitas vezes causadas propositalmente pelos Estados-Nações como consequência da concorrência fiscal internacional. Em seguida, será dado destaque para a Ação 1 do Projeto, que lida especificamente com os desafios tributários da digitalização da economia, e que deu início à reforma do sistema tributário internacional, prometendo a entrega de uma solução consensual até 2020. Analisaremos também o Relatório Provisório de 2018, que deu continuidade aos trabalhos da organização no tocante à essa questão, destacando os principais interesses políticos em conflito e as medidas unilaterais que foram adotadas até então.

O capítulo 3 será dedicado inteiramente aos estudos e documentos elaborados em 2019 pela OCDE e pelo marco inclusivo, grupo de filiação aberta que já conta com mais de 130 países e foi criado com a finalidade específica de se encarregar dos trabalhos no âmbito da Ação 1 do Projeto BEPS. Inicialmente trataremos em detalhes das primeiras propostas oficiais para reforma do sistema tributário internacional, apresentadas pelo marco inclusivo no início de 2019, sendo elas: a proposta da participação do usuário; a proposta dos intangíveis de marketing; a presença econômica significativa; e o imposto global mínimo “GloBE”. Dedicaremos uma parte para a análise de todos os comentários submetidos pelas principais organizações envolvidas e especialistas sobre o tema, no contexto da consulta pública que foi aberta em relação às propostas do marco inclusivo, destacando os principais pontos de crítica. Em seguida iremos reportar, brevemente, sobre as demais medidas que estão sendo desenvolvidas ou propostas ao redor do mundo para abordar o problema da economia digital. Por último, examinaremos a proposta unificada apresentada pelo Secretariado da OCDE em outubro de 2019, uma abordagem que tentou reunir os principais pontos das propostas do marco inclusivo, bem como responder algumas das principais críticas.

Por fim, no capítulo 4, buscaremos responder a pergunta inicial da dissertação, ou seja, quais serão os impactos da reforma do sistema tributário internacional no que toca os países em desenvolvimento. Para tanto, será necessário definir quais países estamos nos referindo,

retomando considerações do Capítulo 1 para esclarecer a distinção entre jurisdições da residência e fonte. Passaremos a abordar as principais críticas da doutrina, defendendo os interesses de países em desenvolvimento, em relação ao sistema tributário internacional, onde será dado destaque às críticas ao conceito de estabelecimento permanente e ao déficit democrático da OCDE, principal responsável pela matéria. Em seguida, com base em um recente estudo sobre os impactos econômicos da proposta da OCDE, analisaremos potenciais consequências de sua implementação. Por fim, considerando a real possibilidade de que a OCDE não alcance uma solução consensual até o final de 2020, examinaremos a possibilidade de se adotar medidas unilaterais, investigando a experiência da Índia e tentando aplicá-la ao caso do Brasil.

No capítulo 5 serão feitas as considerações finais do trabalho.

A partir dos resultados desta pesquisa, espera-se contribuir para as discussões sobre a reforma do sistema tributário internacional no contexto da economia digital, esclarecendo os principais pontos e os interesses políticos subjacentes à cada proposta. Embora não tenha sido possível entregar resultados concretos acerca dos impactos que países em desenvolvimento sofrerão com as mudanças, o caminho metodológico percorrido será útil para que se chegue a essa resposta depois que maiores detalhes da proposta unificada forem decididos.

1. A OBSOLESCÊNCIA DO REGIME TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL DIANTE DA ECONOMIA DIGITAL

A presente pesquisa irá tratar do movimento global atualmente em curso, liderado pelo G-20 e pela OCDE, para a reforma do regime tributário internacional diante da digitalização da economia, e como isso poderá impactar os países em desenvolvimento. O primeiro passo, portanto, é compreender as características e falhas da tributação internacional nos moldes em que ela é estruturada hoje em dia.

A expressão Direito Tributário Internacional pode levar a confusões uma vez que parte da doutrina brasileira realiza uma distinção entre “Direito Tributário Internacional” e “Direito Internacional Tributário”. O primeiro é definido como o conjunto de normas domésticas de cada país que buscam tributar tanto a renda e o capital de residentes quando percebidos extraterritorialmente, quanto a renda e o capital de não-residentes, quando atuando dentro do território nacional³. Já o segundo trata das relações entre os Estados, seriam normas exclusivamente de direito internacional, servindo para regular a atuação dos Estados e impor limites à aplicação das normas domésticas do “Direito Tributário Internacional”⁴.

Desse modo, o Direito Internacional Tributário funcionaria como um mero limitador do outro, que por sua vez traria as verdadeiras normas impositivas tributárias. Essa distinção se baseia nas fontes normativas de cada matéria, enquanto o “direito tributário internacional” teria como fonte as normas internas, o “direito internacional tributário” viria das normas contidas nos acordos internacionais que regulam a atividade dos Estados em matéria tributária⁵. Esses acordos são tratados bilaterais realizados entre as nações de todo o globo, visando, principalmente, evitar a bitributação em casos que o residente de um Estado possui uma atuação econômica no outro, organizando metodicamente qual país possui competência para tributar cada atividade. Por esse motivo, como ensina Heleno Torres, o Direito Internacional Tributário, em sua acepção mais correta, pode ser chamado de direito dos tratados internacionais em matéria tributária⁶.

Apesar dessa diferenciação doutrinária, a distinção feita entre as fontes de cada norma serve propósitos meramente didáticos, não sendo relevante para questão principal tratada neste

³ TEIXEIRA, Alexandre Alkmim. **Tributação Internacional e Incentivos Fiscais**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 33.

⁴ TORRES, Heleno. **Pluriritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 62.

⁵ UCKMAR, Victor et al. **Manual de Direito Tributário Internacional**. São Paulo: Dialética, 2012. p. 35.

⁶ TORRES, op. cit. P. 62.

trabalho. Vale destacar que mais recentemente, Tarcísio Diniz Magalhães, em tese defendida no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da Universidade Federal de Minas Gerais, trouxe uma breve crítica a essa cisão feita entre normas internas e externas, afirmando que:

A doutrina precisa, hoje mais do que antes, dar conta das interações e fluxos recursivos em redes horizontais e verticais, envolvendo tanto agentes domésticos quanto estrangeiros, formais e informais, estatais e não-estatais, a modular as ordens jurídicas.⁷

Desse modo, utilizaremos o termo “direito tributário internacional” para nos referirmos à todas as normas, nacionais ou internacionais, que digam respeito ao tratamento das atividades e fatos envolvendo mais de um ordenamento doméstico. Em outras palavras, estaremos nos referindo ao “conjunto de normas jurídicas que tutelam a tributação de fatos econômicos em que haja ao menos um elemento de estraneidade”⁸.

Partindo dessa ideia, o “regime” ou “sistema” tributário internacional, que é o objeto das discussões de reforma no contexto da economia digital, diz respeito às regras dispostas nas convenções internacionais contra a dupla tributação, que são “instrumentos do Direito Internacional pelo qual dois ou mais Estados assumem compromissos e criam mútuas expectativas de coordenação, cooperação e reciprocidade na adoção de medidas para evitar a dupla tributação”⁹. São esses tratados bilaterais, em conjunto com as normas domésticas de cada país e as normas da União Europeia, que são responsáveis por reger a tributação internacional da renda e do capital, e que se encontram, atualmente, incapazes de assimilar o mundo econômico digitalizado.

Desse modo, o presente capítulo será dividido em três títulos, o primeiro irá aprofundar a análise do sistema tributário internacional vigente, o segundo fará o mesmo em relação à economia digital, e, por último, o terceiro irá expor as razões pelas quais as regras atuais são incompatíveis com a realidade econômica atual.

⁷ MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. **Teoria Crítica do Direito Tributário Internacional**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito e Ciências do Estado. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 21

⁸ NETO, Luís Flávio. **Direito Tributário Internacional**: “contextos” para interpretação e aplicação de acordos de bitributação. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 67-68.

⁹ *Ibid.*, p. 81.

1.1. O Regime Tributário Internacional

No comércio globalizado, as atividades econômicas acabam envolvendo mais de um ordenamento jurídico, gerando situações em que há potencialmente uma dupla tributação da renda e do capital. Para coordenar a tributação dessas operações internacionais, os instrumentos mais relevantes utilizados são os tratados bilaterais, que podem ser definidos como “convenções bilaterais negociadas entre estados soberanos tendo como propósito principal a solução de conflitos de dupla tributação”¹⁰. Atualmente, existem mais 3.000 desses tratados¹¹, de modo que as suas normas são as responsáveis por organizar a tributação da maior parte das operações econômicas desenvolvidas no plano internacional.

Apesar do número expressivo, esses tratados não são tão diferentes entre si. Praticamente todos eles se baseiam na redação de uma de duas “Convenções-Modelo” que são utilizadas universalmente, sendo uma delas elaborada pela OCDE e a outra pela ONU, que, por sua vez, também é baseada nos moldes do modelo da OCDE. Existem diferenças relevantes entre os dois modelos no que tange a divisão dos direitos de tributação entre jurisdições em relação a rendimentos específicos, o que iremos tratar com mais detalhes posteriormente, mas o fato a ser ressaltado é que ambos se inspiram nos conceitos e princípios formulados em meados da década de 1920 pela extinta Liga das Nações, a primeira organização que buscou regular a tributação internacional com a finalidade de combater a bitributação¹².

Desse modo, o presente subcapítulo será dividido em cinco partes, (i) inicialmente discorreremos brevemente sobre as discussões acerca da existência ou não de um “sistema” tributário internacional; (ii) em seguida passaremos a realizar uma exposição histórica sobre as origens do direito tributário internacional; (iii) bem como analisaremos detalhadamente os trabalhos da Liga das Nações que fundaram os princípios e regras orientadores do tema; (iv) passando para as normas atualmente em vigor, faremos uma rápida explicação sobre o conteúdo e estrutura dos tratados tributários bilaterais; (v) por fim, exploraremos os dois mecanismos que a OCDE considera como os pilares da tributação atual, as regras denexo e atribuição de lucros.

¹⁰ 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**, v. 8, n. 1, 1982. p. 40.

¹¹ Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/treaties/tax-treaties-2017-update-to-oecd-model-tax-convention-released.htm>

¹² Cf.: JOGARAJAN, Sunita. **Double Taxation and the League of Nations**. Cambridge University Press, 2018.

1.1.1. A Existência de um Sistema Tributário Internacional

Para analisar a reforma do sistema tributário internacional, examinaremos os seus pontos de inflexão quando combatidos com a nova realidade digitalizada, focando nos mecanismos que a OCDE considera como os pilares do sistema. Embora utilizemos o termo “sistema tributário internacional” e sinônimos, é necessário ressaltar que não é objeto dessa pesquisa tomar partido na discussão doutrinária acerca da existência ou não de um sistema que rege a tributação internacional.

Nesse sentido, parte da doutrina defende a existência de um regime costumeiro de tributação internacional. O que significa que existiriam normas comuns observadas por todos os Estados, baseados em um costume internacional construído pela “aceitação e adoção dos fins ou valores subjacentes aos tratados, pela coerção exercida por grandes potências e pela existência de interesses recíproco”¹³. Esse costume internacional seria materializado pela rede de Convenções Bilaterais para Evitar a Bitributação, ou seja, a totalidade de tratados firmados entre dois países que buscam, principalmente, combater a dupla tributação das rendas e capital de empresas que atuam em mais de uma jurisdição. Apesar de cada tratado bilateral ter suas peculiaridades, como defendido por Luís Flávio Neto, isso não depõe contra a tese da existência de um sistema de Direito Tributário Internacional, dotado de cogência e de todas as características de uma ordem jurídica¹⁴.

Por outro lado, também existem aqueles que argumentam que, uma vez que não há um código ou um conjunto de normas impositivas em nível global, não há que se falar em um “regime” ou “sistema” tributário internacional. De fato, se não considerarmos os tratados tributários bilaterais, e, no caso dos países europeus, as diretrizes da União Europeia, temos no máximo princípios e recomendações, “*soft law*”, motivo pelo qual os críticos da terminologia afirmam que cada Estado soberano é livre para exercer sua competência tributária, dentro de sua jurisdição, da maneira que lhe convém, respeitando tão somente os princípios internos ao seu poder de tributar¹⁵.

A existência ou não de um “regime” é alvo de controvérsia desde a virada do século, sendo o foco das discussões entre dois especialistas sobre o tema, Reuven Avi-Yonah e David H. Rosenbloom. O debate teve início em 1998, quando Rosenbloom foi o convidado da

¹³ NETO, Luís Flávio. **Direito Tributário Internacional**: “contextos” para interpretação e aplicação de acordos de bitributação. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 66.

¹⁴ *Ibid.*, p. 77.

¹⁵ VATARI, Luís Cláudio Yukio. **Direito Tributário como Direito Internacional**: Uma análise sobre a existência de um sistema tributário internacional sob a ótica brasileira. Monografia (LL.M de Direito Tributário) – IBMEC, São Paulo, 2011. p. 99.

Universidade de Nova Iorque (NYU) para apresentar a palestra “David R. Tillinghast”, realizada anualmente pela Faculdade de Direito e sempre focada em um tema atual do campo da tributação internacional. O conteúdo da palestra foi publicado como artigo no ano seguinte, intitulado “International Tax Arbitrage and the International Tax System”.

Logo em suas considerações iniciais, após citar uma fala do comitê financeiro do Senado americano, Rosenbloom já provoca o tema central fazendo os seguintes questionamentos:

O que, exatamente, é o ‘sistema tributário internacional’ que o Comitê menciona? Ele é real? Funciona atualmente? [...] Existe algum chamado imperativo para alguma medida de harmonização internacional em matéria de tributação, ou o comentário do Comitê deveria ser considerado como um desejo ilusório?¹⁶

A apresentação do professor gira em torno das preocupações da época com o planejamento tributário realizado por entidades de dupla residência, que se endividavam e utilizavam as perdas para deduzir do imposto de renda devido nos dois países em que é residente. Para o Senado Americano, essa prática infringia o “sistema tributário internacional”; contudo, para Rosenbloom, não haveria qualquer problema no planejamento em si. O questionamento levantado em sua palestra era se explorar as diferenças entre os regimes tributários de duas jurisdições distintas, visando a redução da carga tributária (“international tax arbitrage”), era realmente ilícito.

Sendo a tributação uma matéria doméstica, para Rosenbloom não existiria justificativa para que um Estado condicionasse as suas normas à tributação imposta por outro país. Caso a justificativa fosse a existência de um “sistema tributário internacional”, questiona ele, onde seria possível encontrá-lo?¹⁷. O Autor frisa que não há qualquer instrumento multilateral que incorpore o referido regime, que a rede de tratados tributários bilaterais é eletiva, não possuindo a força normativa para constituir um “regime”, e, por fim, que a lei doméstica dos Estados Unidos não contém qualquer previsão acerca da existência do regime em questão¹⁸. Assim, o argumento contrário à existência de um sistema tributário internacional repousa, principalmente, na soberania de cada nação, que sempre poderia ser exercida, teoricamente, em direção contrária.

Em resposta direta a Rosenbloom, Reuven Avi-Yonah passou a defender em uma série de publicações a existência de um regime costumeiro de direito tributário internacional, assim

¹⁶ ROSENBLOOM, David. The David R. Tillinghast Lecture: International Tax Arbitrage and the “International Tax System”. *Tax Law Review*, v. 53, n. 2. 2000. p. 137.

¹⁷ *Ibid.*, p. 163.

¹⁸ *Ibid.*, p. 165.

entendido como o direito resultante de uma prática geral e consistente por cada Estado, inspirada por uma noção de obrigação legal¹⁹. Era claro para o Autor à época, conforme já adiantamos no início, que todos os tratados bilaterais em vigor seguiam modelos em comum, e que esses já eram muito similares entre si. E as semelhanças não são apenas nos tratados, o próprio Rosenbloom já havia percebido a notável convergência mesmo das leis e conceitos tributários utilizados internamente por jurisdições com diversos sistemas políticos e econômicos²⁰.

Contudo, de nada adiantaria o argumento de harmonização de normas sem que se demonstrasse que os Estados estão, efetivamente, vinculados a essa série de princípios e regras em comum. Nesse sentido, Avi-Yonah ressalta que a maioria dos países considera os tratados tributários como superiores hierarquicamente às regras domésticas, como é o caso do Brasil²¹, reforçando a ideia de que existe um “regime tributário internacional” cogente:

A afirmação de que existe um sistema tributário internacional, contudo, se baseia principalmente na rede de tratados tributários bilaterais [...]
Na maioria dos países, os tratados tem um status superior à lei doméstica, e assim constroem a jurisdição tributária doméstica; mesmo nos Estados Unidos, os tratados geralmente se sobrepõem à lei doméstica. Isso significa que em matéria de tributação internacional, os países são tipicamente condicionados à agir de uma determinada maneira disposta pelos tratados (como por exemplo, não tributar um vendedor estrangeiro que não possui um estabelecimento permanente), e não podem aprovar legislação contrária.²²

Assim, a força vinculante das normas do sistema tributário internacional é evidenciada pela sua adoção generalizada, pela sua prática reiterada, nenhum país que queira participar da economia globalizada irá tentar instituir normas radicalmente contrárias aos padrões internacionais. O quão livre seria um país emergente que planeja adotar um sistema de tributação de renda, considerando que ele quer atrair investimento estrangeiro, ele poderia simplesmente adotar as regras que bem entender com base em sua soberania? Avi-Yonah destaca que ainda que se adotassem regras divergentes em uma primeira fase, o processo de integração à economia mundial força a convergência, indicando alguns exemplos como o México, a Coreia do Sul, a Bolívia e o próprio Estados Unidos²³.

¹⁹ AVI-YONAH, Reuven S. International Tax as International Law. **Tax Law Review**, v. 57, n. 4, 2004. p. 20.

²⁰ ROSENBLOOM, David. The David R. Tillinghast Lecture: International Tax Arbitrage and the “International Tax System”. **Tax Law Review**, v. 53, n. 2. 2000. p. 139.

²¹ Art. 98 CTN e julgado STF.

²² AVI-YONAH, Reuven S. Commentary (Response to article by H. David Rosenbloom). **Tax Law Review**, v. 53, n. 2, 2000. p. 169.

²³ AVI-YONAH, Reuven S. Tax Competition, Tax Arbitrage, and the International Tax Regime. **Law & Economics Working Papers Archive**, Art. 67, 2007. p. 7.

Desse modo, apesar de existir a controvérsia acerca da existência ou não de um sistema, não é objeto deste trabalho examinar essa questão, ou analisar a cogência dos princípios subjacentes às normas veiculadas em cada tratado bilateral. Para os fins da pesquisa, iremos focar nos princípios e regras que deram origem à rede de tratados bilaterais, que, como já delimitado pela OCDE, se resumem em basicamente dois pilares: o estabelecimento permanente e as regras para atribuição de lucros. Desse modo, sempre que fizermos referência ao “sistema”, “regime” ou até “arquitetura” da tributação internacional, estaremos nos referindo a esses princípios basilares, que foram inicialmente elaborados nos trabalhos da Liga das Nações. Assim, antes de discorrer sobre as bases do sistema, é importante explorar mais sobre o contexto histórico que trouxe a necessidade de se tentar regulamentar a tributação internacional da renda, o que passaremos a tratar no próximo capítulo.

1.1.2. O Contexto Histórico da Criação do Regime Tributário Internacional

Sendo a finalidade do regime tributário internacional a regulação dos casos em que mais de uma jurisdição pretende tributar a mesma renda, seu surgimento é explicado em dois momentos: inicialmente pela criação e popularização do imposto de renda; e posteriormente com o início da globalização e da expansão internacional do comércio, o que gerou os conflitos de competências tributárias.

No que tange ao imposto de renda, sua origem é geralmente remetida a um tributo temporário aprovado pelo Parlamento Inglês em 1799, destinado a financiar despesas da guerra com Napoleão, que, após um século de ser constantemente excluído e renovado, se tornou permanente em 1907²⁴. Em todos os países em que foi introduzido, o imposto de renda enfrentou grande oposição inicial, tendo se consolidado somente no início do século XX, período em que as nações ocidentais passaram a se organizar no sentido de angariar a maior parte de suas receitas públicas através da tributação da renda²⁵.

De modo geral, os sistemas de tributação da renda foram estruturados de forma similar: o poder de tributar de cada Estado é exercido até os limites da sua jurisdição, ou seja, até onde alcança sua soberania. Para tanto, tomou-se a concepção clássica da soberania, amplamente aceita no Direito Internacional, que tem como bases a nacionalidade e territorialidade, o que foi

²⁴ ROCHA, Sérgio Andre. The Other Side of BEPS: ‘Imperial Taxation’ and ‘International Tax Imperialism’. In: _____; CHRISTIANS, Allison. **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Wolters Kluwer, 2017. p. 179.

²⁵ Cf. Ibid.

traduzido para o Direito Tributário como a tributação na “residência” e na “origem”²⁶. A OCDE confirma que os regimes tributários criados no início do século XX foram muito influenciados por essa divisão binária do alcance da soberania/jurisdição, justificando a legitimidade da tributação da renda com base no poder de um Estado sobre um “território” e sobre uma determinada parcela de “indivíduos”²⁷.

Ou seja, um país poderia tributar tanto os rendimentos mundiais auferidos pelos seus residentes, quanto os rendimentos derivados de fontes localizadas em seu território. Desse modo, estaria comprovada a conexão do Estado tributante com os rendimentos auferidos pelo contribuinte, legitimando o exercício dessa potestade²⁸. No mesmo sentido disserta Heleno Torres:

A explicar tal bipartição, surge a trilogia dos elementos que compõe o Estado de Direito – território, povo e soberania. Deste modo, **os únicos fundamentos possíveis e legítimos** para estabelecer uma conexão com o ordenamento jurídico do Estado (soberanamente instituído), devem ser aqueles vinculados seja **ao território** (pelo critério da fonte efetiva de rendimento), seja **ao povo** (universalidade).²⁹

Assim, chegou-se à conclusão de que os elementos de conexão legítimos para justificar a imposição tributária do Estado seriam aqueles relacionados com o “território” e o “povo”, de modo que as legislações passaram a lançar mão de elementos de conexão territoriais (origem do rendimento) e pessoais (nacionalidade, residência, etc.). Elementos de conexão são os fatores que autorizam a imposição de uma tributação sobre a renda de um indivíduo ou de uma empresa, alguma característica que sirva como um nexo entre o contribuinte e o ente tributante.

Quando as primeiras regras estruturantes desse tipo de tributação foram formuladas no início do século XX, os modelos de negócio existentes eram altamente dependentes de fatores predominantemente fixos no espaço, como a localização da estrutura física-operacional das empresas industriais, por exemplo. Desse modo, a aplicação de elementos de conexão territoriais representava a imposição tributária sobre os rendimentos derivados de atividades econômicas desenvolvidas dentro do território nacional. A introdução do elemento pessoal, contudo, deu origem à regimes de tributação sobre a renda universal (*worldwide income*),

²⁶ AVI-YONAH, Reuven S. **Advanced Introduction to International Tax Law**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2015. p. 8.

²⁷ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy**. BEPS Action 1 - 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 22.

²⁸ NETO, Luís Flávio. **Direito Tributário Internacional**: “contextos” para interpretação e aplicação de acordos de bitributação. São Paulo: Quartier Latin, 2018. p. 68.

²⁹ TORRES, Heleno. **Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

autorizando que os Estados tributassem os seus residentes/nacionais pelos rendimentos auferidos mundo afora.

A consolidação desse sistema coincidiu com o desenvolvimento da primeira etapa do processo da globalização da economia, ocorrida no período entre 1870 e 1914, em que “o avanço tecnológico reduziu o custo dos transportes e estimulou o fluxo de bens, serviços, capitais e pessoas”³⁰. Assim, com o crescimento do comércio global, e a expansão das multinacionais, o princípio da universalidade da tributação passou a representar um perigo iminente de dupla tributação generalizada, uma vez que vários Estados passaram a se considerar aptos a tributar a mesma renda. Por exemplo, se uma multinacional sediada no país A abre uma filial para vender suas mercadorias no país B, ambas as jurisdições poderiam exigir que o rendimento auferido no negócio fosse tributado por elas: o país A fundamentado no elemento de conexão pessoal, uma vez que a empresa é residente no país A, e o país B fundamentado no elemento territorial (fonte), já que a filial responsável por vender as mercadorias é domiciliada em seu território.

Na obra de Heleno Torres, que é inteiramente dedicada ao tema, o tributarista brasileiro aponta que a prevalência do princípio da Universalidade é o originador dos conflitos, ou sobreposições, tributárias internacionais:

Com a adoção do princípio da universalidade no regime de tributação da renda de pessoas jurídicas por parte de alguns países, e a consequente aplicação dos critérios de conexão *worldwide income taxation*, desencadeia-se a possibilidade de formação de concursos de pretensões tributárias pluriimpositivas.³¹

Alberto Xavier, importante autoridade em Direito Tributário Internacional no Brasil, manifestou entendimento idêntico:

Se o princípio da territorialidade, na sua acepção mais restrita de territorialidade real ou critério territorial, fosse universalmente respeitado, conduziria à atribuição exclusiva do direito de tributar ao país da fonte e obrigaria o país da residência a isentar (ou declarar fora do âmbito de incidência dos seus atributos) os rendimentos produzidos fora do seu território, ainda que nele auferidos pelos seus residentes: a dupla tributação internacional, se não por completo eliminada, seria um fenómeno de muito mais reduzidas proporções.³²

³⁰ ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. **Concorrência Internacional e Tributação da Renda no Brasil**. Tese (Doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012. p. 5.

³¹ TORRES, Heleno. **Pluriritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 371-372.

³² XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil: tributação das operações internacionais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 221-222.

Assim, diante dos potenciais conflitos tributários no plano internacional, surge a necessidade de coordenar as diferentes competências tributárias que os Estados Nacionais pretendem impor em situações que ambos seriam, teoricamente, legítimos para tanto.

Apesar da inegável relação entre o surgimento da tributação da renda, a popularização do princípio da universalidade, a expansão global das empresas e a disseminação da dupla tributação, nenhuma iniciativa internacional no sentido de regular os conflitos tributários internacionais havia surgido até a década de 1920. Antes disso, a bitributação, que já era evidente, havia sido combatida apenas por alguns tratados bilaterais isolados. A doutrina aponta que o primeiro tratado tributário concluído na história se deu em 1899, entre a Prússia e o Império Austro-Húngaro, embora Bart Kusters mencione que houve arranjos similares anteriormente dentro da Federação Alemã³³.

Foi somente após a Primeira Guerra Mundial, com a crescente intensificação das relações econômicas internacionais colidindo com um movimento contrário por parte dos Estados, que passaram a impor novas tarifas e limites à imigração³⁴, que surgiram os primeiros trabalhos para regular os conflitos de dupla tributação. No mesmo sentido, Heleno Torres aponta que os trabalhos que iniciaram o direito tributário internacional somente vieram após o período de guerra:

No período sucessivo à primeira guerra mundial, neste século, algumas organizações internacionais, a partir de sérios estudos comparatísticos, buscaram estruturar modelos de convenções para a solução dos problemas relacionados com a tributação das rendas transnacionais, aperfeiçoando as soluções adotadas nas convenções já firmadas, melhorando-as e adaptando-as às novas realidades multifárias.”³⁵

Assim, percebe-se que a necessidade de uma regulação internacional do problema não havia sido cogitada até o momento de crise, o que se deve provavelmente à delicadeza do tema. Isso porque, conforme vimos no início do tópico, a tributação internacional lida com a tributação da renda, com a delimitação das competências para tributação, ou seja, com um certo “controle” da soberania tributária de cada país. Por ser a tributação uma matéria intrinsecamente relacionada com a soberania de cada Estado, ela sempre foi uma questão delicada de ser abordada de forma multilateral, tendo cada país criado suas próprias regras para determinar a

³³ KOSTERS, Bart. The United Nations Model Tax Convention and Its Recent Developments. **Asia-Pacific Tax Bulletin, International**, v. 10, 2004. p. 4.

³⁴ AVI-YONAH, Reuven S. **Advanced Introduction to International Tax Law**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2015. p. 3.

³⁵ TORRES, Heleno. **Pluriritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 338.

tributação dos indivíduos sujeitos a sua jurisdição, bem como as regras que determinam quais indivíduos e quando estão sujeitos à sua jurisdição.

É evidente que nenhum país irá voluntariamente se dispor a abrir mão de parte de sua soberania; de fato, conforme destaca Yariv Brauner, a soberania é por muitas vezes usada como uma carta na manga em discussões internacionais: “É muito comum escutar argumentos de ‘soberania tributária’ vindos de países que não querem aderir a normas internacionais ou obrigações que lhe pareçam desvantajosas”³⁶. Por outro lado, continua o autor, a mesma soberania tributária é utilizada pelas nações mais poderosas do globo para impor suas políticas, de modo independente ou colaborativo, para ganhar vantagens na competição global pelas escassas receitas tributárias.

No mesmo sentido, inspirando-se no paradoxo da globalização apresentado por Dani Rodrik, Tarcísio Diniz Magalhães aponta que as decisões tomadas no campo da tributação internacional envolvem um “trilema”, os trabalhos e instituições responsáveis por essa área sempre devem ter em mente que suas escolhas irão afetar um dos seguintes três elementos: a) a soberania tributária; b) a dupla tributação; e c) a concorrência tributária³⁷. Não é possível preservar todos eles.

Assim, a defesa pela liberdade em matéria tributária, que é vista como um atributo essencial da soberania, representa o maior obstáculo à evolução do direito tributário internacional, uma resistência política que Victor Uckmar *et al.* consideram quase de ciúmes³⁸, por entenderem que os Estados-Nações se recusam a permitir que o Direito Internacional imponha limites a seu poder de tributação. Essa grande resistência para se discutir a tributação internacional pode explicar o porquê de as iniciativas multilaterais somente acontecerem em períodos de crise, após eventos disruptivos. Em seu artigo “The Other Side of BEPS”, Sérgio André Rocha explora justamente isso, pinçando cada momento de crise global desde o século XX e relacionando-o com um desenvolvimento da matéria:

Apesar da tributação da renda estar no núcleo do Direito Tributário Internacional, a criação do Imposto de Renda por si só não foi suficiente para levar ao desenvolvimento do campo. De fato, o desenvolvimento do referido Regime Tributário Internacional é muito mais uma consequência de crises e caos econômico.

³⁶ BRAUNER, Yariv. An Essay on BEPS, Sovereignty, and Taxation. In: ROCHA, Sérgio André; CHRISTIANS, Allison. **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Wolters Kluwer, 2017. p. 73

³⁷ MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. **Teoria Crítica do Direito Tributário Internacional**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito e Ciências do Estado. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 65.

³⁸ UCKMAR, Victor et al. **Manual de Direito Tributário Internacional**. São Paulo: Dialética, 2012. p. 22.

Se individualizarmos os momentos mais relevantes de crescimento e desenvolvimento dos padrões de tributação internacional, certamente iremos notar o papel que as duas guerras mundiais tiveram nesse processo.

De fato, a primeira grande iniciativa para o desenvolvimento da tributação internacional veio após o final da primeira Guerra mundial e da devastação que ela provocou na Europa. Desse modo, é possível fazer uma conexão entre o trabalho da Liga das Nações e os desafios econômicos apresentados pelo final do conflito.³⁹

Ao longo do trabalho iremos ressaltar os momentos históricos que precederam cada novo desenvolvimento da matéria, mas as coincidências existem, e parecem indicar que somente uma desestabilização sistêmica consegue superar a resistência política dos Estados-Nações com relação à tributação.

Assim, foi somente ao final da primeira guerra mundial, com a assinatura do Tratado de Versalhes em 1919, que foi criada a Liga das Nações, precursora da ONU, a primeira organização universal encarregada da nobre tarefa de manter a paz e segurança mundiais⁴⁰. Embora a missão principal da Liga fosse relacionada com a resolução de conflitos bélicos, em pouco tempo passou a ser encarregada da difícil tarefa de estudar o fenômeno da Dupla Tributação, que ganhou grande importância em razão dos sérios problemas financeiros decorrentes do período pós-guerra. Desse modo, devido a todos os fatores de necessidades arrecadatórias do pós-guerra, e do crescente medo da dupla tributação, trinta e nove nações⁴¹ se reuniram na Conferência Internacional de Finanças de Bruxelas, em 1920, para discutir e propor medidas para lidar com o cenário fiscal global, concordando de forma unânime em uma série de resoluções, em especial a seguinte proposta:

Além das propostas supracitadas, as quais a Conferência recomenda que a Liga das Nações adote e se possível aplique na prática, a Conferência acredita que as atividades da Liga podem ser direcionadas no sentido de promover certas reformas, e coletar informações relevantes necessárias para facilitar operações de crédito. Nesse sentido, a Conferência entende ser necessário trazer atenção sobre as vantagens de alcançar progressos em cada um dos objetivos abaixo: [...]

(7) **Um consenso internacional** que, ao mesmo tempo que garante o devido pagamento de cada um de sua parcela justa de tributos, **evite a imposição de dupla**

ROCHA, Sérgio Andre. The Other Side of BEPS: ‘Imperial Taxation’ and ‘International Tax Imperialism’. In: _____; CHRISTIANS, Allison. **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Wolters Kluwer, 2017. p. 181. Tradução Livre.

⁴⁰ HE, Qizhi. The Crucial Role of the United Nations in Maintaining International Peace and Security. In: TOMUSCHAT, Christian. **The United Nations at Age Fifty: A Legal Perspective**. Martinus Nijhoff Publishers, 1995. p. 77

⁴¹ Os 39 países presentes foram África do Sul, Alemanha, Argentina, Armênia, Austrália, Áustria, Bélgica, Brasil, Bulgária, Canada, China, Checoslováquia, Dinamarca, Espanha, Estado dos Eslovenos-Croatas-Sérvios, Estados Unidos da América, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Guatemala, Holanda, Hungria, Índia, Itália, Japão, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Nova Zelândia, Noruega, Peru, Polônia, Portugal, Reino Unido, Romênia, Suécia, Suíça e Uruguai.

tributação, que é atualmente um obstáculo à colocação de investimentos internacionalmente.⁴²

A proposta acima deu início a missão da Liga das Nações para buscar um consenso internacional para impedir a dupla tributação, uma tarefa que ficou encarregada ao seu Comitê Financeiro. A dificuldade da questão se dá pela inevitável disputa entre os países por recursos tributários, na medida em que vários Estados buscam tributar uma mesma renda. Alguns países, mais desenvolvidos, defendiam ter o direito de tributar a renda que as multinacionais sediadas em seu território auferiam internacionalmente, enquanto outros, da periferia, argumentavam que qualquer renda que tenha sido produzida em seu território, independentemente de ter sido auferida por uma empresa estrangeira, deve ser sujeita a tributação destes.

Seguindo a tarefa que lhe foi encarregada, o Comitê Financeiro da Liga das Nações, em setembro de 1921⁴³, adotou uma resolução definindo que a matéria seria estudada por quatro economistas, notórios especialistas em matéria tributária, para que fossem elaboradas recomendações concretas, caso entendessem necessário, para combater os prejuízos da dupla tributação, inclusive sugerindo que fosse estudada a possibilidade de uma convenção internacional para regular o tema.

1.1.3. Os Princípios do Regime Tributário Internacional

Examinado todo o contexto histórico, iremos analisar agora os princípios e regras do direito tributário internacional, que foram inicialmente teorizados pelos quatro economistas encarregados da tarefa de estudar a dupla tributação. Em 1922, um subcomitê do comitê financeiro da Liga das Nações formulou cinco perguntas que deveriam ser respondidas pelos quatro economistas, sendo elas as seguintes:

- (1) Quais são consequências econômicas da dupla tributação em relação à:
 - (a) distribuição equitativa dos ônus;

⁴² LIGA DAS NAÇÕES (1922). Seção de Economias e Finanças. **Brussels Financial Conference 1920: The Recommendations and Their Application: A Review after Two Years.** Volume I. C. 10. M. 7. Dezembro de 1922. p. 228.

⁴³ No original: "Representations have been made to the Financial Committee that there are grave objections, not only on grounds of equity, but also on economic grounds, to existing systems of taxation, in so far as they compel citizens and corporations of one country to pay taxes in more than one country in respect of the same taxable subjects. The Financial Committee are of the opinion that it is desirable that this question should be studied from the widest possible standpoint, and that expressions of opinion upon it should be obtained from recognised experts on taxation together with concrete recommendations, if experts think fit, for eliminating any drawbacks attaching to double taxation. The possibility of an international convention regulating the matter should be considered." - LIGA DAS NAÇÕES (1922). **Reports presented by the committee in September 1921 together with the proceedings of the Assembly and the Council upon such reports.** C. 92. M. 47, 1922. p. 16-17.

- (b) interferência com as trocas econômicas e o livre fluxo do capital?
- (2) É possível formular princípios gerais como base para uma convenção internacional para remover as consequências maléficas da dupla tributação, ou as convenções deveriam ser firmadas entre países particulares, no limite de suas necessidades imediatas? Caso seja a última opção, essas convenções particulares podem ser moldadas de modo que possibilitem uma eventual unificação para uma convenção geral?
- (3) Os princípios já existentes para evitar a dupla tributação, seja entre diferentes nações (como a Convenção de Roma) ou entre diferentes porções de um Estado Federado, são aplicáveis para uma nova convenção internacional?
- (4) É possível solucionar o problema através de alterações no sistema tributário doméstico de cada nação, independentemente de qualquer acordo internacional?
- (5) Até que ponto as convenções sobre dupla tributação devem estabelecer um controle internacional para evitar comportamentos fraudulentos?⁴⁴

Aqui já cabe uma importante observação: os quatro especialistas foram escolhidos de modo que metade deles fossem nacionais de países exportadores de capital (Sir Josiah Charles Stamp, do Reino Unido, e o Prof. Edwin Robert Anderson Seligman, dos EUA), e metade de países importadores de capital (Prof. Gijsbert Weijer Jan Bruins, dos Países Baixos, e Prof. Luigi Einaudi, da Itália), o que, ainda assim, levou à indicação somente de nações capitalistas desenvolvidas.

A questão da dupla tributação foi analisada de maneira eminentemente técnica, tendo os quatro economistas cumprido a tarefa que lhes foi incumbida, elaborando um extenso estudo econômico sobre a dupla tributação, que foi publicado por meio de um relatório final em 1923⁴⁵. Dentre as várias conclusões, iremos destacar a Parte II do relatório, que busca extrair princípios gerais para governar a competência internacional em matéria tributária. Nesse contexto, os especialistas concordaram que a decisão sobre qual é a jurisdição competente para tributar um determinado rendimento deveria ser guiada por um teste objetivo, baseado no princípio do “pertencimento econômico” (*economic allegiance*), buscando medir as diferentes contribuições dadas por cada Estado na produção da renda, encontrando assim a jurisdição em que estariam o “verdadeiros interesses econômicos do indivíduo”⁴⁶.

Assim, a ideia por trás do princípio é aferir a existência e extensão da relação econômica entre um Estado e uma Pessoa ou Rendimento, dividindo assim as competências tributárias com base na proximidade entre um Estado e uma determinada riqueza⁴⁷. Pessoas terão interesses econômicos nos locais onde elas conduzem suas atividades econômicas, essa relação é refletida

⁴⁴ LIGA DAS NAÇÕES (1923). **Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee**. Economic and Financial Commission Report by the Experts on Double Taxation. Document E.F.S.73. F.19. Volume 4 Section 1, Abril de 1923.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid., p. 20.

⁴⁷ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy**. Paris: OECD Publishing, 2014. p. 36.

pelos benefícios que um indivíduo auferir em cada Estado⁴⁸. Nesse sentido, para medir o nível de pertencimento econômico de uma determinada situação, é preciso refletir sobre três considerações fundamentais: onde a riqueza realmente é produzida, onde ela é apossada e onde ela é consumida. As três considerações acabam se desdobrando em quatro elementos que os economistas entendem ser essenciais para se determinar a jurisdição legítima para tributação em geral.

Os quatro elementos são: (1) A “origem” da riqueza; (2) a localização da riqueza (“Situs”); (3) a exequibilidade dos direitos de propriedade sobre a riqueza; e (4) a residência ou domicílio do titular da riqueza. A distinção entre os elementos (1) e (2) é facilmente explicada pela distinção entre tributos sobre a renda e tributos sobre o patrimônio, de modo que a “origem” é identificada como a fonte de um determinado fluxo de renda, enquanto o “situs” é a localização física da riqueza. A conclusão é de que é “óbvio que os fatores mais importantes são o (1) e (4), ou seja, a origem da riqueza e a residência ou domicílio do proprietário que consome a riqueza.”⁴⁹, sendo ressaltado que a maior parte da discussão sobre dupla tributação se dá justamente entre pontos de origem e residência.

Para dividir as competências tributárias entre essas duas jurisdições, os economistas recomendaram um esquema distinguindo a tributação sobre a renda como um todo e a tributação sobre tipos específicos de rendimento, como juros e dividendos pagos. Nesse sentido, a conclusão foi de que a tributação geral sobre a renda deveria ser exclusiva do país da residência, enquanto os demais tributos seriam compartilhados entre a jurisdição da residência e da fonte, com base no princípio do pertencimento econômico⁵⁰. Assim, o Relatório passa a analisar o grau de “pertencimento econômico” que diversos tipos de riqueza possuem com a jurisdição de origem e de residência, concluindo que os rendimentos associados com imóveis e móveis tangíveis, como terras, estabelecimentos comerciais e empreendimentos agrícolas, teriam seus elementos preponderantes muito mais relacionados à origem da riqueza, enquanto rendimentos associados com riquezas intangíveis, como ações, títulos públicos, créditos em geral e até “ganhos profissionais” se relacionariam mais com a residência do titular da riqueza⁵¹.

⁴⁸ APELDOORN, Laurens Van. BEPS, Tax sovereignty and Global Justice. **Critical Review of International Social and Political Philosophy**, v. 21, n. 4, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/13698230.2016.1220149>. Acesso em: 26 nov. 2019.

⁴⁹ LIGA DAS NAÇÕES (1923). **Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee**. Economic and Financial Commission Report by the Experts on Double Taxation. Document E.F.S.73. F.19. Volume 4 Section 1, Abril de 1923. p. 25.

⁵⁰ GRAETZ, Michael J. O’HEAR, Michael M. The “Original Intent” of U.S. International Taxation. **Duke Law Journal**, v. 46, 1997. p. 1077.

⁵¹ LIGA DAS NAÇÕES, op. cit., p. 39.

Assim, os quatro economistas da Liga das Nações chegaram à conclusão que as jurisdições da origem e da residência seriam as mais legítimas para tributar a renda, em razão de serem as mais relevantes no que tange ao pertencimento econômico de cada tipo de rendimento, o que explica o modo com que os sistemas tributários são estruturados até hoje. Contudo, devemos ressaltar que toda a análise e considerações feitas pelos economistas são eminentemente propositivas; o Relatório busca levantar os principais pontos pelos quais dois países deveriam se guiar para melhor dividir as competências tributárias sobre as atividades econômicas desenvolvidas em seus territórios.

Assim, embora o entendimento deles seja de que essas seriam as considerações mais relevantes, não nos parece que nenhuma regra universal foi imposta, pelo contrário, os economistas constantemente expressam sua ressalva quanto à possibilidade de se determinar uma proporção exata para se dividir a renda entre origem e residência⁵². De todo modo, o certo é que o esquema de divisão das competências tributárias, seguindo a classificação binária entre Residência e Origem, recebeu uma aceitação quase que universal pelos teóricos de política tributária, como reafirmado pela Professora Allison Christians⁵³.

Partindo dessa divisão, os trabalhos subsequentes da Liga das Nações entenderam que, uma vez que o grau de “pertencimento econômico” da jurisdição da fonte era ligado essencialmente a fatores tangíveis, seria necessário criar uma regra, um critério, que revelasse a existência de uma conexão dessa natureza entre um rendimento e sua jurisdição de origem, para que fosse autorizada a sua tributação na fonte. Esse elemento, conforme veremos à frente, foi a ficção jurídica do estabelecimento permanente, um critério que basicamente garantiu que a jurisdição da residência pudesse sempre ter o direito de tributar os rendimentos auferidos por suas empresas, excetuando apenas os casos em que o exercício da atividade se desse através de uma presença física no outro país.

Na doutrina, a tributação com base no “princípio da residência” é frequentemente identificada como aquela favorável aos países capitalistas desenvolvidos, em que se localizam as sedes da maior parte das grandes empresas multinacionais, sendo assim primordialmente exportadores de capital. Por outro lado, a tributação com base no “princípio da fonte” ou “princípio da origem” é vista como a que beneficia os países em desenvolvimento, que são primordialmente responsáveis por oferecer não só a mão-de-obra, mas também o mercado

⁵² Ibid., p. 39.

⁵³ CHRISTIANS, Allison. BEPS and the Power to Tax. In: ROCHA, Sérgio André; CHRISTIANS, Allison. **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Wolters Kluwer, 2017. p. 8.

consumidor que produz a riqueza das multinacionais⁵⁴: “Nações exportadoras e importadoras de capital possuem interesses financeiros conflitantes; importadores de capital tem mais a ganhar com a tributação na fonte, exportadores de capital com a tributação de seus residentes.”⁵⁵

Concordamos com David Spencer no sentido de que a distinção comumente realizada entre “*países da residência x fonte*” não é tão clara assim na realidade, uma vez que os países tradicionalmente chamados de “*residência*” (em grande parte, EUA e membros da União Europeia) também são grandes países da “*fonte*”⁵⁶. Contudo, nos parece claro que alguns países especificamente se beneficiam muito mais da tributação na residência, quando considerado apenas o Imposto sobre a Renda de Pessoas Jurídicas, do que outros. Analisando a lista anual publicada pela Forbes, verifica-se que 60 das 100 maiores multinacionais do mundo são sediadas em países do G7, e somente 30 são de países fora da Europa, América do Norte ou Japão, de modo que parece razoável chamar as demais nações de “*países da fonte*”⁵⁷.

De todo modo, retomando a análise dos trabalhos da Liga das Nações, antes que o Relatório dos quatro economistas fosse finalizado, o Comitê Financeiro já preparou uma proposta mais tangível ao problema em questão. Seguindo a ideia de que a análise do problema da dupla-tributação deve ser estritamente técnica, em 1922 o Comitê nomeou representantes fiscais de 7 países europeus a fim buscarem uma solução real à dupla tributação e a evasão fiscal⁵⁸. O grupo se reuniu 5 (cinco) vezes entre 1923 e 1925, prometendo contribuir ao interesse geral dos países-membros e não-membros da liga, seguindo um “*espírito internacional*”, e que, para tanto, abordariam a tarefa como “*especialistas técnicos*”:

We have regarded our task as **being that of technical experts** endeavouring to prepare the best possible system for remedying the evils of double taxation and tax evasion. We have contributed to the common stock the experience we have gained in our official capacity, and it has been our desire, by **omitting consideration of interests** of too special a character, that this experience should serve the general interests of all States Members of the League, and even non-Members.⁵⁹

⁵⁴ Cf.: TaxJustice Network. Source and Residence Taxation. TaxJusticeBriefing, 2005. Disponível em: https://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/Source_and_residence_taxation_-_SEP-2005.pdf. Acesso em: 26 nov. 2019.; ROCHA, Sérgio André. País tem seu próprio caminho na tributação internacional. **Conjur**, 3 set. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-set-03/sergio-rocha-importacao-doutrinas-forma-critica>. Acesso em: 26 nov. 2019.

⁵⁵ GRAETZ, Michael J. O’HEAR, Michael M. The “Original Intent” of U.S. International Taxation. **Duke Law Journal**, v. 46, 1997. p. 1033.

⁵⁶ SPENCER, David. BEPS: The Allocation of Taxing Rights. Part 1, 2 , 3 & 4. **Journal of International Taxation**, abr. 2018.

⁵⁷ Disponível em: <https://www.forbes.com/global2000/#4f6b5829335d>. A base de dados da Forbes também é utilizada pela Conferência das Nações Unidas para Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD).

⁵⁸ LIGA DAS NAÇÕES (1925), Especialistas Técnicos do Comitê Financeiro e Econômico. **Report and Resolutions submitted by the Technical Experts to the Financial Committee**. Document F.212: Geneva, February 1925. p. 2.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 6.

Com isso, os Sete Especialistas elaboraram um relatório final com as “*resoluções*” que foram negociadas e aceitas, baseadas em todo o trabalho realizado pela Liga, especialmente o estudo econômico de 1923, bem como as recomendações formuladas pela Câmara de Comércio Internacional (ICC - International Chamber of Commerce). No que tange à Tributação da Renda, os especialistas concluíram que esta deveria ser imposta somente pelo Estado de “Residência” do Contribuinte, permitindo a tributação pelo país da Origem somente nos casos de renda derivada de **propriedade imóvel** ou de **estabelecimentos comerciais e industriais**. Embora este Relatório de 1925 tenha tido uma participação extremamente questionável, composto apenas por representantes de nações europeias envolvidas, em nenhum momento os representantes pretenderam impor suas conclusões sobre o resto do mundo.

Muito pelo contrário, na Parte IV do Relatório (“Conclusões Gerais”), os representantes deixam claro que a questão sobre “qual ação deverá ser tomada” cabe apenas ao Comitê Financeiro e ao Conselho da Liga das Nações, sendo sugerido ainda que fosse convocada uma nova conferência com participação mais ampla, ressaltando a relevância de incluir especialistas de um número muito maior de países⁶⁰.

A recomendação foi acatada e, assim, convocou-se um novo Comitê ligeiramente mais extenso, com 11 representantes, mas que já apresentava uma maior diversidade, contando com a participação da Argentina e da Venezuela. Os novos especialistas foram incumbidos de transformar as resoluções do Relatório de 1925 em uma Convenção Modelo, sendo definido que, por razões práticas, era preferível trabalhar em tratados bilaterais, uma vez que alcançar unanimidade em questões tão divergentes seria quase impossível.⁶¹

O Relatório final, entregue em 1927, continha o primeiro rascunho de Convenção Modelo da Liga das Nações, denominado “*Ia*”. O Modelo era dividido entre uma seção de

⁶⁰ Cf: “It is, of course, not for us to state what action should be taken on these resolutions; that is a question on which a decision can be taken only by the Financial Committee and the Council of the League of Nations, who requested our several Governments to nominate us to carry out this enquiry. [...] We would suggest that the Financial Committee might consider the desirability of summoning a conference of technical experts on broader lines than our own gatherings. In the first place, a larger number of countries might be represented on this conference. During our discussions we fully realised the invaluable assistance which we would have derived in our investigations from the presence of experts belonging to certain countries, both on account of the economic and financial importance of these countries and the peculiarities of their legislation.” (Ibid., p. 29)

⁶¹ Cf: “In the matter of double taxation in particular, the fiscal systems of the various countries are so fundamentally different that it seems at present practically impossible to draft a collective convention, unless it were worded in such general terms as to be of no practical value. In the matter of tax evasion also, although unanimity would not seem to be unattainable, there is no doubt that the accession of all countries to a single Convention could only be obtained as the result of prolonged and delicate negotiations, while there is no reason to delay the putting into force of bilateral conventions which would immediately satisfy the legitimate interests of the tax-payers as well as those of the Contracting States.” (Ibid., p. 30)

tributos “impessoais” e “pessoais”, assim, a tributação pessoal era devida ao estado de domicílio fiscal do contribuinte, ou seja, da residência, enquanto a tributação impessoal (na qual se incluem os rendimentos de empreendimentos industriais, comerciais ou agricultores) poderá ser atribuída ao “país da origem” na hipótese de existir um “Estabelecimento Permanente”:

Artigo 5. A renda de qualquer empreendimento industrial, comercial ou agrário, bem como de qualquer outro [?] ou ocupações, serão tributáveis no Estado em que as pessoas controladoras do empreendimento [?] engajadas em comércio ou ocupação, possuem estabelecimentos permanentes.

Os centros de administração, empresas associadas, filiais, fábricas, agências, armazéns, escritórios e depósitos serão considerados estabelecimentos permanentes. O fato de que um empreendimento possui negócios com um país estrangeiro através de um agente de confiança independente (corretor, comissionista, etc.), não servirá para sustentar que o empreendimento em questão possui um estabelecimento permanente nesse país.

A ficção do “Estabelecimento Permanente” foi muito inspirada pelas resoluções do Relatório de 1925, e significa qualquer local fixo de negócios em que o contribuinte desenvolva suas atividades econômicas. O termo foi criado para delimitar as circunstâncias em que a tributação pelo país da fonte deveria ser permitida, para tanto a ideia foi “elaborar uma regra simples, fácil de ser aplicada, administrável e que revelasse um grau de envolvimento suficiente com a vida econômica do país em questão”⁶². Heleno Torres também destaca como o conceito criado se baseia no grau de envolvimento econômico da empresa:

Foi a sociedade das nações que formulou a primeira conceituação para o estabelecimento permanente, que, à sua época, foi largamente adotada, **tomando o caráter produtivo da instalação como critério para a sua qualificação**, que deveria contribuir de maneira concreta e direta à formação dos lucros da pessoa jurídica não-residente.⁶³

Destaca-se que a criação da regra do estabelecimento permanente reforça a ideia de que o quarto método proposto pelos economistas (método da classificação e atribuição das fontes) foi a principal base teórica para formulação do sistema tributário internacional, uma vez que, em sua formulação original, dada no próprio Relatório de 1923, os próprios autores já recomendavam que “seria desejável impor algum limite sobre o poder do país de origem impor

⁶² ESCRIBANO, Eva. An opportunistic, and yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties. *Intertax*, v. 43, n. 1, 2015. p. 8.

⁶³ TORRES, Heleno. *Pluriritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 126.

impostos locais específicos, o que poderia exaurir indevidamente o erário público dos países de residência”⁶⁴.

Por fim, a Liga convocou uma última sessão, convidando representantes de todos os países interessados, o que permitiu a participação mais ampla até então de 27 governos, incluindo países do mundo inteiro como a China, Japão, África do Sul e a União Soviética. Os especialistas se encontraram em Outubro de 1928 para concluírem por mais dois modelos de Convenções Bilaterais, um deles capitaneado pelo Reino Unido e pelos EUA (denominado “Ib”), que reconhecia a Residência como base principal para tributação, permitindo a tributação na origem somente em circunstâncias muito restritas, e um segundo que acolhia as propostas de tributação na fonte do Modelo de 1927 (denominado “Ic”), e atribuía ao país da residência a tarefa de renunciar ao próprio imposto, ou de deduzir o tributo pago no Estado da fonte.

Apesar das diferenças, tanto o modelo *Ib* quanto o *Ic* adotavam ficções similares ao Estabelecimento Permanente para atribuir a competência de tributar ao país da origem, tendo o último praticamente reaproveitado o texto original do modelo *Ia* de 1927:

(Ib) Artigo 2. Tributação na Fonte.

As seguintes categorias de rendimentos serão prioritariamente tributadas em suas respectivas fontes, conforme descrito abaixo: [...]

B. Renda Industrial, Comercial ou Agrária.

A Renda de todo empreendimento industrial, comercial ou agrário, bem como de qualquer outras trocas comerciais ou ocupações não citadas no parágrafo D, serão tributáveis no Estado em que está situado um estabelecimento permanente.

(Ic) Artigo 3. A Renda angariada de todo empreendimento industrial, comercial ou agrário, bem como de quaisquer outras trocas comerciais ou ocupações, e que não tenham sido citadas no Artigo 7, serão tributáveis no Estado em que estiver situado um estabelecimento permanente.

Embora os Relatórios não transpareçam a intenção de assegurar uma dominação dos países desenvolvidos, até mesmo porque as reuniões da Liga das Nações efetivamente buscaram uma maior integração internacional, convocando representantes de todos os continentes, é inegável que o resultado foi exatamente esse. A partir do momento em que o estabelecimento permanente se tornou o critério que autoriza a jurisdição da fonte a tributar, o sistema internacional basicamente passou a garantir que a jurisdição da residência tenha o direito preferencial para tributação⁶⁵.

⁶⁴ LIGA DAS NAÇÕES (1923). **Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee.** Economic and Financial Commission Report by the Experts on Double Taxation. Document E.F.S.73. F.19 (April 5th 1923). Volume 4 Section 1, Abril de 1923. p. 42.

⁶⁵ HADZHIEVA, Eli. Impact of Digitalisation on International Tax Matters. Study for the Committee on Financial Crimes, Tax Evasion and Tax Avoidance, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies. Luxemburgo: Parlamento Europeu, 2019. p. 73. Disponível em:

De todo modo, os modelos em questão são considerados um dos poucos sucessos da organização, já que, conforme apontado por Sunita Jogarajan, estes foram utilizados como base para mais de 100 tratados bilaterais concluídos entre 1929 e 1939⁶⁶. Os trabalhos continuaram a ser revisados, o que culminou na elaboração de dois novos Modelos da Liga das Nações, um primeiro apresentado na Conferência Fiscal Regional de 1943 no México, altamente influenciado pelos interesses da América Latina, sendo talvez o único modelo que não dependa do conceito de “Estabelecimento Permanente”.

Nesse sentido, o artigo IV do Modelo do México simplesmente afirma que: “1. A renda de qualquer empreendimento industrial, comercial ou agrário e de qualquer outra atividade lucrativa será tributável apenas no Estado onde o negócio ou atividade é desenvolvido.”⁶⁷, sem exigir qualquer presença física. Segundo o Relatório que acompanhou a convenção, o principal argumento lançado a favor do tratado do México foi de que, se a condição para um país estrangeiro tributar os lucros de uma empresa é o estabelecimento permanente, então alguns países iriam perder receita⁶⁸.

Contudo, as inovações do modelo do México foram revertidas na Conferência da Liga de 1946 em Londres, que contou com a participação de mais países europeus, não só pela localização mas também pelo final da segunda guerra mundial, voltando a aplicar o estabelecimento permanente⁶⁹. O Relatório de 1946 também sinaliza a sucessão da Liga das Nações pela então recém-criada Organização das Nações Unidas⁷⁰, afirmando que:

O Comitê pensa que o trabalho feito tanto no México quanto em Londres poderá ser útil para a revisão e continuação dos estudos por um grupo equilibrado de administradores tributários e especialistas de países importadores e exportadores de capital, e de países economicamente avançados e menos avançados, quando o trabalho da Liga for assumido pelas Nações Unidas.⁷¹

Apesar do considerável esforço despendido ao longo dessas duas décadas de trabalho, os estudos sobre a dupla tributação não foram imediatamente continuados pela Organização das Nações Unidas. Segundo Heleno Torres, foi somente em 1955 que a Organização Europeia de

<https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/161104/ST%20Impact%20of%20Digitalisation%20publication.pdf>.

Acesso em: 26 nov. 2019.

⁶⁶ JOGARAJAN, Sunita. The ‘Great Powers’ and the Development of the 1928 Model Tax Treaties. In: _____. **Double Taxation and the League of Nations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018. p. 348.

⁶⁷ LIGA DAS NAÇÕES. **London and Mexico Model Tax Conventions Commentary and Text**. C.88.M.88.1946.II.A. Geneva, 1946. p. 60. Disponível em: <http://purl.library.usyd.edu.au/setis/id/brulegi>. Acesso em: 26 nov. 2019.

⁶⁸ Ibid., p. 14.

⁶⁹ Ibid., p. 13.

⁷⁰ Criada em 1945 mediante a assinatura da Carta das Nações Unidas

⁷¹ LIGA DAS NAÇÕES, op. cit.. p. 6.

Cooperação Econômica (OECE)⁷² retomou os trabalhos da Liga das Nações, promovendo uma série de trabalhos que foram continuados pelo Comitê Fiscal da então recém-criada Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)⁷³, e que culminaram no Projeto de Convenção de Dupla Tributação concernente à renda e ao patrimônio⁷⁴, publicado em 1963⁷⁵. Sérgio André Rocha aponta novamente como os desenvolvimentos na matéria da tributação internacional sempre se relacionam com momentos de crise global, destacando que foi a segunda guerra mundial que levou à criação da OECE, posteriormente transformada na OCDE, que por sua vez terminou sendo a responsável por dar continuidade ao trabalho da Liga das Nações⁷⁶.

O fato é que o modelo de 1963 foi largamente disseminado, sendo atualizado sucessivas vezes com o tempo e servindo de base para a maior parte dos tratados bilaterais vigentes na atualidade. Coube à OCDE, assim, o protagonismo na área da tributação internacional, um espaço que não havia sido ocupado pela ONU, a suposta real “sucessora” da Liga das Nações. Somente décadas depois a ONU iria finalmente adentrar no tema, publicando sua própria Convenção Modelo em 1980, com a intenção de apresentar um contraponto às regras da OCDE que favoreciam os países de residência.

1.1.4. Os Tratados Bilaterais

Feita essa breve introdução, passaremos agora a analisar como funcionam os tratados bilaterais, a principal fonte do sistema tributário internacional.

Conforme já introduzido, atualmente quase todos os tratados são baseados nas Convenções-Modelo da OCDE⁷⁷ e da ONU, cuja principal diferença reside no fato de que a última pretende assegurar maiores competências tributárias para os países da fonte, normalmente importadores líquidos de investimentos externos⁷⁸. Por esse motivo, a Convenção da ONU é intitulada “Convenção-Modelo de Dupla Tributação entre Países Desenvolvidos e

⁷² Criada em 1948.

⁷³ Criada em 1961.

⁷⁴ Cf. ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Projet de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune**. Paris: 1963.

⁷⁵ Para mais detalhes sobre a consolidação do regime tributário internacional no período pós segunda guerra, cf.: TORRES, Heleno. **Pluriritubação Internacional sobre as Rendias de Empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 342

⁷⁶ ROCHA, Sérgio Andre. The Other Side of BEPS: ‘Imperial Taxation’ and ‘International Tax Imperialism’. In: _____; CHRISTIANS, Allison. **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Wolters Kluwer, 2017. p. 181.

⁷⁷ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Model Tax Convention on Income and on Capital**: Condensed Version 2017. OECD Publishing, Paris, 2017. Disponível em: https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en. Acesso em: 26 nov. 2019.

⁷⁸ Id. Política Fiscal Brasileira. p. 29.

em Desenvolvimento”. Iremos pontuar as principais diferenças ao longo do capítulo⁷⁹, contudo o fato é que apesar do modelo da ONU tentar trazer mais competências tributárias para a jurisdição da fonte, ambos tomam como pressuposto as regras e princípios formulados pela Liga das Nações, de modo que a análise de seus aspectos-chave como, por exemplo, o estabelecimento permanente, acaba abarcando a lógica dos dois modelos.

No que tange a estrutura, ambos os modelos são idênticos, sendo divididos em 7 capítulos. O primeiro capítulo trata sobre o escopo da convenção, prevendo de modo geral que ela se aplica para todas as pessoas que são residentes de um dos dois Estados (Art. 1º), e para todos os tributos incidentes sobre a renda e o capital (Art. 2º). O segundo capítulo fica responsável por trazer as definições dos termos que serão utilizados ao longo do tratado, desde termos mais gerais, como “pessoa”, “empresa” e “nacional” (Art. 3º), até os mais específicos como “residente” (Art. 4º) e o “estabelecimento permanente” (Art. 5º).

A definição-base dada pelo Artigo 5º de ambos os modelos claramente se baseia na ideia de identificar fatores tangíveis, que demonstrem uma presença física e, conseqüentemente, uma conexão relevante com o país de fonte. Os dois primeiros incisos, transcritos abaixo, são idênticos em ambos os modelos:

Artigo 5 Estabelecimento Permanente

1. Para os propósitos dessa convenção, o termo “estabelecimento permanente” equivale a um local fixo de negócios através do qual a atividade de uma empresa é desenvolvida integralmente ou parcialmente.
2. O termo “estabelecimento permanente” abrange inclusive:
 - a. O centro de administração
 - b. Uma filial
 - c. Um escritório;
 - d. Uma fábrica;
 - e. Um workshop, e
 - f. Uma mina, poço de óleo ou gás, pedreira, ou qualquer outro local de extração de recursos naturais

As diferenças surgem nos dispositivos que determinam quando restará caracterizado o estabelecimento permanente em situações específicas, como no caso de obras de construção civil. Enquanto o Modelo da OCDE determina que o estabelecimento estará caracterizado quando a obra durar mais de doze meses, o Modelo da ONU exige apenas seis meses para tanto.

⁷⁹ Para uma análise mais detalhada sobre as diferenças dos modelos, cf.: GONZAGA, Livia Leite Baron. OECD, UM and US Model Conventions: a Comparison. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.) **Direito Tributário Internacional Aplicado**. Vol. V. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

Além disso, o Modelo da ONU dispõe sobre o “estabelecimento permanente de serviços”, que será caracterizado quando verificada a prestação de serviços através de empregados ou outras pessoas contratadas dentro do país da fonte, por um período superior a seis meses⁸⁰. Não há previsão no mesmo sentido no artigo 5º do Modelo da OCDE.

Os Capítulos III e IV são o coração dos tratados bilaterais, são neles que será cumprido o objetivo de definir qual Estado é competente para tributar o que, contendo regras específicas para informar a tributação de cada espécie de rendimento, como, por exemplo, dividendos, juros, royalties, ganho de capital, etc (Art. 6º até 21), e do capital em si (Art. 22).

Dentre eles, merecem destaque os artigos 7º e 9º. O primeiro é corolário do artigo 5º, e traz uma regra geral para tributação dos lucros das empresas estrangeiras, sendo considerado por alguns como a categoria de renda mais importante para fins fiscais, em razão de sua ampla abrangência⁸¹. Enquanto o artigo 5º simplesmente define o conceito de estabelecimento permanente, é o artigo 7º que o coloca em prática, determinando que o país da fonte somente poderá tributar os lucros de uma empresa estrangeira quando restar caracterizada a presença física em seu território, como verificado pelos comentários da Convenção-Modelo da ONU:

Este artigo aloca competências tributárias no que diz respeito aos lucros das empresas de um Estado Contratante, desde que tais lucros não estejam sujeitos a diferentes regras em outros Artigos da Convenção. Ele incorpora o princípio básico de que, a não ser que a Empresa de um Estado Contratante tenha um estabelecimento permanente situado no outro Estado, os lucros daquela empresa somente poderão ser tributados neste outro Estado, a não ser que esses lucros se enquadrem em categorias específicas para os quais outros Artigos da Convenção atribuam competências tributárias para aquele outro Estado.⁸²

O *caput* do artigo é idêntico em ambos os modelos, dispondo o seguinte:

1. Os lucros de uma empresa de um Estado contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça sua atividade no outro Estado contratante por meio de um Estabelecimento Permanente aí situado. Se a empresa exercer sua atividade na forma indicada, seus lucros serão tributáveis no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis a esse Estabelecimento Permanente.

Desse modo, é o Art. 7º que é o principal responsável por definir a prioridade dada à jurisdição da residência, restringindo a tributação dos lucros na fonte apenas quando presente

⁸⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**. New York: UN, 2017. p. 11.

⁸¹ CALIENDO, Paulo. Transfer Pricing e Atribuição de Renda a Estabelecimentos Permanentes. **Revista Direito Tributário Internacional Atual**, n. 2, p.167-190, 2017. p. 174.

⁸² ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Model Tax Convention on Income and on Capital**: Condensed Version 2017. OECD Publishing, Paris, 2017. Disponível em: https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en. Acesso em: 26 nov. 2019.

algum elemento físico de conexão. Novamente, a diferença entre os modelos reside nos detalhes. Enquanto o modelo da OCDE dispõe que serão atribuíveis ao estabelecimento permanente apenas os lucros que seriam esperados de serem auferidos, caso se tratasse de uma empresa independente, o modelo da ONU vai além e permite que também sejam tributados o lucro de outras atividades empresariais que sejam desenvolvidas no país através do estabelecimento permanente. Além disso, o modelo da ONU veda a dedutibilidade de eventuais pagamentos feitos pelo estabelecimento permanente para a sua matriz ou qualquer outra empresa do mesmo grupo (Art. 7º [3]).

O artigo 9º também traz uma regra tão geral, senão mais, quanto à do artigo 7º. Ele é responsável pela realocação de lucros entre empresas associadas, assim consideradas aquelas que possuem uma participação, direta ou indireta, na administração, controle ou capital da outra, ou que possuem as mesmas pessoas com esse nível de controle. Basta imaginar uma situação em que uma empresa é residente do país A e sua subsidiária é residente do país B, e que existe um tratado bilateral entre ambos os países. É possível que os preços das operações comerciais e financeiras entre essas duas empresas sejam manipuladas ao ponto de se distanciarem demais das condições que teriam sido firmadas caso elas fossem independentes uma da outra; nesse caso, o artigo 9º autoriza que os Estados contratantes analisem as transações realizadas entre essas empresas associadas e decidam, caso necessário, pela redistribuição dos lucros apurados em cada país, para fins de tributação da renda. Apesar de parecer um artigo muito abstrato, e de fato é, a alocação de lucros entre empresas associadas é um dos dois pilares do sistema tributário internacional na visão da OCDE⁸³, conforme exploraremos no próximo capítulo.

Os demais dispositivos do capítulo passam a tratar sobre as regras distributivas que irão estabelecer qual país tem o poder de tributar tipos específicos de rendimento, como dividendos (Art. 10), juros (Art. 11) e royalties (Art. 12), e, caso os dois países tenham tal poder, irão dispor sobre limitações para restringir a tributação do país da fonte⁸⁴. Nesse sentido, nas transferências internacionais de determinados rendimentos, o modelo da OCDE irá garantir, na maioria dos casos, que a jurisdição da residência tenha o direito de tributar as remessas. No caso dos dividendos e juros, ambos os países possuem o direito de tributar, contudo o Modelo da OCDE limita a tributação no país da fonte em 5% e 10%, respectivamente, enquanto o modelo da ONU

⁸³ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018**. Paris: OECD Publishing, 2018. p. 168.

⁸⁴ ROCHA, Sérgio Andre. **Política Fiscal Internacional Brasileira**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017, 48.

não prevê qualquer limite, dispondo que se trata de matéria a ser negociada entre os Estados contratantes⁸⁵. A diferença é ampliada no artigo sobre royalties, em que o Modelo da OCDE dispõe que somente o país da residência poderá tributar, enquanto o Modelo da ONU autoriza que a jurisdição da fonte também tribute, sujeita a eventual limitação acordada pelos Estados contratantes. Em 2017, visando resguardar ainda mais os direitos da jurisdição da fonte, a ONU atualizou sua convenção modelo adicionando o artigo 12-A, referente às remessas por serviços técnicos, que até então estavam sujeitas exclusivamente à tributação da jurisdição da residência. Conforme veremos à frente, o novo dispositivo é muito relevante no contexto da economia digital, em que a prestação de serviços de forma remota, fora do país, se torna cada vez mais comum. Nesse sentido, os comentários do Modelo da ONU afirmam de forma expressa que:

2. Até a adição do artigo 12A, a renda de serviços prestados por uma empresa de um estado contratante era tributada exclusivamente no Estado em que a empresa é residente, a não ser que o empreendimento fosse desenvolvido através de um estabelecimento permanente no outro Estado (o País da Fonte) ou o serviço fosse prestado através de uma base fixa no Estado da Fonte. Com as rápidas mudanças da economia moderna, em particular no que tange serviços transfronteiriços, agora é possível que uma empresa residente de um Estado esteja substancialmente envolvida na economia de outro Estado, sem que seja através de um estabelecimento permanente [...]⁸⁶

Por fim, o Capítulo V irá tratar sobre os métodos para eliminar a dupla tributação, que são o método de isenção (Art. 23-A) e de crédito (Art. 23-B), ambos ficam a cargo do Estado de residência, que deverá cumprir um desses dois métodos. O Capítulo VI irá tratar sobre as disposições especiais, que incluem artigos variados sobre a vedação de práticas discriminatórias, procedimentos de assistência mútua, troca de informações, entre outros (Art. 24 a 30), e o Capítulo VII irá dispor acerca da vigência do tratado (Art. 31) e das hipóteses em que ele irá parar de produzir efeitos (Art. 32).

1.1.5. Os Pilares do Sistema Tributário Internacional

A análise feita até aqui foi, certamente, introdutória. Embora tenhamos discorrido sobre toda a origem e estrutura do sistema tributário internacional, passamos apenas brevemente sobre seus princípios subjacentes, como o princípio dos benefícios (dicotomia residência/fonte) e das entidades independentes (tratar cada empresa que é parte de um grupo multinacional como uma

⁸⁵ Ibid., p. 58.

⁸⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**. New York: UN, 2017. p. 318.

entidade independente). O motivo disso é que, para os fins da reforma que está sob discussão no âmbito da OCDE, os questionamentos acerca da incompatibilidade do sistema atual com o contexto da economia digital giram em torno de dois aspectos-chave, dois pilares do sistema: (i) As regras de nexos, que determinam qual jurisdição pode tributar uma empresa não-residente; e (ii) As regras de alocação de lucro, que se baseiam no princípio *Arm's Length*⁸⁷.

1.1.5.1. As Regras de Nexos

Em relação ao primeiro ponto, as regras de nexos fazem referência especificamente à ficção do estabelecimento permanente, pois é ele que determina qual jurisdição poderá tributar os lucros da empresa estrangeira. O conceito já foi explorado anteriormente, tendo sido criado originalmente para servir como uma contenção da tributação na fonte, favorecendo as jurisdições de residência na medida em que se exige uma presença tangível internacional para que se autorize a tributação do país da fonte, regra prevista pelo artigo 7º da Convenção-Modelo.

Em outras palavras:

De acordo com as regras atuais, o nexos entre a realização do lucro e a presença da atividade no Estado da fonte é considerada fundamental para definir a existência ou não de um Estabelecimento Permanente (EP) naquele território. Regra geral, o Estado da fonte só deve tributar o rendimento das empresas se atribuível a um EP ali situado. Neste caso, a tributação é legitimada, pois a empresa está bem integrada na economia daquele local.⁸⁸

Uma vez caracterizado o estabelecimento permanente, passa-se a considerar que a empresa estrangeira auferiu renda tributável no país da “fonte”, autorizando então que a respectiva jurisdição exerça seu poder impositivo, é a chamada regra do “nexos”. Contudo, uma vez caracterizado o estabelecimento e autorizada a tributação pela jurisdição da fonte, surge então uma segunda questão: como calcular o montante de rendimentos efetivamente auferido pelo estabelecimento permanente na jurisdição em questão? Indo além, como julgar se uma subsidiária ou uma empresa controlada/coligada está declarando uma quantidade “correta” de lucro em sua jurisdição de atuação?

⁸⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**. New York: UN, 2017. p. 318.

⁸⁸ BEZ-BATTI, Gabriel. O Conceito de Estabelecimento Permanente no Direito Brasileiro e os Novos Paradigmas Trazidos pela Ação 7 do Projeto BEPS OCDE/G20. **Revista Direito Tributário Internacional Atual**, n. 4, p.81-101, 2018. p. 82.

Ambos questionamentos se referem diretamente ao segundo pilar do sistema que mencionamos anteriormente. Trata-se das regras para alocação de lucros entre empresas associadas, ou seja, como garantir que um determinado estabelecimento permanente, filial, subsidiária, controlada ou coligada está declarando um nível apropriado ou “normal” de renda para ser tributado.

1.1.5.2. As Regras para Atribuição de Lucros

O problema da alocação de lucros entre empresas associadas somente existe em razão de um dos pressupostos adotados pelo sistema tributário internacional, o princípio das entidades independentes, ou seja, o tratamento de cada empresa parte de um grupo multinacional como uma pessoa jurídica individual independente, e não como parte de um grupo integrado⁸⁹. Isso também significa que, em tese, as transferências e operações entre empresas ligadas devem ser precificadas. A questão é que uma vez que determinada filial é parte de um grupo multinacional, a manipulação de preços nas operações entre empresas coligadas se torna um instrumento possível para se alcançar uma redução da carga tributária do grupo. O termo utilizado na tributação internacional para se referir ao preço estipulado nas operações entre empresas controladas ou coligadas é “preço de transferência”, e ele é regulado pelo *Arm's Length Principle*, que podemos traduzir literalmente para princípio “à distância de um braço”.

Para melhor explicar o seu funcionamento, e os potenciais impactos negativos que podem ser causados pela manipulação de preços de transferência, iremos tomar emprestado o exemplo dado pelo Professor Reuven Avi-Yonah, da Universidade de Michigan. Suponha que uma empresa residente no País A fabrique computadores e então venda para uma subsidiária residente no País B, que por sua vez ficará responsável por revender os computadores para os clientes finais. Nesse sentido, Avi-Yonah afirma que o lucro tributável que a subsidiária irá auferir será determinado por três fatores: (1) o preço pelo qual revende os computadores; (2) suas despesas operacionais; e (3) o preço dos computadores que comprou de sua Matriz residente no País A. Dentre os três fatores, o único que está inteiramente sob controle do grupo empresarial é o preço de transferência entre Matriz e Subsidiária:

⁸⁹ ESCRIBANO, Eva. ¿Se ha equivocado el proyecto BEPS en el planteamiento? Los paradigmas de la fiscalidad internacional que no han sido cuestionados. In: ALMUDÍ CID, José Manuel et al. **El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS)**: G-20, OCDE y Unión Europea. Navarra: Aranzadi, 2017.

Os primeiros dois fatores são governados pelas forças do mercado, fora do controle da matriz ou da subsidiária. Contudo, porque a matriz controla a subsidiária, o terceiro fator (o preço pelo qual o fabricante vende o computador para o revendedor, ou o “preço de transferência”) está inteiramente sob controle das partes relacionadas. Assim, o potencial para abusos surge em razão das partes relacionadas buscarem aumentar os lucros após impostos através da manipulação do preço.⁹⁰

Uma vez que o preço de transferência está sob total controle do grupo empresarial, a fixação de um maior ou menor preço irá levar, conseqüentemente, a um maior ou menor lucro para a revendedora do país B. Mas qual seria a utilidade de aumentar ou diminuir os lucros de uma filial? A resposta é simples, garantir que a empresa mais lucrativa seja aquela residida no país com menor tributação. Voltando ao exemplo dado acima, suponha que o país B possua uma carga tributária muito mais alta do que o país A; nesse caso, se a Matriz estipular um preço muito alto na venda para sua subsidiária, o lucro que ela irá auferir após revender os computadores será significativamente menor. Desse modo, o país B somente conseguirá tributar a pequena margem de lucro auferida pela subsidiária, enquanto a maior parte do lucro ficará com a Matriz no país A.

Assim, a função do artigo 9º das Convenções-Modelo da OCDE e da ONU, que autoriza a redistribuição dos lucros entre empresas associadas, é justamente combater possíveis manipulações dos preços de transferência, um dos principais esquemas utilizados por grupos multinacionais para reduzir seu ônus tributário global, efetivamente alocando a maior parte dos lucros nas empresas residentes nos países de menor carga tributária. Pode parecer um problema pequeno à primeira vista, mas o fato é que, segundo um levantamento realizado pela UNCTAD, as operações entre partes relacionadas, ou seja, com preços potencialmente manipulados, representaram mais de 50% do comércio global⁹¹.

Uma vez que a preocupação era como regular os preços praticados entre empresas coligadas, a solução aparente, principiologicamente, é simples: é preciso introduzir mecanismos que permitam que cada Estado ajuste os preços de transferência praticados para fins de apuração do imposto sobre a renda, de modo a aproximá-los daqueles que seriam praticados caso a operação se desse entre duas empresas independentes. Ou seja, para se alcançar um resultado econômico “real”, é preciso tratar as operações entre empresas relacionadas como se elas estivessem “à distância de um braço”, motivo pelo qual esse princípio foi batizado pelo nome de “*Arm’s Length Principle*”. Como explicado pelo Professor Sérgio André Rocha: “O

⁹⁰ AVI-YONAH, Reuven S. The Rise and Fall of Arm’s Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation. **Law & Economics Working Papers Archive**. 2007. p. 1.

⁹¹ Contabilizando as estimativas abrangendo as trocas intra-firmas e de parceiras contratuais. Cf.: UNCTAD. **Global Value Chains and Development**: Investment and Value Added Trade in the Global Economy. United Nations Publication, 2013. p. 16.

princípio *arm's length*, orienta como fim que transações entre partes relacionadas no comércio internacional, assim como aquelas realizadas com entidades situadas em países com tributação favorecida ou sob regime fiscais privilegiados, sejam realizadas em condições de mercado.”⁹². Para SANTI *et al.*, o princípio *arm's length* é corolário do princípio da igualdade, na medida em que exige que partes relacionadas sejam tratadas como se fossem entidades independentes entre si⁹³.

Segundo as orientações da OCDE em matéria de preços de transferência, o princípio se encontra materializado pelo comando previsto no artigo 9º da Convenção-Modelo, que diz o seguinte:

[Quando] as condições estipuladas entre duas empresas [associadas] em suas relações comerciais ou financeiras divergirem daquelas que seriam firmadas caso fossem pactuadas entre duas empresas independentes, então quaisquer lucros que teriam sido auferidos por uma dessas empresas, mas, em razão das condições estipuladas, não foram auferidos, poderão ser incluídos nos lucros daquela empresa e tributados de acordo.⁹⁴

O §2º do artigo 7º da Convenção-Modelo da OCDE, que trata dos lucros das empresas estrangeiras, também traz a regra em questão para o âmbito dos estabelecimentos permanentes, prevendo que os lucros atribuídos à entidade serão o montante que se esperaria que fossem auferidos, caso fosse uma entidade independente exercendo as mesmas ou similares atividades nas mesmas ou similares condições, levando em consideração as suas funções, ativos utilizados e riscos assumidos.

Ocorre que as Convenções, por si só, não dispõem expressamente sobre como se alcançará o preço ideal segundo o princípio *arm's length*. O único indício dado pelas convenções é a redação do artigo 7º, que dispõe que a análise para alocação dos lucros levará em consideração as suas funções, ativos utilizados e riscos assumidos. A materialização do princípio em questão exige instrumentos que viabilizem sua aplicação para os casos concretos, para isso, a legislação doméstica de cada país tratou de estabelecer os métodos para controle dos preços de transferência⁹⁵. Assim, até a década de 1960 o tema de preços de transferência era largamente uma questão indeterminada, o que mudou quando Stanley Surrey, o Secretário

⁹² ROCHA, Sérgio André. **Tributação Internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 82.

⁹³ SANTI, Eurico Marcos Diniz de et al. **Direito Tributário Tributação Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁹⁴ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Model Tax Convention on Income and on Capital**: Condensed Version 2017. OECD Publishing, Paris, 2017. p. 35. Disponível em: https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en. Acesso em: 26 nov. 2019.

⁹⁵ SANTI, op cit., p. 94.

Adjunto de Política Tributária dos Estados Unidos, pressionou pela elaboração de regulações que trouxessem métodos concretos para aplicação do princípio *Arm's Length*⁹⁶.

Em 1968, o regulamento norte-americano foi publicado, criando os três métodos “clássicos” para se avaliar preços de transferência, todos baseados na ideia de exigir que as empresas envolvidas justifiquem os preços adotados nas operações intragrupo através de comparações com os preços praticados em operações similares ocorridas entre empresas independentes⁹⁷. Esses métodos são: (i) o Confronto de Preços – CUP (Comparable Uncontrolled Prices); (ii) o Método do Preço de Revenda (Resale Price Method); e (iii) Método do Custo Majorado (Cost Plus Method). Para uma breve explicação sobre cada um deles, reproduzimos abaixo trechos do Manual de Direito Tributário Internacional de Victor Uckmar:

No plano teórico, o melhor preço para realizar esta verificação é aquele do “confronto de preços” (denominado *comparable uncontrolled pricing method*). Em substância, o preço praticado na operação intragrupo examinada é comparado com o preço de uma operação semelhante, em que a contraparte não seja uma sociedade ou estabelecimento permanente do grupo.⁴

[...]

Método do preço de revenda (denominado *resale pricing method*): com este método aplica-se ao preço de revenda da mercadoria adquirida pelo montante submetido à verificação – a margem bruta de valor agregado utilizada em média pelos operadores do setor (denominado *resale pricing margin*). O valor normal, em outras palavras, considera-se igual ao preço de revenda ao consumidor final ou a uma empresa independente, *diminuído da margem bruta de lucro em média aplicado ao setor*. Trata-se de um método adotado especialmente para verificações junto a atacadistas e revendedores;

Método do custo majorado (denominado *cost plus method*): este método visa determinar o preço do mercado com base no custo efetivo dos bens e dos serviços empregados na produção, aos quais se acrescenta uma adequada margem de lucro (*cost plus mark up*).⁹⁸

Os métodos se tornaram não apenas a base das discussões norte americanas de preços de transferência ao longo das décadas de 1970 e 1980, como também a base para o primeiro Guia de Recomendações para Preços de Transferências (*Transfer Pricing Guidelines*), publicado pela OCDE em 1979⁹⁹. Entretanto, os métodos clássicos passaram a ser questionados na medida em que se tornava cada vez mais difícil achar uma transação comparável às operações realizadas por grupos multinacionais, ou identificar margens brutas de lucro confiáveis, em parte devido a diferenças na contabilidade e dificuldade de obter informações

⁹⁶ AVI-YONAH, Reuven S. **Advanced Introduction to International Tax Law**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2015. p. 70.

⁹⁷ Para um histórico mais detalhado sobre a origem do *arm's length*, ver: SCHOUERI, Luís Eduardo. *Arm's Length: Beyond the Guidelines of the OECD*. **Bulletin for International Taxation**, v. 69, n. 12, 2015.

⁹⁸ UCKMAR, Victor et al. **Manual de Direito Tributário Internacional**. São Paulo: Dialética, 2012. p. 112.

⁹⁹ AVI-YONAH, Reuven S. **Advanced Introduction to International Tax Law**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2015. p. 70.

detalhadas¹⁰⁰. Por esse motivo, os Estados Unidos elaboraram dois novos métodos em 1994, que também foram incorporados pela OCDE e adicionados nas Guidelines de 1995. São eles o método transacional de margem líquida (*Transactional Net Margin Method*) e o método de divisão dos lucros (*Profit Split*).

O primeiro método segue a lógica dos métodos tradicionais: devem-se procurar situações comparáveis para se justificar o preço utilizado, a grande diferença é que o objeto de comparação é a margem de lucro líquida auferida na operação¹⁰¹. É o segundo novo método, contudo, que realmente quebra a lógica de comparabilidade. Segundo Ricardo Marozzi Gregorio, o *profit split* se destina a situações em que cada uma das partes envolvidas realizam funções complexas e únicas, intimamente relacionadas entre si, de modo que as transações entre elas não podem ser avaliadas de maneira independente, não sendo possível encontrar situações comparáveis¹⁰².

Assim, diante desse impasse, a solução do “*Profit Split Method*” foi determinar que se divida o lucro total auferido no empreendimento em questão, buscando atribuir a cada empresa o nível de remuneração adequado segundo as suas funções desempenhadas, ativos possuídos e riscos assumidos. No mesmo sentido analisa Luís Eduardo Schoueri:

O método transacional da divisão de lucros pressupõe duas etapas: primeiramente, identifica-se o lucro que ambas as empresas tiveram naquela determinada transação (ou no grupo de transações, caso estas estejam relacionadas) e depois se divide este lucro entre as empresas. O lucro a ser dividido pode ser a somatória dos lucros de ambas as empresas na transação ou apenas o lucro residual (*i.e.*, o lucro que não pode ser imediatamente imputado a apenas uma das partes, em geral por decorrer de intangíveis).¹⁰³

As duas opções citadas acima fazem referência às duas principais abordagens ao método de divisão de lucros que são previstas nos Guidelines da OCDE, as análises contributiva e residual. Enquanto a primeira simplesmente busca dividir o lucro total auferido nas transações entre as empresas associadas, a segunda abordagem divide a análise em duas partes: (i) inicialmente, utiliza-se um dos métodos tradicionais para atribuir a remuneração que cada parte deveria auferir pelas suas contribuições não-únicas, em que é possível encontrar operações comparáveis; e, em seguida, (ii) o lucro (ou prejuízo) que sobrar (residual) será alocado entre

¹⁰⁰ FINNERTY, Chris et al. **Fundamentals of International Tax Planning**. Amsterdam: IBFD Publications, 2007. p. 37.

¹⁰¹ Para mais informações sobre os métodos de preços de transferência em geral: GREGORIO, Ricardo Marozzi. **Preços de Transferência: Arm's Length e Praticabilidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2011; SCHOUERI, Luís Eduardo. **Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2006.

¹⁰² GREGORIO, op cit.. p. 91.

¹⁰³ SCHOUERI, op cit.. p. 204.

as partes envolvidas a partir de uma análise dos fatos e circunstâncias presentes no caso concreto, com base em diversos critérios que poderão ser aplicados, como a localização dos ativos, custos incorridos, capital investido, entre outros¹⁰⁴.

Assim, apesar do método acima ser considerado mais complexo do que os demais, até mesmo por lidar com operações em que não é possível encontrar transações comparáveis, Nhuon Luong afirma ser esperado que sua popularidade cresça, uma vez que é o melhor método para a economia digital e suas operações altamente integradas e dependentes de intangíveis¹⁰⁵.

No geral, apesar dos cinco métodos serem os oficialmente recomendados pela OCDE, é certo que eles estão longe de serem um padrão universalmente aceito assim como é o estabelecimento permanente. Muito disso se deve à complexidade da matéria, a análise comparativa de transações entre empresas independentes e associadas, tomando por base as funções, ativos e riscos envolvidos, exige a análise de muita documentação. A própria OCDE reconhece isso em seu mais recente guia de aplicação dos métodos, afirmando que “[...] o princípio arm’s length pode resultar em um ônus administrativo tanto para o contribuinte quanto para as autoridades fiscais na avaliação de um número significativo de transações internacionais”¹⁰⁶.

No mesmo sentido corrobora Luís Eduardo Schoueri, que afirma simplesmente ser um fato que o sistema atual baseado no princípio arm’s length é absurdamente complexo¹⁰⁷. A sofisticação exigida por parte das autoridades fiscais desconsidera completamente a capacidade institucional da maior parte das nações do globo; Conforme aponta Sérgio André Rocha, vários países simplesmente não possuem o pessoal e a infraestrutura para aplicar os métodos de controle de preços de transferência, e em alguns casos sequer faz sentido investir nessas capacidades pois existem outras áreas da administração tributária que são mais relevantes¹⁰⁸.

Por esse motivo, os métodos não são aplicados de forma universal. O Brasil, por exemplo, desenvolveu um sistema próprio, unicamente brasileiro, que, embora possua métodos

¹⁰⁴ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICA. **OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017**. Paris: OECD Publishing, 2017.

¹⁰⁵ LUONG, Nhung. **Address new challenges to taxation in the digital economy: Separate Accounting or Formulary Apportionment?** Tese (Mestrado). Louvain School of Management, 2018. p. 25.

¹⁰⁶ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICA. **OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017**. Paris: OECD Publishing, 2017. P. 37.

¹⁰⁷ SCHOUERI, Luís Eduardo. Arm’s Length: Beyond the Guidelines of the OECD. **Bulletin for International Taxation**, v. 69, n. 12, 2015. p. 699

¹⁰⁸ ROCHA, Sérgio André. International Taxation, Epistemologies of the South, and Institutional Capacities: Transfer Pricing and the Universalization of the OECD Standards. **Kluwer International Tax Blog**. Mai. 2018a. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2018/05/07/international-taxation-epistemologies-south-institutional-capacities-transfer-pricing-universalization-oecd-standards/>

que remetem aos recomendados, insere um diferencial determinante que é a inclusão de margens de lucro pré-determinadas por setor, evitando problemas de encontrar comparáveis. A Argentina, por outro lado, desenvolveu métodos específicos para controle dos preços de transferência em operações envolvendo commodities. Assim, talvez o mais adequado não seja dizer que os métodos da OCDE são um dos pilares do sistema tributário internacional, mas sim que o princípio *arm's length* é, sendo ele o coração, espírito e fundação do regime vigente de preços de transferência¹⁰⁹.

Contudo, o ponto central do presente trabalho não é o controle dos preços de transferência, até mesmo porque se trata de uma matéria tão complexa que a mera análise profunda do tema já geraria uma dissertação completamente independente. O objetivo do presente título era analisar e trazer à luz os dois pilares do sistema tributário internacional, assim considerados pela OCDE, quais sejam, a regra de nexos, que é basicamente o estabelecimento permanente, e as regras para alocação de lucros, que são baseadas no princípio *Arm's Length*.

1.2. A Economia Digital

Fixados os pressupostos que adotaremos ao nos referirmos ao “sistema tributário internacional”, iremos agora tratar sobre como a digitalização revolucionou a economia mundial, potencialmente tornando obsoletas as regras de tributação internacional. Nesse sentido, parece quase redundante discorrer sobre a importância da Economia Digital, termo popularizado por Don Tapscott em 1995 para definir o novo mundo que surgia pela digitalização de todas as formas de informação¹¹⁰, sendo frequentemente equiparada à revolução industrial em termos de relevância¹¹¹, chamada de “a transformação mais significativa da economia desde a Revolução Industrial”¹¹² e de “Quarta Revolução Industrial”¹¹³.

¹⁰⁹ BRAUNER, Yariv. Value in the Eye of the Beholder: The Valuation of Intangibles for Transfer Pricing Purposes. *Virginia tax Review*, v. 28, n. 79, 2008. p. 96.

¹¹⁰ TAPSCOTT, Don. **The Digital Economy**: promise and peril in the age of networked intelligence. Anniversary Edition. New York: McGraw-Hill, 2015.

¹¹¹ LUDWIG, Christopher; OLBERT, Marcel; SPENGEL, Christoph. Transfer Pricing for Data Businesses: How to Apply the Arm's Length Principle to the Digital Economy In: PISTONE, Pasquale; WEBER, Dennis (Org.); **Taxing the Digital Economy**: The EU Proposals and Other Insights. The Netherlands: IBFD, 2019. p. 27.

¹¹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Tax Challenges in the Digitalized Economy**: Selected Issues for Possible Committee Consideration. Comitê de Especialistas em Cooperação Internacional em Matéria Tributária: E/C.18/2017/CRP.22, Outubro de 2017. p. 2.

¹¹³ Cf.: SCHWAB, Klaus. **The Fourth Industrial Revolution**: what it means, how to respond. World Economic Forum, 14 de Janeiro de 2016; DAVIS, Nicholas. **What is the fourth industrial revolution?** World Economic Forum: 14 de Janeiro de 2016.

As inovações tecnológicas das últimas décadas, em especial a *internet*, promoveram uma aproximação das empresas com os consumidores, aumentaram a eficiência das cadeias de produção global e estão sendo incorporadas por cada vez mais setores da Economia como um todo. Por outro lado, a revolução dos modelos de negócios promovida pela Economia Digital gerou fortes impactos negativos para o sistema tributário internacional, que não conseguiu atualizar suas normas no mesmo ritmo do crescimento tecnológico.

Nesse capítulo dividiremos a análise em duas partes, inicialmente definindo o que é a Economia Digital, quais os avanços e transformações tecnológicas promovidas por ela, suas principais características e, em seguida, em que medida essas inovações tornaram obsoletas as regras tradicionais do sistema tributário internacional.

1.2.1. O conceito e os impactos trazidos pela Economia Digital

Considerando que o presente trabalho trata da tributação no contexto da economia digital, o principal marco teórico deve ser os vários trabalhos elaborados pela OCDE, que, apesar de ser a organização internacional mais atuante nesse campo, não apresenta uma definição clara do termo “economia digital”, e isso não se dá por acaso. Para a organização, a economia digital é simplesmente o “resultado do processo transformativo promovido pela tecnologia da informação e comunicação (TIC)”¹¹⁴, ou seja, é própria economia como um todo na medida em que ela se torna digitalizada.

Essa visão também é compartilhada pela ONU, que enxerga o termo “economia digital” como uma afirmação de que a economia global como um todo foi digitalizada¹¹⁵. Contudo, não se trata de um conceito universalmente aceito. O FMI, por exemplo, reconhece a falta de uma definição única para “economia digital”, porém faz questão de adotar um conceito “restrito” para o termo, abrangendo apenas os produtores de plataformas online, serviços por plataformas e fornecedores de bens e serviços da TIC¹¹⁶.

Para os fins do presente trabalho, adotaremos o conceito “*amplo*” da economia digital, assim entendido como todas as atividades que utilizam dados digitais, ou como melhor definido por Michael Gestrin e Julia Staudt, integrantes da divisão de investimentos da OCDE:

¹¹⁴ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy**. BEPS Action 1 - 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 11.

¹¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Tax Challenges in the Digitalized Economy**: Selected Issues for Possible Committee Consideration. Comitê de Especialistas em Cooperação Internacional em Matéria Tributária: E/C.18/2017/CRP.22, Outubro de 2017. p. 3.

¹¹⁶ FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. **Measuring the Digital Economy**. Policy Papers. 2018. p. 7.

A literatura sobre a economia digital é caracterizada por várias expressões distintas, muitas das quais não possuem uma definição clara e compartilhada. Isso inclui a própria expressão “economia digital”. Este trabalho define vagamente a economia digital como a **economia em geral na medida em que ela se sujeita ao processo de se tornar crescentemente digital**.¹¹⁷

A mudança tecnológica representada pela passagem do analógico para o digital é provavelmente o evento mais importante para explicar a emergência da economia digital¹¹⁸. Digitalizar, por si só, é o processo em que coisas e informações são transformadas em bits, podendo ser armazenadas em um computador ou enviadas via rede¹¹⁹. Em torno de toda digitalização existe uma infraestrutura que é o coração da economia digital, as redes de internet, verdadeiras “rodovias da informação”¹²⁰. Com a utilização do poder computacional da internet, do aumento da capacidade e a redução de custos de armazenamento, foi possível a coleta, conserva e análise de dados em uma quantidade que nunca antes havia sido possível, criando-se assim um ativo valiosíssimo para a economia digital, a “big data”¹²¹. Por “Big Data”, entende-se a soma total de todos os dados pessoais comerciais, geográficos e comportamentais que estão disponíveis em redes digitais e que são intensamente exploradas e monetizadas na economia digital¹²². Mas a digitalização não somente gerou uma nova fonte de valor, ela também revolucionou todos os setores já existentes da economia, como nota Don Tapscott:

É um erro chamar a nova economia uma economia de serviços [...] assim como a agricultura foi transformada pela Era Industrial (com tratores, máquinas de ordenha, etc.), tanto a agricultura quanto a indústria estão sendo transformadas na Era da Inteligência de Rede. A produção industrial agora tem robóticas, fabricação auxiliada por computadores, e customização em massa. Fazendeiros agora tem computadores instalados em seus tratores. Quando a vaca está doente, você se conecta em uma network, faz um diagnóstico interativo...e enquanto isso você ainda pode conferir os preços no mercado de commodities.¹²³

Deve-se destacar que a digitalização, e todas as tecnologias que a impulsionaram, não é um fenômeno recente. Já na década de 1980 o computador pessoal se tornava o primeiro

¹¹⁷ GESTRIN, Michael; STAUDT, Julia. *The Digital Economy, Multinational Enterprises and International Investment Policy*. Paris: OECD Publishing, 2018. p. 7.

¹¹⁸ TAPSCOTT, Don. **The Digital Economy: promise and peril in the age of networked intelligence**. Anniversary Edition. New York: McGraw-Hill, 2015. p. 128.

¹¹⁹ BRYNJOLFSSON, Erik; MCAFEE, Andrew. **The second machine age: work, progress, and prosperity in a time of brilliant technologies**. New York: W.W. Norton & Company, 2014. p. 11.

¹²⁰ TAPSCOTT, op cit.. p. 22.

¹²¹ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy**. BEPS Action 1 - 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 69.

¹²² DEGRYSE, Christophe. **Digitalisation of the Economy and its Impact on Labour Markets**. ETUI Research Paper - Working Paper, 2016. p. 10.

¹²³ TAPSCOTT, op cit.. p. 24.

vencedor não-humano do prêmio de “Pessoa do Ano” da Revista Time¹²⁴, em 1991 Timothy John Berners-Lee e Robert Callieu desenvolveram a primeira proposta formal para a World Wide Web, liberando o software para o público em 1991¹²⁵, em 1993 o navegador da web “Mosaic” facilitou e popularizou de vez o acesso à internet¹²⁶, e nos anos seguintes a onda especulativa e crescentes investimentos em empresas do setor digital levou ao evento conhecido como a “Bolha da internet”, entre 1994 e 2000¹²⁷.

Mais de uma década depois, empresas digitais são sólidos “players” na economia mundial, estima-se que mais de 4.33 bilhões de pessoas no mundo são usuários ativos da internet¹²⁸, e as inovações trazidas pela digitalização continuam a surpreender não apenas pelo seu volume, mas pela velocidade em que a economia e a sociedade estão sendo inteiramente transformadas¹²⁹. Na Segunda Era das Máquinas, termo utilizado por Erik Brynjolfsson e Andrew McAfee em referência à revolução industrial, “os avanços digitais estão fazendo para a força mental – a habilidade para compreender e moldar nossos ambientes – o que o motor a vapor e seus descendentes fizeram para a força muscular”¹³⁰. Para os autores em questão, a economia digital se tornou possível graças a três fatores principais (ou, talvez, se consiste desses fatores): (i) a internet; (ii) Big Data; e (iii) a explosão de novas formas de dispositivos móveis¹³¹. Na origem de todos os fatores, contudo, entendemos que o principal motor da nova economia foi de fato a digitalização. A crescente mobilidade proporcionada por esse novo ambiente econômico essencialmente erradicou quaisquer fronteiras geográficas, permitindo que a globalização avançasse no sentido de uma verdadeira integração econômica mundial.

Diante do inegável impacto trazido pela digitalização da economia, os tempos modernos são caracterizados como um período revolucionário, não somente pelas novas tecnologias introduzidas, mas também por uma mudança de paradigma, uma alteração radical nos processos produtivos e nas práticas sociais, resultando na chamada “sociedade em rede”¹³². O termo

¹²⁴ Cf.: Disponível em: <http://content.time.com/time/covers/0,16641,19830103,00.html>. Acesso em: 26 nov. 2019.

¹²⁵ Cf.: Disponível em: <http://www.cultura.ufpa.br/dicas/net1/int-h199.htm>. Acesso em: 26 nov. 2019.

¹²⁶ Cf.: https://www.news-gazette.com/news/mosaic-started-web-rush-internet-boom/article_a459cd7f-dafe-5de4-a5fe-c3723a009af2.html. Acesso em: 26 nov. 2019.

¹²⁷ Cf.: <https://www.infomoney.com.br/mercados/ha-13-anos-bolha-da-internet-comecava-a-explodir-nos-eua-veja-como-foi/>. Acesso em: 26 nov. 2019.

¹²⁸ <https://www.statista.com/statistics/617136/digital-population-worldwide/>. Acesso em: 26 nov. 2019.

¹²⁹ Research Report Digital Economy Hungerland. p. 8

¹³⁰ BRYNJOLFSSON, Erik; MCAFEE, Andrew. **The second machine age**: work, progress, and prosperity in a time of brilliant technologies. New York: W.W. Norton & Company, 2014. p. 8.

¹³¹ DEGRYSE, Christophe. **Digitalisation of the Economy and its Impact on Labour Markets**. ETUI Research Paper - Working Paper, 2016. p. 7.

¹³² COUTINHO, Lorena Giuberti. **Economia do compartilhamento e plataformas digitais**: riscos da competição em indústrias de alta tecnologia e mercados de dois lados. 2017. 95 f., il. Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017. p. 20.

paradigma não foi utilizado em vão, a referência é justamente em relação ao conceito definido por Thomas Kuhn como “aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma.”¹³³. Desse modo, a revolução tecnológica traz consigo um novo paradigma tecnológico, que quebra os hábitos organizacionais existentes na tecnologia, na economia, na administração e nas instituições sociais, introduzindo uma nova organização baseada na metáfora da rede:

O átomo pode ser concebido como o símbolo do século XX. Ele gira em torno de si mesmo e é a metáfora da individualidade. A mística do átomo constitui o passado. O ícone do século XXI é a rede, que não possui centro, órbita. Se o átomo representa simplicidade, as malhas da rede evidenciam desarticulada complexidade [...] A rede representa um exemplo expressivo do ambiente da economia digital. [...] Essa perspectiva coloca indivíduos e organizações em uma ecologia de redes, na qual as organizações são agentes sintéticos em que cognição, conhecimento e aprendizado residem nas mentes dos agentes (econômicos e sociais) participantes e suas conexões entre eles.¹³⁴.

O novo paradigma tecnológico possui relação direta com o modo pelo qual a economia digital opera, especificamente em relação à crescente participação e interconexão entre os agentes econômicos, explicando parte das mudanças trazidas pela digitalização. Desse modo, tradicionalmente, os processos industriais sempre foram desenhados como uma “cadeia”, uma sequência linear de etapas de processamento, um claro contraste à rede de conexões proporcionada pela digitalização, que permite interações a qualquer momento entre desenvolvedores e usuários, motivo pelo qual a analogia de rede se torna predominante¹³⁵.

Assim, esse incremento da rede de conexões reflete um dos mais claros benefícios trazidos pela digitalização, o desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação (TIC), e, conseqüentemente, da introdução de procedimentos mais ágeis e eficientes¹³⁶. São exemplos dessas tecnologias a Internet, a banda larga, a crescente capacidade de coleta de dados dos usuários, as aplicações móveis, os serviços de TI e todas as tecnologias que medeiam os

¹³³ KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectivas, 1998. p. 219.

¹³⁴ COZER, Mateus Tavares da Silva. **O Projeto Delta sob a Perspectiva do Marketing Estratégico: Uma Abordagem em Ambiente de Economia Digital**. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006. p. 18-21.

¹³⁵ ZACKIEWICZ, Mauro. A economia do software e a digitalização da economia. **Revista Brasileira de Inovação**, n. 14, v. 2. Campinas, 2015. p. 319.

¹³⁶ KIM, Tai-Yoo et al. **The Faster-Accelerating Digital Economy**. TEMEP Discussion Paper No. 2011:73. Seoul: Seoul National University, 2011. p. 4.

processos comunicativos, promovendo a interação entre usuários, aplicações, recursos de software, hardware, etc.¹³⁷.

O rápido progresso tecnológico dessa área levou ao desenvolvimento de uma série de inovações, como a computação em nuvem e a “Internet das Coisas”, termo que se refere à habilidade de conectar qualquer dispositivo ou objeto “smart” a uma rede de comunicações entre eles. Outros exemplos são o surgimento de moedas virtuais, robótica avançada, impressão 3D e a economia compartilhada (sharing economy), que originalmente se refere à troca de bens e serviços entre indivíduos (peer-to-peer) através de aplicativos de compartilhamento¹³⁸.

Assim, apesar de existir uma controvérsia acerca dos reais impactos da digitalização nos índices de produtividade¹³⁹, o fato é que muitos setores tradicionais, como os automobilísticos, têxteis, mecânicos, de construção civil e até de saúde, tem incorporado a TIC em maior ou menor grau aos seus sistemas na busca dos crescentes retornos de escala (Increasing-returns-to-scale)¹⁴⁰. Esse fenômeno, típico da economia digital, faz referência a uma tendência de se obter mais produtos ou maiores rendimentos por unidade de insumo utilizado.

A OCDE corrobora essa observação, afirmando que com o contínuo desenvolvimento da TIC, e a queda dos preços de seus produtos, “todos os setores da economia passaram a adotar as inovações tecnológicas para aumentar a produtividade, alargar seu alcance de mercado e reduzir custos operacionais”¹⁴¹. Os avanços tecnológicos aceleraram e ampliaram as cadeias globais de produção através da maior integração das operações de grupos multinacionais, o uso da internet possibilita um relacionamento direto das empresas com seus consumidores, desintermediando suas atividades¹⁴², o que em contrapartida também reduz custos e aperfeiçoa a eficiência de processos internos, repercutindo positivamente nos resultados de qualquer setor da economia que se digitalizar, pelo menos na teoria.

Contudo, os impactos da digitalização não dizem respeito apenas à maior eficiência das cadeias de produção já existentes, talvez a sua maior revolução tenha sido justamente a criação de novas fontes de valor, como é o caso da “big data”, uma criação direta da digitalização. A

¹³⁷ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy**. BEPS Action 1 - 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 47.

¹³⁸ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy**. BEPS Action 1 - 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 42-45.

¹³⁹ Cf.: VAN ARK, Bart. **The Productivity Paradox of the New Digital Economy**. International Productivity Monitor, n. 31, 2016.

¹⁴⁰ KIM, Tai-Yoo et al. **The Faster-Accelerating Digital Economy**. TEMEP Discussion Paper No. 2011:73. Seoul: Seoul National University, 2011. p. 5.

¹⁴¹ Ibid., p. 52.

¹⁴² DI SERIO, Luiz Carlos; MAIA, Marta Campos; PEREIRA, Susana. Modelos de Negócios na Economia Digital. **Revista da FAT**, n. 4, v. 17, 2005. p. 7.

criação de valor através da monetização de dados é algo quase que inteiramente novo, em que as tecnologias da informação não são mais elementos de apoio e sim partes integrais desse processo. Diante da quantidade massiva de dados que são coletados atualmente, a monetização desses ativos requer a transformação da matéria-prima “crua” em informações úteis, transformando quantidade em qualidade. Conforme ensina Marcel Olbert e Christop Spengel, a criação de valor através da mineração de dados (*data mining*) requer uma série de atividades como a coleta, pré-processamento, transformação, prospecção e avaliação¹⁴³.

Essa revolução na exploração econômica de dados abriu espaço para um outro debate, centrado sobre o valor que o próprio usuário de interfaces digitais cria quando entrega seus dados, na maioria das vezes gratuitamente. Para a OCDE, a digitalização transforma o papel desempenhado pelos usuários no processo de criação de valor, fazendo com que eles tenham participação ativa no fornecimento de dados e informações diversas¹⁴⁴. A questão sobre qual a real contribuição dos usuários não é pacífica, iremos tratar de modo mais aprofundado dessa controvérsia no capítulo seguinte. Contudo, mais do que apenas fornecer dados, o fato é que a digitalização transformou, ou intensificou, o papel dos usuários. Isso é mais significativamente observável nos novos modelos de negócio que surgem na economia digital, modelos quase que inteiramente dependentes das interações e conteúdos criados voluntariamente por seus usuários, o que iremos explorar no próximo subcapítulo.

1.2.2. Os Novos Modelos de Negócio

Com o desenvolvimento tecnológico, os meios tradicionais de produção e entrega de produtos e serviços foram profundamente alterados. Inicialmente os bens tradicionais, físicos, começaram a ser comercializados através da internet, passando então a ocorrer uma total digitalização da venda de bens e serviços, como por exemplo pelo *streaming* de músicas e filmes¹⁴⁵. Ou seja, a disseminação de ferramentas de informática e dos meios de comunicação teve como consequência o fato de que “os processos reais estão cada vez mais apoiados, até mesmo sendo substituídos pelos virtuais”¹⁴⁶.

¹⁴³ OLBERT, Marcel; SPENGLER, Christoph. **Taxation in the Digital Economy** – Recent Policy Developments and the Question of Value Creation. ZEW Discussion Paper No. 19, 2019. p. 19.

¹⁴⁴ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Tax Challenges Arising from Digitalisation** – Interim Report 2018. Paris: OECD Publishing, 2018. p. 55.

¹⁴⁵ *Ibid.*, 52.

¹⁴⁶ DI SERIO, Luiz Carlos; MAIA, Marta Campos; PEREIRA, Susana. Modelos de Negócios na Economia Digital. **Revista da FAT**, n. 4, v. 17, 2005. p. 3.

Desenvolveu-se assim um mercado digital, ou seja, uma infraestrutura em que negócios digitalizados se desenvolvem, que se caracterizam pela exacerbação das seguintes características:

Efeitos de Rede Diretos: Em mercados digitais, a utilidade proveniente do consumo de um bem ou serviço específico geralmente depende do número de usuários do outro lado que também consomem o mesmo bem ou serviço. [...] Os exemplos mais óbvios são mídias sociais e outros serviços de mensagens online. Ambos são praticamente inúteis para o usuário se ele ou ela for a única pessoa usando, mas seu valor aumenta conforme o número de usuários aumenta.

Efeitos de Rede Indiretos: Em contraste aos efeitos de rede diretos, os efeitos de rede indiretos surgem no contexto de mercados multilaterais. Conforme será discutido em mais detalhes abaixo, eles ocorrem quando um grupo específico de usuários (ex.: usuários de uma rede social) se beneficia pela interação com um outro grupo de usuários (ex.: anúncios publicitários em redes sociais) através de uma plataforma online [...]

Economias de Escala: Em vários casos a produção de bens e serviços digitais envolve custos fixos relativamente altos e custos variáveis baixos. O desenvolvimento de software, por exemplo, exige investimentos consideráveis em infraestrutura e labor humano; contudo, uma vez que o programa final foi desenvolvido ele pode ser mantido, vendido ou distribuído a custos marginais muito baixos [...]

Custos de Troca e Efeito Lock-in: Transações digitais podem ser concluídas em dispositivos eletrônicos distintos; contudo, usuários finais frequentemente utilizam sistemas operacionais distintos. Assim, consumidores podem ficar presos [*lock-in*] a um sistema operacional em particular uma vez que eles adquiriram um dispositivo específico [...]

Complementariedade: Muitos dos bens e serviços transacionados em mercados digitais são complementares; isso significa dizer que consumidores derivam uma maior utilidade consumindo dois (ou mais) bens complementares juntos. Por exemplo, a utilidade pelo uso de um laptop ou smartphone é aumentada quando ambos são utilizados com programas de software correspondentes [...]¹⁴⁷

É evidente que as características acima não são exclusivas de negócios digitalizados, e nem são igualmente relevantes em diferentes modelos de negócios digitalizados. Por exemplo, os efeitos de rede diretos serão claramente muito mais presentes em plataformas de redes sociais do que nas vendas online da Amazon. Contudo, o fato é que todos os elementos acima revelam alguns aspectos que são cada vez mais importantes na economia digital, e que são partes essenciais dos novos modelos de negócio que surgem nessa infraestrutura digital.

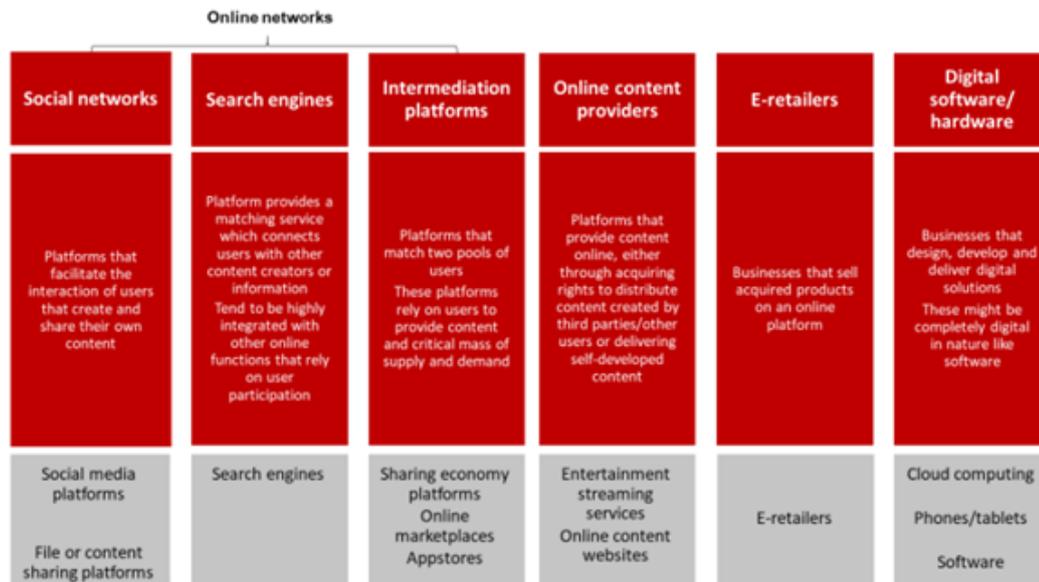
Embora vários dos novos modelos possuam paralelos nos setores tradicionais, como por exemplo variedades de “e-commerce, app stores, marketing digital, computação em nuvem, plataformas participativas, transações altamente velozes e serviços de pagamento online”¹⁴⁸, é evidente que a infraestrutura digital também permitiu o nascimento de modelos inteiramente

¹⁴⁷ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Tax Challenges Arising from Digitalisation** – Interim Report 2018. Paris: OECD Publishing, 2018. p. 26-27.

¹⁴⁸ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy**. BEPS Action 1 - 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 54.

inéditos, como redes sociais. Para melhor ilustrar o cenário, apresentamos abaixo uma tabela não exaustiva dos modelos digitais existentes, elaborada recentemente pela Administração Fiscal e Aduaneira do Reino Unido¹⁴⁹:

Figura 1: Modelos digitais existentes



Fonte: Administração Fiscal e Aduaneira do Reino Unido

Não é o propósito do presente trabalho realizar uma análise detalhada de cada modelo, limitaremos a apontar as características em comum deles, o que deve bastar para analisar a adequação das normas tributárias tradicionais à nova realidade econômica. Nesse sentido, a OCDE identifica os seguintes fatores em comum: (i) “escala sem massa” internacional; (ii) a relevância de ativos intangíveis; e (iii) a importância dos dados, participação dos usuários e sua sinergia com a propriedade intelectual¹⁵⁰.

A primeira característica faz referência à mudança operacional no modo em que as multinacionais atuam. A digitalização intensificou a globalização, permitindo que as empresas centralizem suas funções e ainda assim ampliem seu alcance de mercado, muito em razão do uso de tecnologias remotas. Assim, “muitos negócios altamente digitalizados podem ter uma intensa atuação na vida econômica de determinada jurisdição sem qualquer presença física, assim alcançando uma escala operacional local sem qualquer massa local.”¹⁵¹. A expressão

¹⁴⁹ HM TREASURY. Corporate tax and the digital economy: position paper update. Governo do Reino Unido, Março de 2018. p. 11.

¹⁵⁰ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Tax Challenges Arising from Digitalisation** – Interim Report 2018. Paris: OECD Publishing, 2018. p. 51.

¹⁵¹ Ibid., p. 24.

“escala sem massa” significa justamente a ampliação da atuação remota das empresas digitalizadas, que não precisam mais se fixar na jurisdição do mercado que pretendem explorar.

A segunda característica diz respeito à crescente importância do investimento em intangíveis, que por sua vez cumprem um papel crucial para agregar valor aos negócios digitalizados. Essa tendência pode ser demonstrada pelos dados empíricos coletados pela Organização Mundial da Propriedade Intelectual (WIPO) e analisados pela OCDE, que revelam um crescimento superior a 125% no número total de pedidos de direitos de propriedade intelectual entre 2004 e 2016¹⁵². Segundo a WIPO, a propriedade intangível é a classe de ativo mais valiosa em todo o planeta, compondo mais de 80% do valor total de uma empresa¹⁵³

Por fim, a última característica busca explicar como os negócios digitalizados efetivamente produzem valor, como por exemplo através da coleta e o uso intensivo de dados, que são um fator crucial para permitir que as empresas melhorem significativamente seus produtos e serviços¹⁵⁴. A obtenção de dados personalizados pode ser facilmente monetizada através da venda para empresas de marketing, cujo impacto é maior conforme o nível de informações provido. Por outro lado, a digitalização também deu um novo papel aos usuários, que agora possuem um papel fundamental na criação de valor. Alguns modelos de negócio, como as redes sociais, são totalmente dependentes da participação do usuário em sua plataforma. Nesses casos, sem que haja conteúdo gerado pelos próprios usuários, o negócio não se sustenta sozinho.

Embora haja uma concordância geral de que os dados e a participação dos usuários sejam características de modelos digitalizados, existem divergências sobre até que ponto os dados e os usuários contribuem na geração de valor da empresa¹⁵⁵.

Assim, diante das principais características dos modelos de negócio digitalizados, passaremos agora a investigar de que modo o regime tributário tradicional captura ou não esses fatores econômicos. Ou seja, podemos afirmar que a reduzida necessidade de presença física das multinacionais, a crescente importância dos intangíveis, e o papel crucial dos usuários e dados na criação de valor, torna mais difícil para os Estados conseguirem tributar a renda produzida pela economia digital?

¹⁵² ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Tax Challenges Arising from Digitalisation** – Interim Report 2018. Paris: OECD Publishing, 2018. p. 52.

¹⁵³ SANDLER, Jason; FLUG, Matthew. Are Intangibles Now the Most Important Asset Class in the Global Economy? **Brink**, 17 out. 2019. Disponível em: <https://www.brinknews.com/are-intangibles-now-the-most-important-asset-class-in-the-global-economy/>. Acesso em: 26 nov. 2019.

¹⁵⁴ OCDE, op. cit., p. 52.

¹⁵⁵ OCDE, op. cit., p. 25.

1.3. A Incompatibilidade do Regime Vigente com a Digitalização

Apresentados os pilares do sistema tributário internacional e as características da economia digital, a conclusão acerca da incompatibilidade entre ambos já é de fácil visualização. Ao fim e ao cabo, podemos verificar que as características da economia digital – “intrinsecamente sem limites, intangível, caracterizada por uma dependência sem precedentes em ativos intangíveis, uso massivo de dados e adoção generalizada de modelos de negócio multilaterais”¹⁵⁶ – criam grandes dificuldades para a tributação das empresas não-residentes porque desafiam os dois aspectos-chaves do regime: (i) as regras de nexos; e (ii) as regras para alocação de lucros.

Conforme discutimos anteriormente, a regra do nexo faz referência ao estabelecimento permanente, critério utilizado para determinar qual jurisdição será competente para tributar o rendimento de uma empresa estrangeira. Nesse sentido, a regra do estabelecimento permanente, imaginada originalmente pela Liga das Nações, é inteiramente baseada na presença física, autorizando a jurisdição da fonte a tributar somente quando a empresa não-residente exercer sua atividade por meio de um estabelecimento permanente. Por outro lado, as regras de alocação de lucros dizem respeito aos métodos utilizados para controlar os preços de transferência, servindo para determinar o montante de lucro tributável atribuído a um estabelecimento permanente ou entre empresas associadas. Na sistemática da OCDE, a alocação dos lucros tributáveis é tradicionalmente feita a partir de uma análise das funções, ativos e riscos assumidos pelo estabelecimento em questão¹⁵⁷, sem levar em conta fatores típicos do mercado, como, por exemplo, os usuários.

Considerando os fundamentos da tributação da renda expostos acima, a OCDE identificou três principais áreas problemáticas que podem ser relacionadas à obsolescência das normas tradicionais frente à Economia Digital são: (i) *Nexo*, ou seja, os elementos de conexão que autorizam a tributação na renda (Origem/Residência) são altamente dependentes de algum grau de presença física, um fator cada vez menos presente na economia digital; (ii) *Dados*, como atribuir valor à geração de dados através de produtos ou serviços digitais, e como qualificar tributariamente o fornecimento de tais dados pelos usuários; e (iii) *Qualificação*, problema relacionado à desmaterialização de bens tangíveis, dificultando a distinção entre o

¹⁵⁶ LI, Jinyan. **Protecting the Tax Base in a Digital Economy**. Research Paper No. 78, v. 13, n. 17, 2018. p. 480.

¹⁵⁷ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy**. BEPS Action 1 - 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 112.

que é produto e o que é serviço e trazendo incerteza sobre a natureza dos pagamentos correspondentes¹⁵⁸.

Em outras palavras, as regras tradicionais da tributação internacional já não são suficientes para capturar a realidade da economia moderna já que: (i) elas não capturam modelos de negócio que conseguem prestar serviços mundialmente sem a necessidade de estar presente fisicamente nas jurisdições em que atua; e (ii) elas não reconhecem o papel que o mercado ou os usuários desempenham na geração de valor para fins de alocação dos lucros.

Assim, o primeiro e mais óbvio desafio do sistema tributário internacional é o predomínio da presença física como a regra que autoriza a tributação da renda¹⁵⁹. A obsolescência do conceito de “Estabelecimento Permanente” já vem sendo denunciada de longa data, mas os questionamentos foram aumentando progressivamente com o advento da economia digital, como apontado por Eva Escribano:

Com o tempo, o enfraquecimento da relação entre presença física e econômica está se tornando cada vez mais evidente. A presença física não pode mais ser entendida como o único, verdadeiro e infalível indicador de uma presença econômica substancial no país da fonte, que somente então nos permita presumir que a empresa está desfrutando de benefícios que justifiquem a tributação na fonte¹⁶⁰.

No mesmo sentido, comenta Tarcísio Magalhães:

Primeiro, a adoção do conceito de estabelecimento permanente (EP), como norma de vinculação de uma renda ativa (ou de negócios) a um Estado e, por conseguinte, de limitação do poder tributário. Como regra geral, o EP determina que o país da fonte não poderá fazer uso de seu poder de tributar salvo diante de uma significativa presença física em seu território, seja de forma direta ou mediante um agente dependente (art. 5º). O maior problema é que, se o EP já não era algo extremamente difícil de aplicar quando foi concebido, perdeu qualquer sentido na era da economia digital e dos intangíveis. Hoje em dia, empresas fazem uso constante da propriedade intelectual como mecanismo de atribuição de valor, aliado a toda sorte de tecnologias de informação e comunicação (a principal delas sendo a própria *internet*), as quais dispensam a necessidade de se estabelecerem fisicamente no local onde realizarão seus negócios¹⁶¹.

¹⁵⁸ Ibid., p. 99.

¹⁵⁹ BÁEZ, Andrés; BRAUNER, Yariv. **Taxing the Digital Economy Post BEPS ... Seriously**. University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 19-16, 2019. p. 34. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3347503>. Acesso em: 26 nov. 2019.

¹⁶⁰ ESCRIBANO, Eva. An opportunistic, and yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties. **Intertax**, v. 43, n. 1, 2015. p. 10.

MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. **Teoria Crítica do Direito Tributário Internacional**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito e Ciências do Estado. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 148

A OCDE corrobora a observação acima, afirmando que a evolução dos modelos de negócios em geral, e o crescimento da economia digital em particular, resultaram em empresas não-residentes operando em uma jurisdição de mercado de uma maneira fundamentalmente distinta hoje do que à época em que as regras foram desenhadas¹⁶². O que isso significa é que os avanços tecnológicos passaram a permitir que uma empresa mantenha um alto nível de relações econômicas com determinado país, sem que ela seja enquadrada em qualquer dos dois elementos de conexão tradicionalmente previstos, origem ou residência. Isso porque, para a tributação de empresas não-residentes, embora as regras variem de país para país, todas geralmente traçam um paralelo com a noção de Estabelecimento Permanente, intrinsecamente ligado com a presença física, e com a atribuição de lucros desconsiderando o valor criado pela geração de dados.

Do ponto de vista fiscal, estabelecer um marco baseado na presença física é simplesmente ineficaz na economia digitalizada:

O modelo para tributar lucros – criando direitos de tributação e alocando os poderes para tributar – tem mais de 100 anos de idade e é baseado na economia como ela era. Ele reflete a ideia de que uma empresa precisa estar legalmente e/ou fisicamente presente em um país para prover bens e serviços naquele mercado. Somente nesse caso surge a obrigação tributária, caso contrário não. Apesar desse modelo ter funcionado no passado, ele não funciona mais. Levado pela globalização, a liberalização do mercado e a emergência da internet, empresas, tanto “tecnológicas” quanto “tradicionais”, conseguem cada vez mais atender a mercados de forma remota, sem a necessidade de uma presença física, ou com apenas uma pequena presença focada em funções de natureza rotineira. O modelo tributário atual simplesmente não é capaz de lidar com essas mudanças.¹⁶³

Por outro lado, de nada adiantaria criar um novo “nexo” adaptado à Economia Digital se as regras para alocação de lucros, aplicadas posteriormente, continuassem limitadas à verificação de “funções, ativos e riscos assumidos”, fatores que perdem espaço no processo de criação de valor da economia digital, dando lugar a fatores não contabilizados nas regras tradicionais, como a contribuição dada pelo próprio usuário. A própria OCDE também reconhece não ser possível consertar o problema do “*nexo*” sem abordar a alocação de lucros:

¹⁶² ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy**. BEPS Action 1 - 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 98.

¹⁶³ WILDE, Maarten Floris de; WISMAN, Ciska. OECD consultations on the digital economy: ‘Tax base reallocation’ and ‘I’ll tax if you don’t’? In: PISTONE, Pasquale; WEBER, Dennis (Org.); **Taxing the Digital Economy: The EU Proposals and Other Insights**. The Netherlands: IBFD, 2019. p. 5.

“A não ser que ajustes substanciais sejam feitos às regras existentes, não será possível alocar qualquer renda significativa ao novo nexa”¹⁶⁴.

Não faltam críticas aos métodos de controle de preços de transferência sugeridos pela OCDE, principalmente pela sua complexidade. Contudo, uma das principais críticas feitas em defesa dos interesses de países emergentes sempre foi que a alocação de lucro com base nas funções, ativos e riscos ignorava completamente a contribuição que o mercado dá para a geração da renda. Por esse motivo, Sérgio André Rocha é um constante crítico da metodologia adotada pela OCDE, recomendando que países emergentes não tentem utilizar os métodos em questão¹⁶⁵. Luís Eduardo Schoueri, embora reconheça que as atividades exercidas, seus riscos e ativos empregado sejam relevantes, ressalta que esses não são os únicos fatores relevantes, sendo o mercado consumidor um fator fundamental para a criação de riqueza¹⁶⁶.

Portanto, essa deficiência do sistema não é um problema novo, mas certamente é algo que foi escancarado com o advento da economia digital. Atualmente, é cada vez mais difícil negar a contribuição dada pelo mercado para a criação de valor, especialmente quando se tem modelos de negócios que são inteiramente dependentes das interações entre seus usuários ou da monetização dos dados providos de forma gratuita por eles. Como dizer que a jurisdição da fonte, do usuário, não tem direito a tributar parte da renda auferida com base nesses fatores? Não há pertencimento econômico suficiente?

Sendo assim, considerando que as principais funções e ativos (dados) passam a ser desempenhadas e oferecidos pelos próprios usuários, a análise funcional da metodologia da OCDE é teoricamente ineficiente diante da economia digital, ou seja, ainda que um negócio tenha uma presença tributável direta em vários países, a alocação de lucros para esse estabelecimento seria limitada¹⁶⁷. De modo similar, Jinyan Li aponta que, sob as regras atuais, “pouco ou quase nenhum lucro é atribuído ao papel desempenhado pelo mercado, pela infraestrutura de conectividade fornecida pela jurisdição do mercado, ou pelos consumidores na geração de dados”¹⁶⁸.

¹⁶⁴ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy**. BEPS Action 1 - 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 111-112.

¹⁶⁵ ROCHA, Sérgio Andre. The Other Side of BEPS: ‘Imperial Taxation’ and ‘International Tax Imperialism’. In: _____; CHRISTIANS, Allison. **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Wolters Kluwer, 2017.

¹⁶⁶ SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: Ainda uma Estratégia Militar. In: GOMES, Marcus Livio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS: Soluções Globais e Peculiaridades de Países em Desenvolvimento**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 44.

¹⁶⁷ WAGENAAR, Leonard. The Effect of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan on Developing Countries. **Bulletin for International Taxation**, v. 69, n. 2, fev. 2015. p. 91.

¹⁶⁸ LI, Jinyan. **Protecting the Tax Base in a Digital Economy**. Research Paper No. 78, v. 13, n. 17, 2018. p. 504.

Diante dessa nova realidade em que os usuários possuem um papel determinante, ganha força a discussão sobre a participação do próprio mercado, em sentido amplo, na criação de valor. Ou seja, a participação do usuário seria apenas uma evidência de algo maior, da importância dos fatores do lado da demanda para todos os setores da economia. Devemos ressaltar que a valoração da contribuição do usuário, e ainda mais do mercado, é um dos pontos mais controversos sobre o tema. Conforme notado pela OCDE, não há consenso sobre até que ponto a participação dos usuários e a coleta de dados contribui para a criação de valor de um negócio, e, portanto, sobre qual seria o impacto deles nas regras tributárias internacionais¹⁶⁹. Iremos explorar mais sobre a questão da participação do usuário, e das críticas ao sistema vigente de preços de transferência, no capítulo seguinte.

Desse modo, enquanto diversos países ao redor do mundo já vêm tentando há alguns anos adaptar suas regras de VAT (Value Added Tax) ou GST (Goods & Services Tax) – os tributos sobre o consumo, ou “*indiretos*” – à nova realidade econômica digitalizada, a discussão sobre a tributação da renda das empresas digitais começa a sair do papel somente agora, ainda de forma acanhada, inspirada pelos trabalhos promovidos no Projeto BEPS da OCDE. A referida sigla pode ser traduzida como “Erosão de Base e Transferência de Lucros”, e se refere aos planejamentos tributários, estruturas e esquemas utilizados por multinacionais, que visam a alocação artificial de seus lucros em regiões com pouca ou baixa tributação.

O Projeto foi dividido em 15 Ações analisando os problemas identificados no regime tributário internacional, sendo a Ação 1 inteiramente dedicada aos “Desafios tributários da Economia Digital”. Apesar disso, o Relatório Final não apresenta nenhuma proposta, o tema continuou a ser estudado pela organização, resultando na publicação de um novo Relatório Provisório em 2018, que prometeu o desenvolvimento de uma solução concreta e consensual até 2020.

2. AS PROPOSTAS DA OCDE PARA A TRIBUTAÇÃO DA RENDA NA ECONOMIA DIGITAL

Conforme demonstrado no capítulo anterior, é inegável que a digitalização transformou o modo em que a economia mundial opera, a redução dos custos de transporte e comunicação ampliou as possibilidades para que empresas modernas alcancem e interajam com consumidores de determinado mercado, seja de forma remota ou através de uma presença física

¹⁶⁹ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Tax Challenges Arising from Digitalisation** – Interim Report 2018. Paris: OECD Publishing, 2018. p. 166.

limitada. A assim chamada “quarta revolução industrial” é movida por dados e informação, por intangíveis, e suas características são naturalmente incompatíveis com o sistema tributário internacional desenvolvido ao longo do Século XX.

Foi somente a partir das crises econômicas e financeiras desencadeadas em 2008 que a comunidade internacional passou a se preocupar seriamente com a reforma dos padrões tributários tradicionais. Em meados de 2010, com o estopim da crise da zona do euro, ou a “*crise da dívida pública*”, ressurgem os programas de austeridade nas nações mais desenvolvidas, motivados pelo crescente endividamento público e pelo conhecido discurso de controle de gastos¹⁷⁰. Os regimes de austeridade surgiram de forma concomitante com denúncias por parte da mídia sobre quantidade irrisória de impostos paga pelas grandes multinacionais, que foram acusadas de se aproveitar de esquemas internacionais para reduzir a carga tributária efetivamente recolhida.

Nesse momento a OCDE, apoiada oficialmente pelo G-20 em 2013, começou a trabalhar ativamente de maneira colaborativa na direção de uma reconstrução do Direito Tributário Internacional, buscando coibir ou pelo menos dificultar esse comportamento dos grandes grupos empresariais, por meio do chamado Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*)¹⁷¹.

2.1. Desenvolvimento inicial dos estudos no projeto BEPS

O termo BEPS faz referência ao esvaziamento da base tributável de empresas localizadas em jurisdições de alta tributação, alcançado por meio de planejamentos tributários abusivos e agressivos que passaram a ser cada vez mais expostos e criticados na mídia e nos meios políticos. Ou seja, a partir de esquemas que envolvem complexas estruturas societárias e operações internacionais intragrupo, as empresas integrantes de grandes grupos multinacionais conseguem *erodir a base* tributária nas jurisdições em que seriam obrigadas a pagar tributos, e *transferir os lucros* aí auferidos para jurisdições em que há oferta de baixa ou mesmo nenhuma tributação.

O informe inicial da OCDE, “Addressing Base Erosion and Profit Shifting”¹⁷², identificou que o BEPS não era provocado por uma única norma fiscal, mas pela interação de

¹⁷⁰ BLYTH, Mark. **Austeridade**: a história de uma ideia perigosa. Trad. José Antônio Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.

¹⁷¹ Erosão de Base Tributária e Transferência de Lucros.

¹⁷² ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OECD Publishing, 2013.

diversos problemas, pela obsolescência de padrões tributários tradicionais frente à economia global e digital, pela ausência de informações e descoordenação legislativa.

Aqui vale apenas ressaltar que o fenômeno BEPS não se deve exclusivamente à criatividade e ousadia das grandes empresas; muitas das “*brechas*” e “*inconsistências*” de que os planejamentos tributários se aproveitam são um produto intencional da concorrência fiscal internacional que há muito ocorre entre países de alta e baixa renda. Conforme corroborado pela Professora Christiana Hji Panayi, da Universidade de Londres: “a erosão de base e transferência de lucros seria ineficiente sem que países oferecessem regras tributárias preferenciais, como regimes de baixa ou nenhuma tributação para determinados contribuintes ou categorias de renda”¹⁷³.

No mesmo sentido denuncia Luís Eduardo Schoueri:

A responsabilidade dos próprios Estados não pode ser negada, pois em muitos casos os contribuintes nada mais fazem, senão valerem-se de alternativas que os ordenamentos tributários apresentam, seja de modo explícito (incentivos fiscais os mais variados), seja em virtude de falhas e lacunas, paradoxalmente surgidas em virtude do excessivo detalhamento das legislações¹⁷⁴¹⁷⁵.

Fica claro, assim, a complexidade do problema. O ambicioso projeto BEPS busca identificar e consertar uma série de problemas relacionados, que vão desde fixar o limite em que planejamentos tributários são considerados legítimos, até combater os regimes fiscais privilegiados concedidos ao redor do mundo para atração de multinacionais, como os paraísos fiscais, por exemplo, o que também envolve necessariamente a busca por uma maior transparência global.

2.1.1. O Contexto Político

Apesar de toda tecnicidade do tema, a motivação que deu início ao Projeto foi, principalmente, política, como bem explicado pelo Professor Yariv Brauner:

¹⁷³ PANAYI, Christiana Hji. *Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible?* Kluwer Law International BV, 2015. p. 545.

¹⁷⁴ SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: Ainda uma Estratégia Militar. In: GOMES, Marcus Livio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). *A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS: Soluções Globais e Peculiaridades de Países em Desenvolvimento*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 30.

¹⁷⁵ Aqui vale ressaltar que o trecho citado de Luís Eduardo Schoueri serve para embasar o posicionamento do autor de que o Projeto BEPS é uma estratégia militar destinada a eliminar os planejamentos tributários de multinacionais, o inimigo em comum entre os Estados. Embora não concordemos com o posicionamento, corroboramos a denúncia do autor de que parcela da “culpa” recai sobre os próprios Estados.

O projeto foi uma resposta política para as demandas do povo (e mídia) por uma tributação justa das empresas multinacionais; A pressão popular era instigada pela recente exposição dos esquemas tributários agressivos que se tornaram comuns em grandes grupos corporativos¹⁷⁶.

A pressão popular e midiática é frequentemente mencionada como o grande motivador do projeto. Publicações como *'The Tax Haven That's Saving Google Billions'*¹⁷⁷, de outubro de 2010, evidenciaram a insatisfação de diferentes setores da sociedade com a baixa carga tributária enfrentada pelas corporações multinacionais¹⁷⁸.

Confirmando os relatos acima, Pascal Saint-Amans, o Diretor do Centro de Administração e Política Tributária da OCDE desde 2011, concedeu uma entrevista em 2017 para o site *"leaders league"* em que conta sobre o surgimento da iniciativa: "O Projeto BEPS surgiu em razão de uma crise fiscal e de multinacionais que estavam pagando muito poucos impostos; agir era uma necessidade política. Nós começamos a considerar a ideia em 2012, e fomos autorizados pelo G20 em 2013"¹⁷⁹.

De acordo com o próprio Pascal Saint-Amans, o caso da Starbucks no Reino Unido foi o catalisador do Projeto. Na ocasião, a Thomson Reuters publicou uma reportagem especial em 15/10/2012¹⁸⁰, na qual chegou à conclusão de que a Starbucks havia faturado mais de 3 (três) bilhões de libras em vendas no Reino Unido desde 1998, mas havia recolhido menos de 1% em imposto de renda, graças a esquemas tributários agressivos. Dentre os esquemas utilizados, merece destaque o intitulado "Double Irish Dutch Tax Sandwich" (Sanduíche Tributário Duplo Irlandês e Holandês), que frequentemente é utilizado como exemplo de planejamento agressivo das grandes multinacionais do mundo¹⁸¹. Para ilustrar como ele

¹⁷⁶ BRAUNER, Yariv. An Essay on BEPS, Sovereignty, and Taxation. In: ROCHA, Sérgio André; CHRISTIANS, Allison. **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Wolters Kluwer, 2017. p. 73.

¹⁷⁷ Disponível em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2010-10-21/the-tax-haven-thats-saving-google-billions>. Acesso em: 26 nov. 2019.

¹⁷⁸ BRIGAGÃO, Gustavo. Economia Digital e Tributação: Plano de Ação 1 do Projeto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) e o Panorama Brasileiro. In: MATA; BERNARDES; LOBATO. **Tributação na Sociedade Moderna: Economia Digital, Compliance Tributária, Direitos Sociais e Reforma Tributária**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 394.

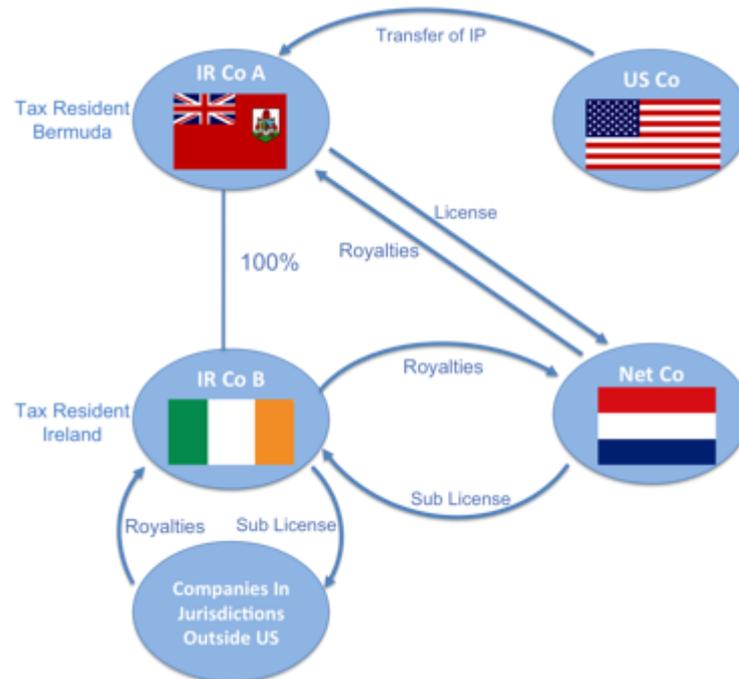
¹⁷⁹ Disponível em: <https://www.leadersleague.com/en/news/pascal-saint-amans-oecd-project-beps-was-a-political-necessity>. Acesso em: 26 nov. 2019.

¹⁸⁰ Disponível em: <https://uk.reuters.com/article/us-britain-starbucks-tax/special-report-how-starbucks-avoids-uk-taxes-idUKBRE89E0EX20121015>. Acesso em: 26 nov. 2019.

¹⁸¹ PICCIOTO, Sol; BERTOSSA, Daniel. **Taxing Multinationals: A New Approach**. Ferney-Voltaire, França: Public Services International, 2019. p. 10. Disponível em: <https://publicservices.international/resources/publications/taxing-multinationals-a-new-approach?id=10364>. Acesso em: 26 nov. 2019.

funciona, reproduzimos abaixo uma simplificação do esquema retirada do site da empresa de consultoria Pearse Trust¹⁸²:

Figura 2: Double Irish Dutch Tax Sandwich



Fonte: Pearse Trust

Em resumo, no “Double Irish Dutch Tax Sandwich” a matriz norte-americana do grupo transfere a propriedade de um ativo intangível para uma empresa incorporada na Irlanda mas com domicílio tributário em Bermuda, paraíso fiscal, que por sua vez possui uma outra subsidiária também localizada na Irlanda (“Double Irish”). A empresa residente em Bermuda concede a licença da propriedade intelectual (PI) para uma empresa holandesa, que por sua vez a sublicencia para a subsidiária irlandesa. A subsidiária, então, será responsável por sublicenciar novamente a PI para as demais empresas do grupo que atuam fora dos Estados Unidos, recebendo a maior parte da receita referente aos royalties pagos mundialmente. Tomando vantagem das legislações tributárias da Irlanda, Holanda e da própria União Europeia, a subsidiária irá transferir a maior parte do royalties a título de pagamento para a empresa holandesa, que fará o mesmo para a empresa localizada em Bermuda, sem que sofra qualquer tipo de retenção tributária na remessa.

¹⁸² Disponível em: <https://www.pearse-trust.ie/blog/bid/86105/US-Companies-Their-Use-Of-The-Double-Irish-Dutch-Sandwich>. Acesso em: 26 nov. 2019.

Assim como no caso da Starbucks, as gigantes do mundo digital também foram acusadas na grande imprensa de recorrer a esquemas tributários idênticos geradores de BEPS, como por exemplo o Facebook, que foi acusado de pagar menos tributos ao Reino Unido do que um Professor de Londres¹⁸³, e a Google e Amazon, que tiveram suas complexas organizações societárias expostas:

A Amazon é outro exemplo ocorrido no Reino Unido que teria mudado a sua sede para Luxemburgo, onde teria uma carga tributária menor. Não obstante tal fato, foi constatado pela Administração Tributária do Reino Unido que após a mudança de sede, a folha de salário continuou muito representativa no Reino Unido, principalmente em comparação à Luxemburgo. Com efeito, a Amazon entendeu por bem alterar sua base de Luxemburgo para outro país europeu.

Vale citar também a Google que teria criado estruturas artificiais a ponto de alocar todo o seu lucro em uma subsidiária de dupla residência (Holanda e Bermudas), e, de ter como lugar a ser tributado Bermudas, onde não haveria qualquer imposição tributária a respeito. De acordo com o *Public Accounts Committee* do Reino Unido, a tributação deveria ocorrer onde realmente haveria sido realizado os lucros, o que não seria na Irlanda (outro país onde, pela estrutura montada pela Google, haveria uma subsidiária que emitira as notas fiscais das vendas realizadas no Reino Unido).¹⁸⁴

O Plano de Ação da OCDE surge com o objetivo de identificar e combater, de maneira coordenada, os problemas de “Erosão de Base e Transferência de Lucros”, almejando elaborar e propor medidas para alinhar a tributação corporativa da renda com a atividade econômica efetivamente desenvolvida¹⁸⁵. Ou seja, tomando como exemplo o caso do Starbucks, não parece crível que após 14 anos de operação e mais de 3 bilhões de libras auferidas no Reino Unido, o Estado tenha arrecadado menos de 1% desse valor a título de Imposto de Renda. Considerando o tamanho da atividade econômica que a multinacional desenvolve nessa jurisdição, pressupõe-se que o Reino Unido deveria ter o direito de tributar uma maior parte de sua renda efetiva.

Vale ressaltar que a baixa tributação não é, por si só, o problema. A questão aqui é *como* essas empresas conseguiram chegar a uma carga tributária tão pequena. O problema que o Projeto BEPS busca corrigir são as práticas empresariais utilizadas para segregar artificialmente a *renda tributável* (o lucro) das *jurisdições* onde as atividades econômicas que geraram essa renda efetivamente ocorreram:

¹⁸³ Disponível em: <https://qz.com/285380/a-london-school-teacher-pays-more-uk-tax-than-facebook/>. Acesso em: 26 nov. 2019.

¹⁸⁴ MACHADO, Paulo Antonio. Normas de Divulgação Obrigatória de Planejamentos Tributários Agressivos – Uma Análise da Proposta do G20 e da OCDE através do Plano de Ação 12 do BEPS. **Revista de Direito Tributário e Financeiro**, v. 3, n. 1, p. 96-119, 2017. p. 109.

¹⁸⁵ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OECD Publishing, 2013. p. 11.

Em outras palavras, o que cria preocupações de política tributária é que, em razão de brechas na interação de diferentes sistemas tributários, e em alguns casos em razão da aplicação de tratados tributários bilaterais, a renda de atividades internacionais acaba não sendo tributada em lugar nenhum, ou indevidamente pouco tributada¹⁸⁶.

Conforme citado no trecho acima, os esquemas utilizados pelas grandes corporações muitas vezes se aproveitam de brechas e inconsistências causadas pela interação dos diferentes regimes domésticos, ou seja, pela própria natureza internacional de suas atividades. Em outros casos, esses esquemas se aproveitam dos próprios tratados bilaterais para combate à dupla tributação, criando estruturas societárias para se aproveitarem indevidamente de benefícios fiscais. Desse modo, a partir de correções pontuais, o Projeto pretende realinhar a tributação com os fatos econômicos criadores de valor, garantindo que cada jurisdição tenha o direito de tributar o que foi produzido nela.

Como resume Valter de Souza Lobato e Tiago Conde Teixeira:

[...] objetiva-se a harmonização da tributação internacional e o compartilhamento de informações entre as autoridades fiscais, promovendo transparência e coerência tributária, bem como clareza na análise da substância econômica, de modo a ordenar o poder de tributar nas jurisdições em que, manifestamente, ocorre a geração de valor.¹⁸⁷

Os pontos causadores de BEPS foram divididos em 15 (quinze) ações a serem estudadas pela OCDE, que se propôs a elaborar Relatórios para cada uma delas, cada uma se relacionando com problemas específicos do sistema tributário explorados em planejamentos tributários de grandes empresas. Alguns deles, por exemplo, são o abuso de tratados, o endividamento excessivo intragrupo, o uso de instrumentos e entidades híbridas e as distorções e fraquezas das regras dos preços de transferência. No geral, a OCDE resume os efeitos dessas estratégias das empresas multinacionais em quatro elementos principais:

- Minimisation of taxation in the market country by avoiding a taxable presence, or in the case of a taxable presence, either by shifting gross profits via trading structures or by reducing net profit by maximising deductions at the level of the payer.
- Low or no taxation at the level of the recipient (which can be achieved via low-tax jurisdictions, preferential regimes, or hybrid mismatch arrangements) with entitlement to substantial non-routine profits often built-up via intra-group arrangements.
- No current taxation of the low-tax profits at the level of the ultimate parent¹⁸⁸.

¹⁸⁶ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OECD Publishing, 2013. p. 10.

¹⁸⁷ LOBATO, Valter de Souza; TEIXEIRA, Tiago Conde. BEPS no Brasil: Encontros e Desafios. In: TEIXEIRA, Alexandre Alkmim (Coord.) **Plano BEPS**. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 45.

¹⁸⁸ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy**. BEPS Action 1 - 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 78.

O presente trabalho foca especificamente na Ação 1 do Projeto BEPS, que trata dos desafios tributários da economia digital. Exploraremos nos próximos tópicos o escopo do Projeto BEPS, o conteúdo da Ação 1 e o progresso obtido pela OCDE desde a publicação do seu Relatório Final em 2015.

2.1.2. O Escopo do Projeto e o Planejamento Tributário Agressivo

Em 05 de outubro de 2015 a OCDE apresentou aos governos dos países do G-20 os Relatórios Finais de cada uma das 15 ações do seu Plano de Ação. Os Relatórios foram finalizados apenas 2 (dois) anos após a OCDE ter sido autorizada oficialmente a dar início aos trabalhos; a agilidade é justificada pelo receio de que países tomassem medidas unilaterais e descoordenadas para tentar remediar o BEPS, o que acarretaria na dupla tributação generalizada de multinacionais¹⁸⁹.

Contra as críticas recorrentes acerca da legitimidade do projeto e da OCDE como instituição formuladora dos rumos do sistema tributário internacional, uma vez que esse seria supostamente pautado e desenvolvido pelo “clube dos países ricos”¹⁹⁰, a organização se defendeu citando a participação massiva sem precedentes de mais de 60 países, diversas organizações intergovernamentais, e empresas e representantes da sociedade civil, que participaram de 11 reuniões de consulta pública e webcasts¹⁹¹, na elaboração do projeto.

Dentre as 15 ações abordadas, é relevante apontar que praticamente todas as questões estudadas pela OCDE já haviam sido identificadas como um problema muito tempo antes, como aponta o Professor Pablo Hernández Gonzáles-Barreda, da Universidade Pontificia Comillas de Madrid:

¹⁸⁹ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy**. BEPS Action 1 - 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 5.

¹⁹⁰ “As OECD countries are all developed countries, it is inevitable that the BEPS project is mainly a result of compromise between the rich countries.” (AVI-YONAH, Reuven S; XU, Haiyan. Evaluating BEPS. **Erasmus Law Review**, v. 10, n. 1, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3026297. Acesso em: 26 nov. 2019. p. 8)

“The Report on BEPS does not explain that the influence of certain governments over others is also a crucial element of the politics of international taxation. The evidence of this influence is that a ‘rich countries club’ still frames all of the global tax policy questions and decides who will answer them.” (CHRISTIANS, Allison. BEPS and the Power to Tax. In: ROCHA, Sérgio André; CHRISTIANS, Allison. **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Wolters Kluwer, 2017. § 1.03 [B])

¹⁹¹ OCDE, op. cit., p. 6.

Sin embargo, como hemos señalado, estos temas apuntados no resultaban novedosos, pues habían sido abordados con anterioridad en numerosos de los informes que la OCDE ha ido emitiendo en relación con las distintas cuestiones.

La cuestión del tratamiento de entidades e instrumentos híbridos fue tratada anteriormente en 1986 y 1998 en los informes sobre subcapitalización y entidades híbridas [...] Por su parte, el tratamiento de gastos financieros y gastos intra-grupo fueron discutidos ampliamente en los informes de 1986 sobre subcapitalización, el debate de las guías de precios de transferencia de 1979 y 2010, y otros numerosos informes y actas. Por su parte, las reglas de precios de transferencia han sido objeto de permanente debate desde 1979, particularmente con las mencionadas guías de 1979 y 2010. En lo que se refiere a normas anti-abuso y su aplicabilidad a situaciones convencionales, fue discutido ampliamente en los informes de Base Companies y Conduit Companies de 1985; el informe de 1998 de competencia fiscal perniciosa; el informe de 2001 de restricción de acceso a los beneficios convencionales; la modificación del Modelo de Convenio y su comentario de 2002; o el informe sobre el concepto de beneficiario efectivo. Otro ejemplo sería la cuestión de los regímenes fiscales perniciosos, que fue tratada en el informe de 1998 sobre competencia fiscal perniciosa y los informes periódicos que le sucedieron¹⁹².

Nesse sentido, além das assimetrias e defeitos do sistema internacional serem “velhos conhecidos”, a exploração intencional dessas brechas por grupos multinacionais também não é algo recente. De modo geral, esses esquemas são comumente denominados pela OCDE e pela doutrina como “planejamentos tributários agressivos”, porém não há um consenso sobre uma definição certa de suas características.

A primeira tentativa de definir o planejamento tributário agressivo foi proposta pela OCDE em 2008, quando a organização propôs a seguinte definição:

Planejamento Tributário Agressivo: Isso se refere a duas áreas de preocupação para os órgãos arrecadatórios:

Planejamento envolvendo uma posição tributária que é defensável mas que gera consequências fiscais inesperadas e indesejadas. As preocupações dos órgãos arrecadatórios se relacionam com o risco que a legislação tributária seja utilizada para alcançar resultados não previstos pelos legisladores. Isso é exacerbado pelo longo período entre o momento em que esses esquemas são criados e comercializados até o momento em que os órgãos fiscalizadores descobrem e uma nova legislação é promulgada para remediar o problema.

A adoção de uma posição tributária favorável ao contribuinte sem que seja divulgado o fato de que há incertezas quanto à relevantes aspectos do planejamento, tendo em vista a legislação. As preocupações dos órgãos arrecadatórios se relacionam com o risco de que contribuintes não divulgam a sua visão sobre a incerteza ou o risco tomado em relação à áreas cinzentas da lei¹⁹³.

A definição acima foi muito criticada por Philip Baker, Conselheiro Tributário da Rainha do Reino Unido, que entende que partir do que “não foi previsto” pelo legislador não é

¹⁹² GONZÁLEZ-BARRERA, Pablo Hernández. El Alcance Material y Formal del Plan BEPS: Viejos Conocidos, Nuevos Amigos y la Necesidad de un Nuevo Enfoque. In: ALMUDÍ CID, José Manuel et al. **El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS)**: G-20, OCDE y Unión Europea. Navarra: Aranzadi, 2017. p. 40-41.

¹⁹³ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Study into the Role of Tax Intermediaries**. Paris, 08 de abril de 2008. p. 87. Tradução Livre.

algo útil, já que em muitos casos, o legislador não tem uma ideia clara ou não sabe o que deseja alcançar com a legislação tributária¹⁹⁴. Devido à vagueza da definição acima, o tema levou muitos autores a tentarem trazer maior clareza sobre o conceito de “planejamento tributário agressivo”.

A Professora Marta Caldas, da Universidade de Lisboa, destaca o fato da definição de 2008 abarcar situações em que não há traço de artificialidade ou abuso, típicos dos planejamentos abusivos ou tax avoidance¹⁹⁵. O Professor Reijo Knuutinen, da Universidade de Turku (Finlândia), afirma que se trata do uso intensivo de instrumentos financeiros e legais, estabelecimentos em paraísos fiscais, estruturas de capital desbalanceadas e preços de transferência, ou o uso dissimulado de tratados tributários¹⁹⁶. Sérgio André Rocha pondera que a OCDE não tem uma definição clara do conceito, mas que ele aparentemente incluiria duas situações distintas: (i) os planejamentos abusivos, também referidos como elusão fiscal; e (ii) situações em que não há artificialidade, mas que se considera que o contribuinte alcançou uma vantagem fiscal não prevista pelo legislador ou pelo tratado internacional¹⁹⁷.

De fato, apesar da OCDE por vezes aproximar o planejamento agressivo de situações de abuso, entendemos que a existência de uma situação fiscal em princípio legítima é um traço distintivo único do planejamento agressivo, e que geralmente está presente em toda tentativa de definição.

Assim, tomaremos como ponto central da ideia do Planejamento Agressivo o pressuposto de que ele não é, necessariamente, ilícito. Corroborando essa ideia, e relembrando um acontecimento já muito repetido no contexto do BEPS, meses após a denúncia dos planejamentos utilizados pela Starbucks, em 12 de novembro de 2012 membros do Parlamento Britânico convocaram representantes da Google, Amazon e da própria Starbucks para prestarem esclarecimentos. Na ocasião, a presidente do Comitê de Contas Públicas do Parlamento Britânico proferiu as seguintes palavras a Matt Brittin, vice-presidente de vendas e operações da Google: “Nós não estamos lhe acusando de ser ilegal, estamos lhe acusando de ser imoral”¹⁹⁸.

¹⁹⁴ BAKER, Philip. The BEPS Project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes. *Intertax*, n. 43, v. 1, 2015. p. 86.

¹⁹⁵ CALDAS, Marta. **O Conceito de Planejamento Fiscal Agressivo**. Lisboa: Almedina, 2015. p. 119.

¹⁹⁶ KNUUTINEN, Reijo. Corporate Social Responsibility, Taxation and Aggressive Tax Planning. *Nordic Tax Journal*, v. 1, n. 1, 2014. p. 61.

¹⁹⁷ ROCHA, Sérgio Andre. **Política Fiscal Internacional Brasileira**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017. p. 228-229.

¹⁹⁸ Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/finance/personalfinance/tax/9673358/Starbucks-Amazon-and-Google-accused-of-being-immoral.html>. Acesso em: 26 nov. 2019.

No Relatório inicial do Projeto BEPS de 2013¹⁹⁹, a OCDE justifica a necessidade de serem elaboradas medidas para atacar o planejamento tributário agressivo, em razão das brechas que possibilitam as oportunidades de erosão da base tributária. Um dos principais argumentos utilizados é de que o BEPS gera distorções na competição, o que por consequência traz prejuízos para todas as partes envolvidas²⁰⁰. A distorção na competição é evidenciada pelo fato de que apenas grandes grupos empresariais conseguem ter acesso a esses planejamentos tributários agressivos, passando assim a reduzir significativamente a sua carga tributária se comparado com empresas domésticas. Além disso, a prática traz grandes perdas arrecadatórias para os Estados Nacionais. De acordo com a OCDE, estima-se que as práticas geradoras de BEPS respondem por uma perda de 4 a 10% da arrecadação global do Imposto de Renda sobre Pessoas Jurídicas²⁰¹.

Aqui vale ressaltar que, conforme já mencionamos anteriormente, apesar das perdas arrecadatórias, em alguma medida são os próprios Estados os responsáveis pela proliferação de oportunidades para implementação de práticas geradoras de BEPS. Com o crescimento da economia, do mercado financeiro e da integração mundial, percebeu-se o início de uma verdadeira guerra fiscal internacional, em que as nações do globo passaram a tomar ações unilaterais buscando atrair as grandes multinacionais para seu território, ainda que por meio de simples sociedades caixas postais. Talvez o exemplo mais representativo seja o crescimento dos paraísos fiscais ao longo do Século XX, que foi estudado em detalhes na obra de Gabriel Zucman, *The Hidden Wealth of Nations*. Nesse estudo, o autor aponta que a partir de 1980, após uma “era de ouro do serviço bancário suíço”, passam a surgir diversos outros centros financeiros, como Hong Kong, Cingapura, Jersey, Luxemburgo e as Bahamas, que oferecem o mesmo serviço altamente demandado: “a possibilidade de não pagar tributos sobre dividendos, juros, ganhos de capital, patrimônio ou heranças”²⁰².

Difícilmente teríamos uma grande expansão de planejamentos tributários agressivos e abusivos sem que esses centros financeiros surgissem, oferecendo benefícios sem precedentes para empresas que atuassem em escala global. Contudo, deve-se frisar que esses não são os únicos catalisadores do BEPS, além dos típicos paraísos fiscais, é notória a disseminação de

¹⁹⁹ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OECD Publishing, 2013.

²⁰⁰ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OECD Publishing, 2013.

²⁰¹ Ibid., p. 4.

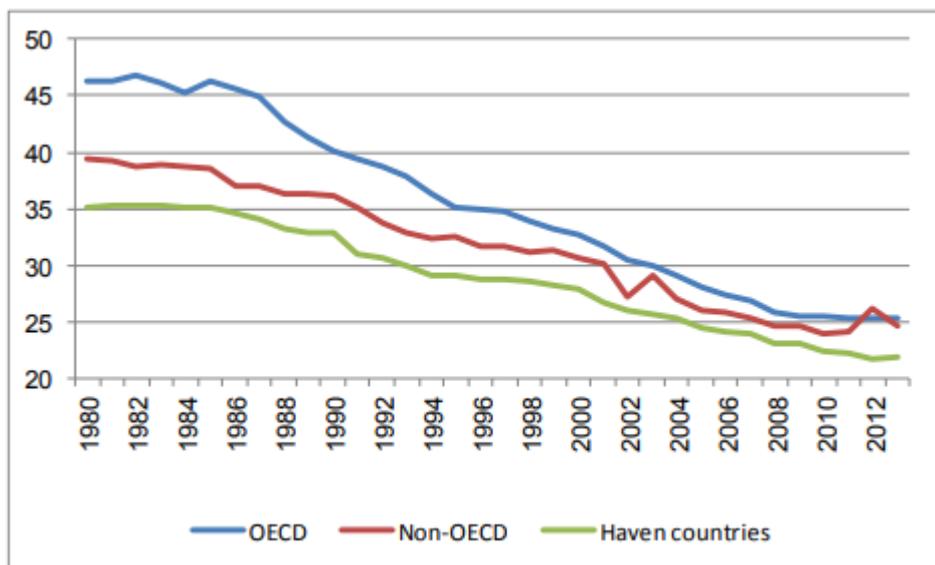
²⁰² ZUCMAN, Gabriel. **The Hidden Wealth of Nations: The Scourge of Tax Havens**. The University of Chicago Press: Chicago, 2018. p. 23.

regimes fiscais privilegiados no mundo inteiro, incluindo diversos países membros da OCDE como Irlanda, Bélgica, Holanda e até a Espanha:

A baixa alíquota maximizadora de rendimentos dos paraísos fiscais pode explicar o crescimento da oferta de esquemas de elusão fiscal documentados na literatura – assim como *rulings* tributários benéficos concedidos para multinacionais específicas – e por sua vez o crescimento da transferência de lucros desde os anos de 1980.²⁰³

Seguindo essa linha, certamente não parece ser coincidência o fato de que desde 1980 é possível constatar uma queda global nas alíquotas efetivas do imposto sobre a renda das multinacionais. O trabalho citado acima inicia mencionando que entre 1985 e 2018, a alíquota média global da tributação corporativa da renda caiu mais do que pela metade, passando de 49% para 24%. Essa observação é corroborada pelo estudo “BEPS and Developing Countries”, elaborado pelo FMI em 2015, que tentou quantificar, a partir de evidências empíricas, o impacto do fenômeno BEPS e da competição tributária para países em desenvolvimento. O estudo elaborou o seguinte gráfico, com base nos dados de 173 países ao longo dos do período de 1980 a 2013, para demonstrar a acirrada queda da tributação corporativa²⁰⁴:

Figura 3: Corporate Income Tax Rates, 1980-2013



Fonte: (CRIVELLI; DE MOOJI, KEEN, 2015, p. 14)

²⁰³ TØRSLØV, Thomas R.; WIER, Ludvig S.; ZUCMAN, Gabriel. **The Missing Profits of Nations**. NBER Working Paper No. 24701, ago. 2018. p. 26 Disponível em: <https://gabriel-zucman.eu/files/TWZ2018.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

²⁰⁴ CRIVELLI, Ernesto; DE MOOJI, Ruud A; KEEN, Michael. **Base Erosion, Profit Shifting and Developing Countries**. IMF Working Paper No. 15/118, maio 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2623804>. Acesso em: 27 nov. 2019. p. 14

Assim, apesar do ímpeto político do projeto BEPS somente surgir após a crise de 2008, o fenômeno da proliferação de planejamentos agressivos e de erosão das bases tributárias é algo que já vem ocorrendo há algum tempo, e que a própria OCDE já vinha estudando. Tendo sido apresentado todo o contexto do plano BEPS, o fato é que o advento da digitalização da economia ampliou ainda mais as oportunidades de planejamentos agressivos, visto que as brechas e lacunas do sistema tributário internacional podem ser muito mais facilmente exploradas pelos novos modelos de negócio. Nesse sentido, não iremos aprofundar a análise no que tange todas as medidas que o Projeto BEPS busca implementar²⁰⁵, a doutrina brasileira já é farta nesse tópico. A presente pesquisa se restringe tão somente a Ação 1, que, assim como as demais, também não trata de um problema tão recente assim, isso porque os desafios da economia digital foram identificados primeiramente décadas atrás, conforme exploraremos no tópico seguinte.

2.2. O Relatório Final de 2015 da Ação 1

A Ação 1 do Projeto BEPS é inteiramente dedicada aos *Desafios tributários da Economia Digital*, seu Relatório Final foi elaborado pela *Força Tarefa da Economia Digital* (TFDE), um órgão subsidiário do Comitê de Assuntos Fiscais (CFA) da OCDE criado em setembro de 2013 especificamente para esse trabalho.

Apesar do título, a Ação 1 não está necessariamente focada nos planejamentos tributários das empresas do setor digital (GAFA). Isso porque, apesar das gigantes do mundo digital também incorrerem em planejamentos que se aproveitam das brechas e inconsistências do sistema internacional, estando inclusive no centro do debate político que sucedeu as crises econômicas do Século XXI, e embora o ambiente digital potencialize essas oportunidades, o alcance da Ação 1 vai muito além de comportamentos geradores de “Erosão de Base e Transferência de Lucros”.

Após os cinco capítulos iniciais do Relatório, em que a OCDE analisa os princípios do sistema tributário internacional e as características das empresas digitais, a organização afirma que “em vários casos, a natureza das estratégias utilizadas para alcançar BEPS em negócios

²⁰⁵ Para mais informações sobre as demais medidas do Projeto BEPS, cf.: TEIXEIRA, Alexandre Alkmim. Plano BEPS. Belo Horizonte: Fórum, 2019; GOMES, Marcus Livio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS**: Soluções Globais e Peculiaridades de Países em Desenvolvimento. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

digitais é similar à natureza das estratégias utilizadas em negócios mais tradicionais.”²⁰⁶. De fato, muitos dos elementos característicos desses planejamentos tributários são no máximo exacerbados pelas empresas digitais, como por exemplo a minimização da tributação no país de mercado evitando a configuração de uma presença física. Ora, é muito mais fácil para uma empresa digital realizar vendas remotas, mantendo apenas um armazém para estoque e entrega de seus produtos. Contudo, isso continua sendo um problema BEPS, do mesmo modo que seria com uma empresa tradicional.

Ciente disso, o capítulo 6 do Relatório Final é inteiramente dedicado a explicar como as demais 14 Ações do Plano de Ação irão ter efeito sobre o planejamento tributário de empresas digitais, concluindo no sentido de que:

241. As described in Chapter 5, **while no unique BEPS issues are presented by the digital economy**, many of the key features of the digital economy, particularly those related to mobility, exacerbate BEPS concerns. These key features have been taken into account in the work under the BEPS Action Plan to address BEPS in the context of direct taxes, including in particular the work on CFC rules (Action 3), addressing the artificial avoidance of PE status (Action 7) and transfer pricing (Actions 8-10). As a result, it is expected that the implementation of these measures, as well as the other measures developed in the BEPS Project, **will substantially address the BEPS issues exacerbated by the digital economy.**²⁰⁷

Uma vez ultrapassada a questão do BEPS, o Relatório Final da Ação 1 vai em frente, se desprendendo do intuito original do Projeto e passando a analisar algo além, “os desafios tributários mais amplos da economia digital”. A OCDE aponta como a evolução dos modos de negócios, e o crescimento da economia digital, resultaram em empresas estrangeiras operando em jurisdições de mercado de uma forma completamente diferente daquela que era praticada quando o sistema tributário internacional foi criado no final do século XIX e início do século XX.²⁰⁸

Assim, o diagnóstico promovido pelo Relatório Final da Ação 1 pode ser dividido em duas partes, uma primeira que identifica como a economia digital pode exacerbar os problemas tradicionais BEPS (e como as demais ações do Projeto já vão abordar esses pontos), e uma segunda em que se analisam as incompatibilidades da economia digital com os pressupostos tradicionais do sistema tributário internacional. A questão que interessa ao presente trabalho é justamente a segunda metade do Relatório, que não trata sobre planejamentos tributários

²⁰⁶ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy**. BEPS Action 1 - 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 78.

²⁰⁷ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy**. BEPS Action 1 - 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 94.

²⁰⁸ Ibid., p. 98.

abusivos, não se fala mais tanto de erosão de base tributária, isso porque, como bem coloca Luís Eduardo Schoueri: “Tratando-se de negócios antes inconcebíveis, não é próprio falar em erosão da base tributária, já que a ideia de erosão pressupõe a preexistência de uma base, desaparecida a partir de uma prática a ser combatida”.²⁰⁹

Partindo desse pressuposto, a Ação 1 passará a analisar como reformar as regras internacionais da tributação da renda para os novos modelos de negócios da economia digital e para as características únicas da digitalização, buscando abordar diretamente a obsolescência do sistema tributário internacional, que tratamos inicialmente no capítulo anterior desse trabalho.

2.2.1. A Análise da OCDE sobre a Obsolescência do Sistema

Assim como os demais problemas abordados pela organização, os desafios tributários mais amplos da economia digital não são fenômenos que surgiram agora, eles já existiam e haviam sido diagnosticados pela OCDE muito tempo antes, como também aponta Gonzáles-Barreda:

También los problemas derivados de la aplicación de las normas fiscales a nuevas formulas de negocio vinculadas al desarrollo tecnologico fueron tratados com caracter previo em 1992, 2001 y 2005, em el informe sobre el tratamiento fiscal del software, el informe sobre fiscalidad y comercio electronico derivado del marco de Ottawa, el paquete de informes del comercio electronico y fiscalidad de los Grupos Técnicos, o el informe de comercio electronico y precios de transferencia.²¹⁰

Já no final do Século XX, na Conferência Ministerial de Ottawa (“Um mundo sem fronteiras: Entendendo o Potencial do Comércio Eletrônico”²¹¹), a organização alertava sobre a necessidade de se atualizar o sistema tributário internacional em razão da iminente expansão do comércio eletrônico. Na ocasião, o Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE apresentou um Relatório intitulado “Comércio Eletrônico: Regras Gerais de Tributação”²¹². O Relatório e suas recomendações foram acolhidos e endossados pelos Ministros presentes, e sua seção IV traz os

²⁰⁹ SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: Ainda uma Estratégia Militar. In: GOMES, Marcus Livio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS: Soluções Globais e Peculiaridades de Países em Desenvolvimento**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 34.

²¹⁰ GONZÁLEZ-BARREDA, Pablo A. Hernández. Antecedentes y planteamiento del Plan de Acción. In: CID, José Manuel Almudi; GUTIÉRREZ, Jorge Alberto Ferreras; GONZÁLES-BARREDA, Paulo Andrés Hernández (Org.). **El plan de Acción sobre Erosion de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS)**: G-20, OCDE y Union Europea. 1. Ed. Cizur Menor, Espanha. Editora Aranzadi, 2017. p. 40.

²¹¹ Ocorrida em 8 de outubro de 1998, tradução Livre: “A Borderless World: Realizing the Potential of Electronic Commerce”.

²¹² Tradução Livre: “Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions”.

“princípios gerais de tributação que devem ser aplicados para o comércio eletrônico”, assim definidos:

Neutralidade

(i) A tributação deve ser neutra e igualitária entre formas de comércio eletrônico e entre formas de comércio convencionais e eletrônicas. As decisões negociais devem ser motivadas por considerações econômicas e não tributárias. Contribuintes em situações similares que incorrem em transações similares devem estar sujeitos a níveis similares de tributação.

Eficiência

(ii) Os custos de compliance para contribuintes e os custos administrativos para as autoridades fiscais devem ser minimizados o máximo possível.

Certeza e Simplicidade

(iii) As regras tributárias devem ser claras e simples para compreender de modo que os contribuintes consigam antecipar as consequências fiscais antes de realizar suas transações, sabendo inclusive quando, onde e como o tributo será recolhido.

Eficácia e Equidade

(iv) A Tributação deve produzir a quantidade certa de tributo no momento certo. Deve-se minimizar o potencial para evasão e elusão fiscal através de medidas que sejam proporcionais aos riscos envolvidos.

Flexibilidade

(v) Os sistemas tributários devem ser flexíveis e dinâmicos para garantir que acompanhem o progresso tecnológico e do comércio.²¹³ (Tradução Livre)

Apesar das definições serem muito gerais, a OCDE se esforçou para produzir recomendações práticas nos anos seguintes que aplicassem os princípios sugeridos, criando 5 *Technical Advisory Groups* (TAGs), com o objetivo de aprofundar os estudos sobre temas específicos relacionados ao comércio eletrônico internacional²¹⁴. O Relatório “Implementação dos Princípios Gerais de Tributação de Ottawa”, publicado em 2003, retrata os principais avanços na área da tributação sobre o consumo nessa nova economia, bem como dá um olhar contemporâneo à explosão do comércio eletrônico que estava ocorrendo na época:

As oportunidades abertas pela tecnologia para venda de produtos em circunstâncias que antigamente exigiriam algum grau de presença física, aparentam ser um desafio à aplicação de conceitos tributários desenvolvidos para um mundo físico, ao invés de virtual. Algumas vozes defenderam que a internet deveria se tornar uma zona livre de impostos para encorajar seu desenvolvimento. Outras viram a internet como uma nova fonte de arrecadação para os governos, defendendo a criação de um “Imposto de Bit” como meio para obtenção de receitas tributárias.”²¹⁵

²¹³ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions**. 1998. p. 4. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/consumption/1923256.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2019.

²¹⁴ BRIGAGÃO, Gustavo. Economia Digital e Tributação: Plano de Ação 1 do Projeto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) e o Panorama Brasileiro. In: MATA; BERNARDES; LOBATO. **Tributação na Sociedade Moderna: Economia Digital, Compliance Tributária, Direitos Sociais e Reforma Tributária**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 387.

²¹⁵ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Implementation of the Ottawa Taxation Framework Conditions**. The 2003 Report. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/administration/20499630.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2019.

Aqui já é possível constatar a preocupação com uma característica chave da economia digital, a desnecessidade da presença física da empresa para atender a milhões de clientes. Contudo, toda a preocupação à época estava focada em como tributar o *e-commerce*, a venda virtual, o consumo, tendo sido o objeto de mais dois documentos produzidos pela OCDE após a criação dos TAGs em 1998:

Um dos TAGs, responsável por *Consumption Taxes* (tributos sobre o consumo) apresentou, em fevereiro de 2001, o estudo ‘*Consumption Tax Aspects of Electronic Commerce*’, que, entre outras recomendações relativas à tributação do consumo, determinava que a tributação das operações transfronteiriças deveria ocorrer no local do consumo.

Essas recomendações foram confirmadas com a edição, em fevereiro de 2006, do estudo ‘*International VAT/GST Guidelines*’, que visava estabelecer linhas mestras para a tributação do consumo em transações internacionais, especialmente aquelas que envolviam bens intangíveis. Além de confirmar as premissas acima, o referido documento esclareceu que:

- (i) em operações B2B (ou seja, entre empresas contribuintes do imposto), ‘o local de consumo’ para efeitos de tributação deve ser entendido como o local em que o tomador possui presença negocial (*business presence*); e
- (ii) em operações B2C (ou seja, entre empresa contribuinte e o consumidor final), o ‘local de consumo’ para efeitos de tributação deve ser entendido como o local em que o tomador possui residência habitual.²¹⁶

Assim, embora algumas observações gerais sobre os desafios da economia digital tenham sido identificadas há décadas, também fica claro que a OCDE não tinha ideia do quão disruptiva se tornaria a digitalização da economia. Há pouquíssimas referências a “intangíveis” e “dados”, o Relatório não imagina, e nem poderia, a relevância e o valor que esses ativos passariam a ter. De todo modo, os princípios gerais de tributação de Ottawa, apresentados em 1998, aparecem logo no primeiro capítulo do Relatório final da Ação 1, referenciados como a “base para avaliação das opções para abordar os desafios tributários da economia digital”.²¹⁷

O fato de que o Projeto BEPS é quase que inteiramente dedicado à tributação da renda, enquanto os princípios de Ottawa foram originalmente pensados para abordar o *e-commerce*, não passou despercebido pela organização, que justificou o reaproveitamento da seguinte maneira:

²¹⁶ BRIGAGÃO, Gustavo. Economia Digital e Tributação: Plano de Ação 1 do Projeto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) e o Panorama Brasileiro. In: MATA; BERNARDES; LOBATO. **Tributação na Sociedade Moderna: Economia Digital, Compliance Tributária, Direitos Sociais e Reforma Tributária**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019. p. 388.

²¹⁷ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy**. BEPS Action 1 - 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 17.

À época, esses princípios foram considerados adequados para avaliação dos problemas tributários relacionados ao comércio eletrônico. Apesar da maioria dos novos modelos de negócios identificados no Capítulo 4 ainda não existirem naquela época, esses princípios, com modificações, continuam a ser relevantes na economia digital, como discutido no capítulo 8.²¹⁸

É claro que os desafios mais amplos relacionados com a tributação indireta não foram ignorados pela Ação 1; o Relatório Final trata desse tema, mas em geral as dificuldades encontradas se relacionam principalmente com a efetividade da arrecadação em comércio transfronteiriço²¹⁹. Já no que tange à tributação direta, ou sobre a renda, a discussão é sobre uma verdadeira reforma do sistema, uma vez que os novos modelos de negócio digitalizados, ou a receita auferida por eles, estão simplesmente fora do escopo das regras atuais.

Desse modo, o diagnóstico feito pela OCDE encontra três principais pontos de conflito entre a economia digitalizada e as regras tradicionais de tributação internacional sobre a renda, são eles:

Nexo: O contínuo crescimento do potencial de tecnologias digitais e a necessidade reduzida de uma presença física significativa para desenvolver suas atividades econômicas, combinado com o papel cada vez maior dos efeitos de rede gerados por interações entre usuários, pode levantar questionamentos acerca das regras tributárias atuais, que determinam o nexo com uma jurisdição para fins tributários, serem adequadas.

Dados: O crescimento na sofisticação das tecnologias digitais permite que empresas na economia digital colem e usem informações internacionalmente em um grau sem precedentes. Isso levanta questionamentos sobre como atribuir o valor criado pela geração de dados através de produtos e serviços digitais, e como caracterizar o fornecimento de dados, por uma pessoa ou entidade, em uma transação para fins tributários, como, por exemplo, um fornecimento gratuito de bem, ou uma transação de troca, ou algum outro modo.

Qualificação: O desenvolvimento de novos produtos digitais ou meios de entrega de serviços cria incertezas em relação à correta qualificação de pagamentos feitos no contexto dos modelos digitais, especialmente no que toca à computação em nuvem.²²⁰

Para orientar os estudos das possíveis propostas de adaptação do sistema, a organização repete várias vezes o mantra de que a economia digital está cada vez mais se tornando a economia como um todo, motivo pelo qual seria difícil, se não impossível, isolar

²¹⁸ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy**. BEPS Action 1 - 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 20.

²¹⁹ “O relatório também apontou alguns desafios nos impostos indiretos, criados pela economia digital, nomeadamente aqueles relacionadas com (i) a importação de encomendas de baixo valor de vendas on-line, que são tratadas como isentas de IVA em muitas jurisdições; e (ii) o forte crescimento do comércio de serviços e intangíveis, especialmente as vendas a consumidores particulares, em que muitas vezes ocorre o não pagamento ou o pagamento inadequadamente baixo de IVA devido à complexidade da aplicação do IVA para pagamentos referentes a essas operações” (ROCHA, Sérgio Andre. **Política Fiscal Internacional Brasileira**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017. p. 223)

²²⁰ OCDE, op. cit., p. 99.

(“to ring-fence”) a economia digital do resto da economia para fins tributários²²¹. Essa afirmação dá substância ao princípio da neutralidade que exploramos anteriormente, ou seja, não seria justo instituir regras tributárias distintas para empresas do setor digital e para empresas tradicionais. É importante ressaltar essa ideia de neutralidade pois ela será reiterada, como uma crítica ao trabalho prévio da OCDE, nas propostas de 2019.

Contudo, voltando para os estudos que foram realizados em 2015, a Seção 7.6 do Relatório Final da Ação 1 se dedica a explorar as possíveis opções para reforma das regras de tributação internacional, partindo do pressuposto de que, segundo a maior parte dos tratados tributários (e das legislações domésticas), os lucros empresariais são tributáveis em um país apenas se puderem ser atribuídos a um estabelecimento permanente ali presente²²². Desse modo, conforme exploramos no capítulo anterior, considerando que novos modelos de negócio conseguem interagir de forma significativa com consumidores em jurisdições de mercado, gerando lucros sem estabelecer qualquer tipo de presença física, torna-se necessário a análise de medidas que permitam expandir o poder de tributação desses países.

2.2.2. As propostas analisadas pelo Relatório Final de 2015

Considerando que os três principais desafios identificados (nexo, dados e caracterização) se sobrepõem, a OCDE concluiu que, ao invés de tentar combater individualmente cada problema, seria mais interessante focar de forma geral na habilidade das empresas da economia digital: (i) auferir renda de um país sem manter ali uma presença física; e (ii) utilizar e monetizar as contribuições dos usuários na cadeia de valor (inclusive através da coleta e monitoramento de dados), vendendo esses dados para terceiros²²³.

Nesse sentido, a primeira proposta analisada no Relatório de 2015 é uma das mais emblemáticas da discussão atual, uma vez que mira a reforma daquele que é o coração do sistema tributário internacional, o conceito de estabelecimento permanente. A proposta visa estender esse conceito para além de critérios físicos, criando a ficção da “presença econômica significativa”, que serviria para criar o nexo entre uma empresa e uma determinada jurisdição com base em fatores que demonstrem uma interação proposital e contínua entre eles.

Assim, para fins de estabelecer uma conexão econômica significativa entre uma empresa e um país, a OCDE cogitou utilizar fatores baseados na receita que a empresa aufer

²²¹ Ibid., p. 142.

²²² ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy**. BEPS Action 1 - 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 106.

²²³ Ibid., p. 106.

por conta dos efeitos de rede e dos dados dos usuários de um determinado país, somados com outros fatores que evidenciem essa relação da empresa com a jurisdição. Por exemplo, fatores digitais, assim entendidos como a manutenção de um site hospedado em um domínio do país (“.com.br”, por exemplo) com o oferecimento de meios de pagamento locais, e fatores de usuários, como por exemplo, a quantidade de usuários ativos mensalmente, o volume de dados coletados dos usuários de um determinado país anualmente.

Deve-se ressaltar que essas ideias são discutidas no Relatório Final de 2015 de forma extremamente genérica, simplesmente pontos de referência que a OCDE levanta para ser possivelmente utilizados para moldar uma futura regra. Embora a sugestão seja a criação de uma regra que combine um “fator de receita” + “fator digital” ou um “fator de usuário”, não há qualquer proposta concreta no relatório.

O Relatório passa então a analisar como seria determinada a renda a ser atribuída a essa “presença econômica significativa”, uma vez que, conforme já demonstramos, as regras atuais que determinam como serão atribuídos os lucros entre as jurisdições se baseiam nas funções que cada unidade econômica desenvolve, o que por sua vez se baseia em fatores tangíveis, com ativos e funcionários, fatores irrelevantes no contexto de atividades digitais desenvolvidas sem qualquer presença física. O Relatório menciona na seção 7.6.2.2. a ideia de um “rateio fracionado”, tomando por base os lucros globais de todo o grupo empresarial, e dividindo ele entre jurisdições através de critérios a serem decididos²²⁴. Entretanto, a proposta é rapidamente descartada uma vez que iria contra o sistema vigente de preços de transferência, que considera cada empresa como uma entidade independente. Um método alternativo cogitado é a criação de um sistema de “lucro presumido”, possivelmente com alíquotas variadas dependendo do setor industrial de cada empresa e do tipo de produto ou serviço oferecido²²⁵.

A seção 7.6.3. traz a proposta de um tributo retido na fonte sobre transações digitais, que poderia funcionar como um tributo próprio incidente sobre a receita bruta, ou como um método de arrecadação complementar à proposta da presença econômica significativa. A ideia não é muito desenvolvida no Relatório, alguns obstáculos são levantados, como por exemplo a dificuldade de garantir a retenção no caso de transações B2C, em que consumidores não têm experiência ou incentivo em declarar e recolher o tributo retido. A questão que não chega a ser abordada é como uma retenção na fonte permitiria que as jurisdições dos usuários, que são considerados pela OCDE como fatores chave na criação de valor, tributassem a renda derivada

²²⁴ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy**. BEPS Action 1 - 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 112.

²²⁵ Ibid., 113.

da utilização e venda dos dados de seus cidadãos. A coleta de dados frequentemente acontece de forma gratuita, pela mera utilização de serviços e aplicativos digitais, enquanto o tratamento e monetização desses dados pode ocorrer entre duas jurisdições totalmente distintas. Seria o caso da Empresa X, residente no País A, que coleta os dados de usuários do País B, vendendo-os para a Empresa Y, residente no País C. A transação monetária aqui se daria entre a Empresa do País C e a Empresa do País A, a retenção na fonte, portanto, seria aplicada somente no País C, e não teria qualquer efeito na arrecadação do País B, jurisdição onde estão localizados os usuários.

Por fim, a Seção 7.6.4. analisa a proposta do “*Imposto de Equalização*”, uma ideia baseada na criação de um novo tributo específico para transações envolvendo empresas não-residentes, desse modo evitando criar profundas reformas na tributação da renda como um todo. O escopo naturalmente limitado da proposta teria como alvo a venda de bens e serviços entre consumidores/usuários de uma jurisdição, e uma empresa residente em outro país. Assim como no caso do tributo retido, a OCDE não explora como esse Imposto serviria para o caso de transações envolvendo duas empresas não-residentes, cujo objeto de comércio são os dados dos usuários da jurisdição de mercado.

No geral, as propostas citadas são tratadas de maneira superficial, como aponta Eva Escribano: “resulta evidente que las tres propuestas del informe final se encuentran todavía en estado embrionario, pues no sólo no se proporciona un articulado provisional sino que apenas se concreta su contenido y alcance”.²²⁶ Apesar da falta de concretude poder ser justificada pela própria complexidade do tema, acreditamos que isso se deu simplesmente porque as propostas de reforma do sistema tributário nunca foram o foco do Relatório de 2015, o que é compreensível, uma vez que elas buscam reparar os “desafios mais amplos da digitalização”, e não necessariamente os problemas geradores de BEPS. Esse entendimento é compartilhado por Marciano Seabra de Godoi, que afirma que:

[...] essa timidez quanto ao relatório da Ação 1 seria natural, haja vista que o Projeto BEPS, pelo menos até aqui, é muito mais uma correção de abusos e lacunas/imperfeições do regime tributário internacional, do que uma reforma profunda em termos de revisão material dos nexos e critérios que definem atualmente os poderes tributários das jurisdições da fonte e da residência.²²⁷

²²⁶ ESCRIBANO, Eva. ¿Se ha equivocado el proyecto BEPS en el planteamiento? Los paradigmas de la fiscalidad internacional que no han sido cuestionados. In: ALMUDÍ CID, José Manuel et al. **El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS)**: G-20, OCDE y Unión Europea. Navarra: Aranzadi, 2017. p. 529.

²²⁷ GODOI, Marciano Seabra de. Comentários Acerca do Imposto sobre Transações Digitais Incluído na Proposta de Diretiva da União Europeia 2018/0073. In: PISCITELLI, Tathiane (Coord.) **Tributação da Economia Digital**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 62.

Desse modo, o Relatório Final da Ação 1 publicado em 2015 opta por não recomendar nenhuma das propostas apresentadas, preferindo aguardar o impacto das demais Ações do Projeto BEPS, apesar de deixar em aberto a possibilidade para os países adotarem alguma das medidas de forma unilateral:

Nenhuma das outras opções analisadas pela TFDE foram recomendadas nesse estágio. Isso porque, além de outras razões, é esperado que as medidas desenvolvidas no Projeto BEPS tenham um impacto significativo nos problemas BEPS identificados na economia digital, e que certas medidas BEPS mitiguem alguns aspectos dos desafios tributários mais amplos, e que tributos sobre o consumo sejam cobrados de forma eficiente na jurisdição de mercado. [...] Os países podem, entretanto, introduzir qualquer uma das opções em suas legislações domésticas como mecanismos de proteção adicional contra o BEPS, desde que respeitadas as obrigações impostas pelos tratados bilaterais para evitar a bitributação.²²⁸

A ausência de uma orientação clara acerca dos rumos a serem tomados fez com que a Ação 1 fosse, provavelmente, a mais criticada e decepcionante dentre todas as ações do Projeto BEPS. Eva Escribano²²⁹ descreveu as conclusões da Ação 1 como “diluídas” e enfraquecidas em relação ao que se esperava, enquanto Sérgio André Rocha²³⁰ afirmou que as conclusões da Ação 1 eram decepcionantes.

2.3. O Relatório Provisório de 2018

Apesar das críticas, a OCDE, apoiada pelos Ministros das Finanças do G-20 em 2017²³¹, cumpriu sua promessa de continuar os trabalhos sobre os desafios tributários da Economia Digital, passando a ampliar o número de países envolvidos na discussão através da criação do chamado Marco Inclusivo, grupo aberto a todas as jurisdições que hoje conta com 131 países-membros²³², inclusive o Brasil. O grupo se comprometeu a trabalhar em conjunto com a TFDE para a elaboração de um Relatório Provisório em 2018 e posteriormente um Relatório Final com propostas concretas em 2020, trabalho que ainda contou com o auxílio da opinião pública

²²⁸ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy**. BEPS Action 1 - 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015. p. 137.

²²⁹ ESCRIBANO, Eva. An opportunistic, and yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties. **Intertax**, v. 43, n. 1, 2015.

²³⁰ ROCHA, Sérgio Andre. **Política Fiscal Internacional Brasileira**. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017.

²³¹ Informações disponíveis em: www.g20.utoronto.ca/2017/170318-finance-en.html. Acesso em: 26 nov. 2019.

²³² Atualizado até Julho de 2019, lista de membros disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

graças ao “request for input” divulgado pela OCDE em setembro de 2017, que recebeu 52 *papers* de diferentes entidades da sociedade civil.

Em 16 de março de 2018 foi publicado o Relatório Provisório intitulado “Desafios Tributários Decorrentes da Digitalização”²³³, que representa um divisor de águas nos rumos da Ação 1 do Projeto BEPS. A partir desse Relatório a OCDE toma para si a missão de reformar o sistema tributário internacional. Os “desafios tributários mais amplos da digitalização”, que eram uma questão secundária no Relatório de 2015 visto que esses “vão além do problema de como colocar um fim ao BEPS”²³⁴, se tornam o foco principal da Ação 1. Apesar do Relatório de 2018 também não trazer propostas concretas de ação imediata, o documento aprofundou significativamente a discussão, analisando de forma detalhada os novos modelos de negócio, como eles se relacionam com as regras tributárias internacionais e buscando esclarecer as diferentes visões de reforma tributária defendidas na esfera internacional por diferentes grupos de países, que neste trabalho iremos denominar de *stakeholders*.

2.3.1. A necessidade de reforma e as medidas unilaterais tomadas

Conforme apresentamos em detalhes no capítulo anterior, é o Relatório Provisório de 2018 que é responsável por identificar os seguintes fatores em comum nos novos modelos de negócio digitais: (i) “escala sem massa” internacional; (ii) a relevância de ativos intangíveis; e (iii) a importância dos dados, participação dos usuários e sua sinergia com a propriedade intelectual²³⁵. Apresentadas as características principais dos novos modelos de negócio, o Relatório retoma os três principais desafios fiscais elencados no Relatório de 2015, quais sejam, o nexo, dados e caracterização, concluindo que, no geral, o avanço da digitalização coloca em xeque a relevância e efetividade dos dois conceitos-chave subjacentes às tradicionais regras tributárias internacionais: as regras de nexo e alocação de lucros.²³⁶

Além disso, o Relatório de 2018 relembra que o Relatório de 2015 havia analisado, de modo superficial, algumas opções para reforma do sistema, tendo deixado em aberto a possibilidade para países adotarem medidas de modo unilateral. Isso de fato aconteceu durante os três anos que separaram os dois relatórios, então a OCDE analisou quais foram as medidas adotadas unilateralmente, agrupando-as em quatro categorias: (i) Expansão do conceito de

²³³ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Tax Challenges Arising from Digitalisation** - Interim Report 2018. Paris: OECD Publishing, 2018.

²³⁴ Ibid., p. 166.

²³⁵ Ibid., p. 51.

²³⁶ Ibid., p. 169.

Estabelecimento Permanente (Presença Econômica Significativa); (ii) Impostos retidos na fonte; (iii) Tributos sobre o faturamento (Impostos de Equalização) e (iv) Regimes especiais mirando grupos multinacionais.

Em relação à primeira categoria, Israel figura como pioneiro, tendo criado por meio da Circular 04/2016 um “Teste de Presença Econômica Significativa”²³⁷. Segundo a referida medida, uma empresa estrangeira provedora de serviços digitais para consumidores israelenses poderá ser tributada, ainda que não possua presença física no país, desde que preenchidos um de vários requisitos baseados em “presença digital”, como por exemplo: Número de contratos concluídos com consumidores israelenses; Oferta de produtos e serviços digitais utilizados por um número significativo de consumidores israelenses; Utilização de website direcionado ao mercado israelense, identificado pela utilização da língua hebraica, descontos e marketing locais e opções de pagamento com moedas nacionais. No mesmo sentido, a Índia também introduziu em sua legislação o conceito de “presença econômica significativa”²³⁸, por meio da Lei Financeira nº 4 de 2018, que ainda não está em vigor, conforme exploraremos de maneira mais aprofundada no último capítulo. Segundo esse novo elemento de conexão, que se aplica para além do setor digital, uma empresa não-residente terá uma presença tributável na Índia caso preencha uma de duas condições: a) Um patamar mínimo de receita local, abrangendo todo o volume de pagamentos sobre transações de bens, serviços e propriedade para consumidores indianos; ou b) Um patamar mínimo de usuários locais, que mantenham uma interação contínua com uma determinada quantia de usuários através de meios digitais.

Nota-se que ambas as medidas unilaterais seguiram as linhas postas pela OCDE no Relatório de 2015, em que havia sido esboçado a criação de uma ficção de “presença econômica significativa” com base em um fator de receita mais um fator digital ou de usuários. Entretanto, à época, nenhuma das medidas haviam estabelecido novas regras para atribuição de lucros ao estabelecimento permanente, o que representa uma grande limitação à efetividade das novas medidas, que possivelmente não conseguirão alocar qualquer renda significativa a entidades que não possuam presença física.

A segunda categoria abrange, na verdade, medidas que ampliam a tributação já existente de retenção na fonte, geralmente através da utilização de uma interpretação mais ampla de “royalties” e “serviços técnicos” (espécies de receita sobre os quais os tratados bilaterais autorizam a retenção na fonte pelo estado do pagador). É o caso de Filipinas, que simplesmente

²³⁷ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Tax Challenges Arising from Digitalisation** - Interim Report 2018. Paris: OECD Publishing, 2018. p. 137.

²³⁸ Ibid., p. 138.

adota uma interpretação mais ampla de serviços técnicos tributáveis na fonte, e da Malásia, que expressamente expandiu a definição de royalties através do “Ato Financeiro 2017”, impondo uma retenção na fonte de 10% sobre os pagamentos pelo uso ou direito de uso de software²³⁹. O Brasil, por sua vez, já adota medidas nesse sentido muito antes das discussões dos desafios tributários na economia digital terem início, ampliando em seus tratados de dupla-tributação²⁴⁰ e na legislação doméstica (Instrução Normativa nº 1.455/14) a possibilidade de tributar na fonte os serviços técnicos prestados por não-residentes.

A terceira categoria versa sobre a criação de um novo imposto sobre o faturamento, que incida especificamente sobre o setor digital, e é melhor representado pelo Imposto de Equalização da Índia. O tributo foi criado logo em 2016, entrando em vigor no dia 1º de Junho²⁴¹, e seguiu à risca as poucas orientações dadas pelo Relatório de 2015, consiste na retenção na fonte de 6% sobre o valor bruto do pagamento feito por pessoas jurídicas em contraprestação a serviços de marketing digital prestados por não-residentes, sendo que as transações cobertas pelo imposto são previstas em uma lista que pode ser expandida pelo governo central.²⁴²

Contudo, além da Índia, vale destacar a grande adesão de países europeus a essa categoria. A Itália, por exemplo, instituiu o “Imposto sobre Transações Digitais”, pela Lei Orçamentária de 2018, mas que não chegou a entrar em vigor por pressão da União Europeia, que forçou a edição de um novo Imposto Digital mais alinhado à proposta similar feita pela própria organização²⁴³, o que veremos mais adiante. O segundo Imposto sobre Serviços Digitais Italiano foi introduzido pela Lei Orçamentária de 2019, e funciona de maneira muito similar à exação da Índia, sendo aplicado uma retenção na fonte de 3% sobre a receita bruta proveniente de serviços de marketing digital, plataformas multi-sided e transferência de dados que tenham sido prestados por provedores nacionais ou estrangeiros, em favor de consumidores italianos²⁴⁴. Contudo, para que uma empresa prestadora desses serviços seja sujeita ao imposto, ela deve apresentar uma receita global superior a 750 milhões de euros, e uma receita derivada de

²³⁹ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Tax Challenges Arising from Digitalisation** - Interim Report 2018. Paris: OECD Publishing, 2018. p. 140.

²⁴⁰ Cf. GODOI, Marciano Seabra de. Os tratados ou convenções internacionais para evitar a dupla tributação e sua hierarquia normativa no direito brasileiro. In: SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário** - Homenagem a Alcides Jorge Costa. Vol. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

²⁴¹ Disponível em: <https://economictimes.indiatimes.com/news/economy/policy/equalisation-levy-of-6-to-come-in-force-from-june-1/articleshow/52509757.cms?from=mdr>. Acesso em: 26 nov. 2019.

²⁴² OCDE, op. cit., p. 142.

²⁴³ LUDOVICI, Paolo. Taxing the Digital Economy: The Italian Digital Services Tax. In: PISTONE, Pasquale; WEBER, Dennis. **Taxing the Digital Economy: The EU Proposals and Other Insights**. Amsterdam: IBFD, 2019.

²⁴⁴ Ibid., p. 292.

território italiano superior a 5.5 milhões de euros. O imposto entrará em vigor a partir de 2020, e a previsão é de que sejam arrecadados 600 milhões de euros por ano²⁴⁵.

Enquanto isso, tanto a Espanha²⁴⁶ quanto a França²⁴⁷ encaminharam Projetos de Lei para instituição de um imposto de 3% sobre receitas de serviços digitais, seguindo os mesmos critérios de receita adotados pela Itália. O imposto francês foi sancionado em julho de 2019, com efeitos retroativos até 1º de janeiro deste ano, desencadeando uma investigação norte-americana por supostamente criar um tratamento discriminatório, e gerando tensões com o Presidente Donald Trump, que ameaçou sobretaxar os vinhos franceses em retaliação²⁴⁸. Em agosto de 2019, os dois países chegaram a um acordo, segundo o qual a França se comprometeu a cessar a cobrança do imposto caso a OCDE chegue a um acordo multilateral para reforma do sistema tributário até 2020, criando ainda mais pressão sobre a organização²⁴⁹.

Por fim, na última categoria encontram-se medidas tomadas para coibir práticas abusivas de BEPS, são regimes especiais que não estão realmente tentando mudar as regras de tributação internacional, mas simplesmente tentando “reduzir o prejuízo”. É o caso, por exemplo, do Imposto sobre Lucros Desviados (Diverted Profits Tax) do Reino Unido (também instituído nos mesmos moldes na Austrália), um tributo de 25% incidente sobre lucros que sejam considerados “desviados” por empresas não-residentes, sendo que o conceito de “lucros desviados” remete a hipóteses em que o contribuinte busca evitar de modo artificial a caracterização de um estabelecimento permanente.²⁵⁰

2.3.2. As diferentes visões e argumentos dos grupos de interesse que defendem mudanças nos padrões vigentes

Por fim, analisadas as medidas unilaterais adotadas e a necessidade de se propor reformas para o sistema tributário internacional, o Relatório de 2018 reconhece que será necessário apoio político para implementar qualquer que seja a proposta final de forma coordenada. Ocorre que conseguir um consenso global em relação às medidas a serem tomadas

²⁴⁵ Disponível em: <https://diginomica.com/italy-goes-it-alone-digital-services-tax-us-doesnt-find-it-bellisimo>. Acesso em: 26 nov. 2019.

²⁴⁶ Informações disponíveis em <https://www.computerworld.es/negocio/aprobado-el-anteproyecto-de-ley-del-impuesto-sobre-servicios-digitales>. Acesso em: 26 nov. 2019.

²⁴⁷ Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/tec/2019/03/franca-anuncia-imposto-digital-para-gigantes-do-vale-do-silicio.shtml>. Acesso em: 26 nov. 2019.

²⁴⁸ Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-europe-48945828>. Acesso em: 26 nov. 2019.

²⁴⁹ Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-49131301>. Acesso em: 26 nov. 2019.

²⁵⁰ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Tax Challenges Arising from Digitalisation** - Interim Report 2018. Paris: OECD Publishing, 2018. p. 149.

para reformar o sistema tributário internacional obviamente não é uma tarefa fácil, e por isso o Relatório passa então a analisar a divergência de visões entre os países do globo sobre o tema.

É natural que exista um grande conflito de interesses em se tratando de reformas profundas e significativas na divisão do poder de tributar a renda internacional, afinal os países ocupam posições distintas na dinâmica da globalização. A principal distinção comumente realizada é aquela apontada no capítulo anterior entre os países da “fonte” e da “residência”, sendo os primeiros países importadores de capital, contribuindo fortemente com seu mercado consumidor, enquanto os últimos são primordialmente países exportadores de capital, nações tecnológica e economicamente mais desenvolvidas que abrigam a residência efetiva (centro de decisões) das grandes multinacionais.

Uma vez que os países da “fonte” não se caracterizam como os principais locais de residência das multinacionais, a efetividade de sua tributação do lucro das grandes corporações não-residentes é muito dependente do conceito de Estabelecimento Permanente e da consequente atribuição de lucros ao mesmo. Conforme apresentado no tópico anterior, tratam-se dos princípios basilares do sistema tributário internacional, que se encontram sob a crítica de terem se tornado inteiramente inócuos com o advento da economia digital.

Assim, é evidente que esse grupo de países menos desenvolvidos tecnológica e economicamente tem grande interesse numa profunda reforma do sistema de tributação internacional como um todo, uma reforma que privilegie os poderes tributários dos países com grande mercado consumidor e importadores líquidos de capital. Por outro lado, no que tange às grandes empresas especificamente pertencentes ao setor digital, a maioria delas de capital norte-americano (Google, Amazon, Facebook e Apple), os Estados-Membros da União Europeia acabam também ocupando um relevante papel como países de fonte, e por isso também lutam por mudanças no sistema tributário tradicional.

Nesse sentido, partindo para a descrição dos *stakeholders* nesse debate internacional, o Relatório Provisório da Ação 1 de 2018 identifica três grupos conflitantes:

Um primeiro grupo de países advoga por uma autêntica reforma das bases de tributação internacional, questionando seriamente a utilidade de institutos tradicionais como o estabelecimento permanente e as regras de atribuição de lucro a tais estabelecimentos permanentes, visto que os rendimentos das multinacionais estão cada vez mais ligados a fatores de criação de valor imateriais e móveis. Esse grupo se aproxima da posição defendida pelos países importadores de capital, que são primordialmente considerados como a “jurisdição da fonte” e “países em desenvolvimento”. Embora tenha sido a digitalização da economia o fator

que desencadeou o ímpeto atual de revisão profunda da tributação internacional, na visão desses países o sistema tributário internacional sempre foi injusto com os países de fonte.²⁵¹

Esse grupo defende uma profunda e *imediata* revisão dos pilares do regime tributário internacional não apenas para as empresas digitais, mas para a economia em geral. Para esse grupo de países, em que a principal fonte de arrecadação do imposto de renda corporativo na economia atual é a tributação na fonte, o conceito atual de estabelecimento permanente é um grande problema na medida em que sua configuração é indispensável como elemento de conexão apto a legitimar a tributação nessas jurisdições, fato que por si só já evidencia o risco trazido pela economia digital:

Alguns destes países estão preocupados que um número cada vez maior de empresas pode estar envolvido na vida econômica de uma jurisdição de mercado (por exemplo através de um grande número de vendas, investimentos específicos para o mercado) com uma presença tributável que somente atrai uma base tributária mínima, ou até mesmo sem qualquer presença tributária.²⁵²

Por isso esse grupo de países advoga que fatores como a “presença digital” sejam levados em conta para ampliar a extensão do conceito de “estabelecimento permanente”, e também que as regras de atribuição de lucros a esses estabelecimentos permanentes sejam revistas, de modo a alargar e tornar efetivo o seu poder de tributar: “A base da tributação da renda corporativa dessas jurisdições é erodida ou perdida principalmente em razão das regras que definem os direitos tributários da fonte serem ineficazes na economia digital.”²⁵³. Sendo a economia digital cada vez mais a economia como um todo, porém digitalizada, é evidente que a preocupação desses países vai muito além da tributação das empresas pertencentes especificamente ao setor digital típico.

O segundo grupo de países apresenta uma visão menos radical, apoia a manutenção dos princípios basilares da tributação internacional mas aponta que o sistema atual é falho por não reconhecer a importância fundamental da participação ativa dos usuários em modelos de negócio altamente digitalizados. Assim, os desafios trazidos pela digitalização estão restritos a certos modelos empresariais específicos, sendo necessárias apenas mudanças setoriais nas regras já existentes. Uma diferença fundamental, como destacado no Relatório de 2018, é que

²⁵¹ ROCHA, Sérgio Andre. Old Bottles or New Bottles: Time to Break the Bottle! In Favor of Broader Source Country Taxing Rights. **Kluwer International Tax Blog**. jun. 2018b. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2018/06/20/old-bottles-new-bottles-time-break-bottle-favor-broader-source-country-taxing-rights/>. Acesso em: 26 nov. 2019.

²⁵² ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Tax Challenges Arising from Digitalisation** - Interim Report 2018. Paris: OECD Publishing, 2018. p. 172.

²⁵³ LI, Jinyan. **Protecting the Tax Base in a Digital Economy**. Research Paper No. 78, v. 13, n. 17, 2018, p. 484.

os países desse segundo grupo “rejeitam a ideia de que o país que contribui com o mercado consumidor, onde os bens e serviços de uma empresa estrangeira são fornecidos, possui um elemento de conexão suficiente para criação do nexu tributário”²⁵⁴.

Nesse sentido, os membros desse grupo defendem que a participação do usuário em certas atividades digitais possui uma relevância que merece atenção e regras tributárias especiais, defendendo assim uma mudança do sistema direcionada a esse setor específico. Desse modo, esse grupo não defende necessariamente uma maior atribuição geral de poderes aos países da fonte, mas tão somente mudanças específicas direcionadas aos novos modelos de negócio da economia digital. As ideias desse grupo claramente se aproximam com o que as nações europeias mais desenvolvidas defendem, países que historicamente sempre foram “jurisdições da residência”, e que passaram a depender cada vez mais da tributação da fonte com o crescimento exponencial de multinacionais digitais norte-americanas. Sendo assim, não é do interesse desses países mudar o sistema tributário internacional integralmente, mas tão-somente a parte que mais prejudica os seus interesses. Isso é claramente observável analisando as medidas unilaterais descritas no tópico anterior, em que fica nítido a preferência dos países europeus pela criação de impostos específicos para receitas do setor digital.

Corroborando essa ideia, o Ministro da Economia e Finanças da França, Bruno Le Maire, deixou clara a posição de seu país em coletiva de setembro de 2018, afirmando que “Nós queremos que o sistema de tributação internacional continue se baseando no local onde o valor é criado, é do interesse da França manter esse princípio, e não o princípio do destino”²⁵⁵. Ao mencionar o “princípio do destino”, Le Maire se refere ao conceito que geralmente rege a tributação sobre o consumo transfronteiriço, que dita que os produtos devem ser tributados no local onde são consumidos, onde são destinados, ou seja, as exportações devem ser isentas e as importações tributadas. Adotar o referido princípio no caso da tributação direta significaria um afastamento do “princípio da origem”, base tradicional da tributação da renda, que determina a tributação no local de produção e não de consumo.

Assim, justamente por rejeitar a importância do mercado na criação de valor em todo e qualquer ramo de negócio, os países desse segundo grupo são predominantemente países europeus economicamente desenvolvidos, que estão insatisfeitos com as regras atuais apenas no tocante às empresas do setor digital, que são majoritariamente estadunidenses.

²⁵⁴ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Tax Challenges Arising from Digitalisation** - Interim Report 2018. Paris: OECD Publishing, 2018. p. 172.

²⁵⁵ Cf. <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-daily/base-erosion-and-profit-shifting-beps/eu-member-states-remain-divided-over-digital-services-tax/2018/09/11/28dsk>. Acesso em: 26 nov. 2019.

Por fim, o terceiro grupo observado entende que os paradigmas atuais da tributação internacional ainda se mostram compatíveis com a nova realidade da economia digital, sendo que os problemas de abusos e dupla não-tributação foram ou estão sendo corrigidos com a aplicação das medidas exigidas pelas demais ações do Projeto BEPS, não sendo necessária qualquer reforma substancial imediata dos pilares da tributação internacional. Diferentemente dos grupos anteriores, esses países não concordam que a participação e os dados dos usuários de plataformas online possuem uma contribuição tão relevante para a criação de valor, seja no setor digital, seja nos demais setores econômicos. A preservação da tributação preferencial nos países de residência, limitando ao máximo o poder impositivo das jurisdições da “fonte”, parece ser a tônica desse terceiro grupo, o que o aproxima muito com a posição defendida pelos Estados Unidos da América, lar das maiores multinacionais do mundo, especialmente no setor digital.

Nesse sentido, o Secretário do Tesouro dos Estados Unidos, Steven T. Mnuchin fez a seguinte declaração dias após a divulgação do Relatório Provisório da OCDE de 2018:

Os Estados Unidos se opõem firmemente contra quaisquer propostas que buscam atingir empresas digitais. Algumas dessas empresas estão entre as maiores geradoras de emprego e crescimento econômico nos Estados Unidos. Impor novos e redundantes ônus tributários irá inibir o crescimento e prejudicar trabalhadores e consumidores. Eu apoio integralmente a cooperação internacional para abordar os desafios tributários mais amplos advindos da economia moderna e para ajustar o sistema internacional a um patamar adequado.²⁵⁶

Em consulta às respostas encaminhadas ao “*request for input*” da OCDE, previamente à publicação do Relatório Provisório, podemos identificar outros integrantes desse grupo, como o Conselho dos Estados Unidos para Negócios Internacionais (“*USCIB*”), um grupo independente criado em 1945 para representar as empresas americanas na então recém-criada Organização das Nações Unidas, que se manifestou nos seguintes termos:

A USCIB entende as preocupações pela erosão da base tributária e a pressão política para abordar tais problemas. Nós acreditamos, contudo, como explanado acima, que as medidas propostas no Relatório Final são todas profundamente falhas, motivo pelo qual nenhuma delas foi recomendada pela Task Force on the Digital Economy. Conforme a economia vem se tornando mais digitalizada, permitindo que pequenas empresas e start-ups compitam no mercado global, tais propostas irão efetivamente representar mudanças fundamentais em toda a tributação empresarial e criarão impedimentos significativos para o crescimento de empresas que não conseguirão arcar com os custos tributários e administrativos.²⁵⁷

²⁵⁶ Cf. <https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm0316>. Acesso em 30.12.2018

²⁵⁷ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Tax Challenges of Digitalisation** - Comments received on the request for input - Part II. Paris: OECD Publishing, 2017. p. 274. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-digitalisation-part-2-comments-on-request-for-input-2017.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

Seguindo o entendimento exposto acima, David Spencer tece inúmeras críticas às pressões internacionais dos países emergentes por uma revisão imediata dos direitos de tributar: “O sistema tributário internacional está constantemente em mudança, mas mudanças substanciais e resultados finais exigem um longo período de tempo. (...) uma mudança na direção de maior tributação na fonte não pode ser esperada da noite para o dia”.²⁵⁸

As Multinacionais americanas do setor digital, integrantes do Grupo da Economia Digital (“*DEG*”), como a Microsoft, Amazon, Google, Facebook, Twitter e outras, também se manifestaram de forma radicalmente contrária a iniciativas a favor de um novo “estabelecimento permanente”, ou de novos impostos visando alcançar empresas digitais, que foram mencionadas no Relatório Provisório de 2018, uma vez que tais medidas entrariam em contradição com a conclusão da própria OCDE de que não é possível separar e autonomizar a economia digital²⁵⁹. A Spotify, em particular, apresentou uma manifestação adicional, afirmando que “acredita que as ações BEPS 2 a 15, em particular a 3, 6, 7 e 8-10 conseguiram efetivamente remediar a erosão da base e a transferência de lucros através de planejamentos agressivos, que era o objetivo. O impacto de tais mudanças demorará um tempo para se tornar evidente”.²⁶⁰

Nota-se, assim, que esse grupo não é necessariamente contrário a toda e qualquer atualização das regras da tributação internacional diante dos avanços da economia digital, mas essa atualização deve ser cautelosa e aplicada a todos os ramos de negócio, devendo-se aguardar para observar os efeitos das demais ações implementadas a partir das outras ações do Projeto BEPS.

À época, o governo dos Estados Unidos havia manifestado seu apoio, junto à Força-Tarefa da Economia Digital na OCDE, junto a propostas que levem em conta a alta importância dos ativos intangíveis e do mercado consumidor não só no caso das multinacionais do setor digital (a grande maioria norte-americanas), mas também no caso das empresas multinacionais do setor da moda e cosméticos (a grande maioria empresas europeias). Em relação a tal postura,

²⁵⁸ SPENCER, David. BEPS: The Allocation of Taxing Rights. Part 1, 2 , 3 & 4. **Journal of International Taxation**, abr. 2018. p. 47.

²⁵⁹ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Tax Challenges of Digitalisation** - Comments received on the request for input - Part I. Paris: OECD Publishing, 2017. p. 144. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-digitalisation-part-1-comments-on-request-for-input-2017.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

²⁶⁰ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Tax Challenges of Digitalisation** - Comments received on the request for input - Part II. Paris: OECD Publishing, 2017. p. 235. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-digitalisation-part-2-comments-on-request-for-input-2017.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

que põe países como a França contra as cordas, a China tende a apoiar os interesses estadunidenses.²⁶¹ Conforme veremos no capítulo seguinte, a pressão política norte-americana vem dando certo, tendo sido elaborada uma proposta que representa o interesse desse grupo de países (a proposta dos “intangíveis de marketing”).

3. AS PROPOSTAS DE 2019

Após dois extensos Relatórios da Ação 1 do Projeto BEPS, em 2015 e 2018, analisando as características e diagnosticando os principais problemas trazidos pela economia digital, a OCDE publicou uma breve nota em 23 de janeiro de 2019, em que apresenta as diretrizes gerais para guiar o trabalho de elaboração de propostas concretas, estabelecendo dois pilares distintos a serem estudados. Além disso, em 13 de fevereiro de 2019²⁶², a OCDE publicou um novo documento, apresentando pela primeira vez as principais propostas que estão sendo discutidas pelo Marco Inclusivo. O documento acompanhou uma chamada para consulta pública, que abriu um prazo até 06 de março para que a sociedade civil e organizações em geral se manifestassem acerca das propostas apresentadas, recebendo mais de 200 *papers* em resposta²⁶³.

3.1. Os Pilares da Reforma e a Consulta Pública

Conforme demonstrado anteriormente, o Relatório Provisório de 2018, embora não tenha trazido nenhuma proposta concreta para ação imediata, serviu para aprofundar o diagnóstico acerca dos problemas para tributar a economia digital, analisando os modelos de negócio digitalizados mais comuns e encontrando três características principais compartilhadas por eles: *Escala sem Massa*, *Alta Dependência de Ativos Intangíveis* e *a Importância dos Dados, Participação do Usuário e sua Sinergia com Ativos Intangíveis*. Além disso, o documento analisou as medidas unilaterais adotadas mundialmente, e explicitou as diferentes visões que permeiam o debate sobre a necessidade de atualização do sistema tributário internacional.

²⁶¹ Cf. reportagem de Jack Schickler e Alex Parker. Disponível em: <https://www.law360.com/tax-authority/articles/1108265/google-vs-gucci-europe-confronts-its-global-tax-dilemma>. Acesso em: 26 nov. 2019.

²⁶² Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/oecd-invites-public-input-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>. Acesso em: 26 nov. 2019.

²⁶³ Todos os envios estão disponíveis no link: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>

Apesar das divergências, o documento concluiu que os membros do Marco Inclusivo (que atualmente conta com 131 países²⁶⁴) compartilham um interesse em comum na existência de um conjunto único de regras tributárias internacionais que sejam “relevantes e coerentes”, buscando promover eficiência econômica e bem-estar global²⁶⁵.

Para tanto, o Marco Inclusivo concordou em levar a cabo uma revisão coordenada dos dois principais aspectos do sistema tributário internacional vigente à luz dos impactos da digitalização, ou seja, as regras denexo e de alocação de lucros. Embora o Relatório de 2018 não tenha se comprometido a alterar fundamentalmente essas regras, até mesmo porque um dos principais *stakeholders* no debate não tem qualquer tanto interesse nisso, é certo que qualquer proposta para adaptar o sistema à Economia Digital precisa necessariamente passar por esses dois pontos de maior conflito do sistema, de modo que o simples comprometimento do grupo em estudar essas questões foi um sinal promissor.

O grupo se comprometeu a divulgar uma atualização dos trabalhos em 2019 e apresentar uma solução consensual até 2020, planejando aprofundar os estudos sobre a criação de valor nos novos modelos digitalizados e explorar diferentes opções para as regras de nexo e alocação de lucros. Também restou determinado que esse processo envolveria contribuições de empresas, da academia e da sociedade civil como um todo²⁶⁶, continuando o esforço iniciado no Projeto BEPS para incluir o máximo de partes interessadas possível.

Cumprindo com o cronograma planejado, em 23 de janeiro de 2019 a OCDE divulgou uma breve nota, denominada “Policy Note”²⁶⁷, informando que o Marco Inclusivo havia concordado em examinar propostas envolvendo dois pilares: o “Pilar Um” é focado nos “desafios mais amplos da economia digitalizada”, enquanto o “Pilar Dois” aborda problemas tradicionais “*exacerbados pela economia digital*” que ainda não haviam sido resolvidos pelas demais ações do Projeto BEPS, seguindo a mesma divisão que já havia sido realizada inicialmente no Relatório de 2015. O documento contém apenas 4 páginas e traz uma mera prévia das propostas que ainda seriam apresentadas.

O primeiro pilar estaria focado na análise das propostas que visam alocar uma maior parte do lucro tributável para a jurisdição do usuário ou do mercado, tendo o marco inclusivo se comprometido a analisar ideias de extensão do estabelecimento permanente, como as ideias

²⁶⁴ Atualizado até Julho de 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

²⁶⁵ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Tax Challenges Arising from Digitalisation** – Interim Report 2018. Paris: OECD Publishing, 2018. p. 166.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 212.

²⁶⁷ OCDE. **Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy** – Policy Note. Paris: OECD Publishing, 2019.

de criação de uma presença econômica ou digital significativa. Já no segundo pilar, o grupo busca combater situações de dupla não-tributação em operações multinacionais, propondo explorar medidas tributárias que permitam que uma jurisdição tenha a capacidade de tributar lucros que foram pouco ou nada tributados na outra jurisdição envolvida na operação internacional.

Poucas semanas depois da publicação da Policy Note, em 13 de fevereiro de 2019, a OCDE abriu uma Consulta Pública para receber comentários sobre possíveis soluções para adaptar o sistema tributário à digitalização da economia, divulgando um breve documento que detalhava as propostas “mais fortemente consideradas” pelo Marco Inclusivo. O objetivo da consulta, como informado pela própria OCDE, é “dar a oportunidade para que os stakeholders de fora possam contribuir cedo no processo, aproveitando os benefícios decorrentes”²⁶⁸.

No que toca ao relatório que acompanhou a consulta pública, não é exagero dizer que as propostas apresentadas alteraram significativamente o panorama dos debates sobre a economia digital. Apesar das propostas não terem sido muito detalhadas, o documento efetivamente confirma o desvio aparente da Ação 1 em relação ao propósito original mais restrito do Projeto BEPS, que era apenas consertar os defeitos do sistema que possibilitavam oportunidades para planejamentos agressivos. Agora, em especial com o “Pilar Um”, o objetivo explícito das novas propostas é realizar “(...) mudanças fundamentais tanto nas regras de nexos quanto de alocação de lucro, e expandir os direitos de tributação das jurisdições do mercado e do usuário.”²⁶⁹.

Assim, tomando por base as conclusões dos Relatórios anteriores, inclusive as três características dos novos modelos de negócios identificadas no Relatório de 2018, o *primeiro pilar* foca na alocação dos direitos de tributação, objetivando realizar uma “revisão coerente e simultânea das regras de nexos e de alocação de lucros”²⁷⁰, apresentando três propostas distintas para reformar a tributação da renda, duas delas inéditas em relação a todo o trabalho anterior da OCDE. Aqui percebe-se que o comprometimento feito em 2018 para uma reanálise das regras fundamentais do sistema internacional não foi em vão, sendo que as três propostas têm o mesmo objetivo: “reconhecer o valor que é criado pela atividade ou participação de um

²⁶⁸ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Public Consultation Document** – Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy. Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019b. p. 3. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

²⁶⁹ Ibid., p. 8.

²⁷⁰ Idem.

negócio nas jurisdições do usuário/mercado e que não é absorvido pelo esquema vigente de alocação de lucros”²⁷¹.

Já o segundo pilar, por sua vez, se resume a uma proposta de um imposto global mínimo inédito para grupos multinacionais, denominado “global anti-base erosion proposal” (GloBE), que na prática consiste em uma autorização ampla para que qualquer jurisdição possa tributar o rendimento recebido do exterior, ou enviado para fora, nos casos em que o tributo recolhido no estrangeiro for abaixo do mínimo estipulado.²⁷²

Desse modo, o foco do presente capítulo será nas três propostas que buscam promover um maior equilíbrio na divisão dos poderes de tributação entre as jurisdições de mercado e de residência, são elas: i) A Proposta de “*Participação do Usuário*”; ii) A Proposta dos “*Intangíveis de Marketing*”; e iii) A Proposta da “*Presença Econômica Significativa*”.

As propostas são claramente inspiradas pelas posições de cada grupo de *stakeholders* (até mesmo porque foram elaboradas por seus respectivos países representantes) e pelas medidas unilaterais adotadas até então, ambas analisadas no Relatório de 2018, como resume Adolfo Martín Jiménez:

O documento de consulta pública basicamente faz duas coisas: (1) ele pega as medidas desenvolvidas unilateralmente por diferentes Estados para tributar na economia digital (em paralelo ou como consequência do BEPS) que, em geral, prejudicaram a efetividade de tratados tributários de renda, e (2) propõe uma mudança (limitada) nos dois pilares dos tratados tributários como conhecemos (O princípio do Estabelecimento Permanente – artigo 5 e 7 do Modelo de Convenção da OCDE – e o princípio de arm’s length, artigo 9 do Modelo de Convenção da OCDE) por meio da introdução de novas regras de fonte/nexo.²⁷³

Além disso, é relevante destacar que cada uma das propostas se relaciona com uma das características dos novos modelos de negócio, que foram identificadas pelo Relatório Provisório de 2018.

Conforme demonstraremos adiante, a proposta de “*Participação do Usuário*” é claramente inspirada pela terceira característica, “*a importância dos dados*”, e justamente por isso é destinada somente para os modelos de negócio mais dependentes da participação do

²⁷¹ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Public Consultation Document** – Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy. Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019b. p. 8. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

²⁷² ENGLISCH, Joachim; BECKER, Johannes. **International Effective Minimum Taxation** – The GLOBE Proposal. 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3370532>. Acesso em: 26 nov. 2019.

²⁷³ JIMÉNEZ, Adolfo Martín. **Consulta Pública da OCDE**. In: OCDE. Public Comments Received on the Possible Solutions to the Tax Challenges of Digitalisation. Paris, 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>.

usuário. A proposta dos “*Intangíveis de Marketing*” se relaciona com a segunda característica, “*a importância dos intangíveis*”, o que acaba por também abranger os dados dos usuários. Por fim, a proposta da “*Presença Econômica Significativa*” busca ampliar o conceito de Estabelecimento Permanente, possibilitando que a tributação alcance empresas que não tenham presença física no país, que é a primeira característica identificada pelo Relatório de 2018, “*escala sem massa*”.

Iremos analisar cada uma delas em detalhe nos tópicos seguintes.

3.1.1. A Proposta de “Participação do Usuário”

A primeira proposta apresentada pela OCDE tem o objetivo de reconhecer o valor gerado pelas atividades produzidas por uma base de usuários engajada e ativa, um fator que não é levado em consideração pelo sistema tributário vigente no momento de alocar o lucro de multinacionais para determinadas jurisdições. Nesse sentido, a proposta reconhece que os métodos tradicionais de preços de transferência não reconhecem nenhum valor a ser alocado na jurisdição do usuário, sugerindo então a utilização de uma abordagem de divisão dos lucros (“profit split”) para os lucros residuais de empresas altamente digitalizadas. Por lucros residuais entende-se a parcela de lucro que não pode ser atribuída de acordo com os métodos tradicionais de arm’s length.

Assim como todo o Projeto BEPS, a proposta é inspirada pelo conceito de “*value creation*”, partindo do pressuposto de que na economia digital a participação ativa e contínua de usuários é um componente crucial para criação de valor em determinadas atividades digitais. Colocando em termos práticos, o Relatório de 2019 defende que: “As atividades e participação destes usuários contribuem para a criação da marca, a geração de dados valiosos, e o desenvolvimento de uma massa crítica de usuários que ajuda a estabelecer poder de mercado”²⁷⁴. Conforme demonstramos no capítulo anterior, esse é um posicionamento muito defendido pelas nações mais desenvolvidas da Europa, que estão insatisfeitas com a tributação das maiores multinacionais do setor digital.

Pela própria definição supracitada, fica claro que a proposta não foi desenhada para revolucionar as regras de alocação de lucros em todos os setores da economia, pelo contrário,

²⁷⁴ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Public Consultation Document** – Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy. Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019b. p. 9. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

trata-se da proposta com escopo mais limitado dentre as três. Isso porque a “*participação do usuário*” por si só nunca foi considerada um fator chave na criação de valor da economia tradicional; uma multinacional fabricante de automóveis não depende e nem possui uma base de usuários como a definida pelo Relatório, por exemplo. Em um recente *paper* sobre o assunto, a firma de advocacia global Gibson Dunn resumiu os principais modos pelo qual o Usuário participa da criação de valor:

- Geração de conteúdo: Alguns negócios digitais operam plataformas digitais que são inteiramente preenchidas por conteúdo gerado pelos seus usuários. É a natureza e quantidade desse conteúdo que está por trás da habilidade dessa empresa atrair usuários e gerar receita.
- Interação com a plataforma: Quanto mais os usuários permanecem na plataforma, maior a capacidade da plataforma gerar dados valiosos sobre os comportamentos, interesses e hábitos dos usuários através de sua monitoração.
- Efeitos de rede e externalidades: Para alguns negócios digitais, o valor que um usuário extrair da plataforma é diretamente relacionado com o número de outros usuários ativos presentes na plataforma. Os usuários ajudam a desenvolver essas redes através de seu envolvimento e ações que promovem conexões entre usuários.
- Contribuição para a marca: Em certos negócios digitais que intermediam atividades econômicas, usuários revisam e dão notas para o conteúdo ou serviços prestados por terceiros, algo essencial para que a plataforma regule o que irá disponibilizar.²⁷⁵

Desse modo, a proposta somente faz sentido para certos modelos de negócio altamente digitalizados, como, por exemplo: (i) Plataformas de mídias sociais; (ii) Mecanismos de busca; e (iii) Online marketplaces.

Assim, especificamente para o lucro residual dessas atividades econômicas, a proposta irá alterar as regras de atribuição de lucros, descartando a aplicação fria do *arm’s length standard* por entender que ele não reflete a alocação correta do valor criado pela participação do usuário²⁷⁶ (OCDE, 2019a, p. 10). A alocação desses lucros residuais irá seguir a abordagem dada pelo método do “profit split”, ou “non-routine”, que descrevemos no primeiro capítulo como um processo de duas etapas: (i) inicialmente, utiliza-se um dos métodos tradicionais de *arm’s length* para atribuir a remuneração que cada parte deveria auferir pelas suas contribuições não-únicas, apurando assim o “lucro rotineiro”, com base em operações comparáveis; e, em seguida, (ii) o lucro (ou prejuízo) que sobrar (residual) será alocado entre as partes envolvidas.

O documento também relata brevemente que a regra do nexos será revisada para permitir que as jurisdições dos usuários tenham o direito de tributar o lucro residual, independentemente

²⁷⁵ GIBSON DUNN. **Taxing the Digital Economy and Digital Service Tax Proposals Impacting the United Kingdom and the European Union**. Artigo publicado no site gibsondunn.com, 2019. Disponível em <https://www.gibsondunn.com/taxing-digital-economy-and-digital-service-tax-proposals-impacting-the-uk-and-eu/>

²⁷⁶ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Policy Note**. Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019.

de qualquer presença física. Contudo, não são fornecidos mais detalhes sobre como a regra funcionaria.

Desse modo, as empresas altamente digitalizadas que se encontrem dentro do escopo da nova regra denexo e de participação do usuário deverão primeiramente calcular qual o seu lucro residual, o que poderá ser feito por exclusão após já ter sido realizada a alocação dos lucros rotineiros através de métodos tradicionais de *arm's length*. Uma vez apurado esse valor, seguindo as regras tradicionais previstas nos *Guidelines* da OCDE, será calculado a proporção do lucro residual que se refere ao valor criado pelas atividades dos usuários, seja através de informações quantitativas ou de uma simples porcentagem pré-fixada. Por fim, o lucro apurado será realocado entre as jurisdições em que a empresa possui usuários, com base em uma métrica consensual de alocação, tomando como base, por exemplo, a receita auferida em cada jurisdição.

É evidente a relação entre essa proposta e os interesses do segundo grupo de *stakeholders* analisados no tópico anterior, composto pelas potências europeias, na medida em que o escopo altamente limitado acaba mirando exatamente nas gigantes do setor digital, principalmente as multinacionais americanas que compõem o grupo GAFA (Google, Amazon, Facebook e Apple). Confirmando essa relação, é relevante ressaltar que a proposta foi idealizada e apresentada pelo Reino Unido.²⁷⁷

3.1.2. A Proposta dos “Intangíveis de Marketing”

A segunda proposta também visa alterar as regras de nexoe alocação de lucro, mas ela não se restringe apenas a alguns negócios digitalizados, sua aplicação tem um escopo muito mais amplo, abarcando a economia como um todo. Seu funcionamento é praticamente idêntico ao da proposta da participação do usuário, o mesmo método de divisão dos lucros residuais seria utilizado para alocação dos lucros, a única diferença é que essa proposta irá utilizar de uma métrica consensual que considere as jurisdições que a empresa possui intangíveis de marketing. A proposta também contém a promessa de revisão da regra do nexoe de modo a permitir que as jurisdições onde estejam localizados os intangíveis de marketing tenham direito a tributar o lucro residual, independentemente de qualquer presença física.

²⁷⁷ BÁEZ, Andrés; BRAUNER, Yariv. **Taxing the Digital Economy Post BEPS ... Seriously**. University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 19-16, 2019. p. 47. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3347503>. Acesso em: 26 nov. 2019.

Nesse sentido, a grande diferença entre as duas propostas é o critério de alocação do lucro residual, de “participação do usuário” para “intangíveis de marketing”. Por isso é essencial compreender o que são os intangíveis de marketing.

Segundo as guidelines para preços de transferências, editadas pela própria OCDE, a palavra “intangível” se refere a algo que não é um ativo físico, mas que pode ser propriedade de alguém, pode ser utilizado para atividades comerciais, e cujo uso ou transferência para terceiros seria remunerado em compensação.²⁷⁸

Dentro da matéria de “intangíveis”, faz-se a distinção entre aqueles de marketing e aqueles comerciais, sendo o primeiro assim definido pelo Glossário do Diretrizes da OCDE em matéria de Preços de Transferência:

“um intangível...que se relaciona com atividades de marketing, auxilia a exploração comercial de um produto ou serviço e/ou tem um valor promocional importante para o produto em questão. Dependendo do contexto, os intangíveis de marketing podem incluir, por exemplo, marcas registradas, designação comercial, listas de clientes, relacionamentos com clientes, e propriedade sobre dados de mercado e clientes que são utilizados ou auxiliam no marketing e na venda de bens ou serviços”.²⁷⁹

É uma definição vaga, mas a ideia é que os intangíveis de marketing, como a marca e o nome comercial, criam uma atitude positiva nas mentes dos consumidores da jurisdição de mercado, criando, assim valor²⁸⁰. O documento da OCDE distingue os intangíveis de marketing das “condições favoráveis de demanda” que porventura existam nas jurisdições de mercado, como a existência de uma população estável se beneficiando de uma economia bem-sucedida, fatores como esses não são relevantes para a atribuição de lucro pois eles existem independentemente de qualquer atitude da empresa, apenas os intangíveis de marketing são um reflexo da intervenção ativa na jurisdição.

Nesse sentido, o conceito de “intangível de marketing” vai além da mera propaganda e despesas promocionais, porém não é possível apresentar uma definição exata para o que seria ele. O documento da OCDE apresenta uma breve distinção entre os intangíveis de marketing e os intangíveis de comércio, como as patentes, argumentando que essas não teriam um link funcional intrínseco com as jurisdições de mercado, funcionando do mesmo jeito para qualquer local do mundo.

²⁷⁸ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017**. Paris: OECD Publishing, 2017. p. 249.

²⁷⁹ Ibid., p. 27.

²⁸⁰ Ibid., p. 12.

Contudo, os intangíveis de comércio também são igualmente difíceis de se distinguir. O Glossário das Diretrizes da OCDE em matéria de Preços de Transferência não chega a defini-los. A organização se refere a eles simplesmente como “um intangível outro que não seja de marketing”²⁸¹. O exemplo de um intangível comercial que a OCDE utiliza no documento de 2019, ao descrever a proposta para a economia digital, é uma patente utilizada na construção de um motor de carro, afirmando que o produto resultante terá a mesma eficiência, em termos de quilometragem, em um país como em outro, independentemente de quem o fez ou comprou²⁸², motivo pelo qual esse intangível não deve ter impacto na atribuição dos lucros residuais.

Ainda assim, é evidente que não há uma definição clara sobre o que seriam os intangíveis de marketing. A dificuldade de se distinguir esses intangíveis dos demais é uma das principais críticas lançadas contra a proposta, conforme veremos no tópico dedicado aos comentários e críticas da consulta pública. Contudo, para fins de ilustrar a dificuldade de se definir o que são intangíveis de marketing, tomaremos como exemplo a dúvida apontada pelo Professor Stephen E. Shay, da Universidade de Harvard, em seu “paper” comentando justamente a proposta em questão:

Não há uma linha clara entre intangível de marketing e intangível de comércio para os propósitos perseguidos. Considere o Iphone da Apple por exemplo. O investimento feito no design do celular é um intangível de marketing ou um intangível comercial direcionado à melhorar o desempenho do produto? Imagino que Tim Cook e Jony Ive devem argumentar convincentemente que grande parte do design foi direcionado para aumentar o interesse do consumidor em possuir o produto. Muitos designs são patenteados, mas muitos são protegidos por direitos autorais e registrados como marca também. A questão de intangível de marketing ou comércio não é relevante ou sustentável quando analisada ao longo de um grande espectro de situações.²⁸³

De todo modo, a proposta tem por objetivo dar valor a esses “intangíveis de marketing”, modificando as regras de tratados e preços de transferência para determinar que eles sejam alocados na jurisdição de mercado, e concedendo a esses países o poder de tributar a renda “*residual*” ou “*não-rotineira*” que seja associada a esses intangíveis e seus riscos, independentemente de existir uma presença física.

²⁸¹ Ibid., p. 30.

²⁸² ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Public Consultation Document** – Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy. Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019b. p. 12. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>.

²⁸³ SHAY, Stephen E., **Comment on Selected Aspects of Proposals in Public Consultation Document on Addressing the Challenges of the Digitalization of the Economy**. 2019. p. 4. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3349186>. Acesso em 27 nov. 2019.

Assim, uma vez criado o nexo entre uma jurisdição e uma entidade não-residente pelos intangíveis de marketing, a proposta prevê a utilização

Uma vez identificados os intangíveis de marketing pertencentes a cada jurisdição, a alocação de lucros tributáveis se dará nos mesmos moldes da divisão de lucros residuais da primeira proposta. Ou seja, primeiro deverão ser apurados os lucros residuais por exclusão, através da medição dos lucros rotineiros segundo as regras tradicionais de preços de transferência, e posteriormente uma proporção desses lucros residuais será realocada entre as jurisdições competentes. O procedimento é bem resumido por Oddleif Torvik:

Tanto a UPP (Proposta de Participação do Usuário) quanto a MIP (Proposta de Intangíveis de Marketing) parecem funcionar como uma camada secundária, ‘corretiva’, para as regras de alocação de lucros. Basicamente, a ideia é:

1. Manter a aplicação normal do princípio de *Arm’s Length*. As Regras de Preços de Transferência de 2017 da OCDE irão alocar os lucros totais de cada cadeia de valor individual (por exemplo, a nível de transação/produto/serviço) presente em cada jurisdição específica, de modo que:

(i) As entradas rotineiras da cadeia de valor recebem um retorno de mercado normal, e

(ii) A propriedade intangível de produção receberá os lucros residuais (caso existam), e

(iii) A propriedade intangível de marketing receberá os lucros residuais (caso existam).

2. A segunda camada ‘corretiva’ proposta (UPP/MIP) irá então *realocar*, em escala global, apenas os lucros totais agregados da propriedade intangível de marketing da categoria (iii). Esse lucro será distribuído entre todas as jurisdições de mercado em que a multinacional possui usuários ou propriedade intangível de marketing.

A metodologia do UPP/MIP pode ser descrita em duas etapas:

1. Determina-se a ‘base tributária dos Intangíveis de Marketing’ que será realocada. Preferencialmente, isso será a soma dos lucros da categoria (iii) da cada cadeia de valor de cada serviço/produto da multinacional em todas as jurisdições que pratica negócios.

2. A ‘base tributária dos intangíveis de marketing’ é então realocada entre todas as jurisdições de mercado em que a multinacional possui usuários/propriedade intangível de marketing, tomando por base parâmetros predeterminados (números de usuários, receita, etc.)²⁸⁴

Conforme havíamos explorado na proposta anterior, o método de divisão dos lucros residuais mira a realocação de uma parcela excedente de lucros, após a aplicação tradicional das regras de preços de transferência. Vale ressaltar que essa parcela residual de lucros pode nem existir, caso a empresa possua prejuízos significativos para redução de seu lucro. Desse modo, apesar do escopo mais abrangente, a proposta de “Intangíveis de Marketing” também

²⁸⁴ TORVIK, Oddleif. **Consulta Pública da OCDE**. In: OCDE. Public Comments Received on the Possible Solutions to the Tax Challenges of Digitalisation. Paris, 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>.

tem sua efetividade limitada do mesmo modo que a proposta de “Participação do Usuário”, uma vez que depende da existência de lucros residuais.

Assim, é evidente que se trata de uma proposta complexa. Além da distinção entre lucros rotineiros e não-rotineiros, a proposta ainda exige a identificação de quais seriam os intangíveis de marketing e qual seria a sua contribuição para a criação de valor. Entretanto, segundo reportagens da época, era a proposta com maior apoio político, o que pode ser um reflexo do fato de que: *“É bem conhecido que a proposta de ‘intangíveis de marketing’ foi desenvolvida e apoiada principalmente pelo Tesouro dos Estados Unidos”* (IBFD, 2019, p. 38). De fato, o escopo amplo da proposta, garantindo que se aplique para todos os setores econômicos e não atinjam somente as multinacionais americanas, mas que ao mesmo tempo não resulta em uma revolução total do sistema tributário, está totalmente em linha com as ideias defendidas pelo terceiro grupo de *stakeholders* descrito no tópico anterior.

3.1.3. A Proposta da “Presença Econômica Significativa”

Por fim, a última proposta se baseia diretamente na medida prevista na Seção 7.6 do primeiro Relatório da Ação 1, publicado em 2015 com o restante das recomendações do Projeto BEPS, a ampliação do “estabelecimento permanente”, também referido como “presença tributável”, para se desprender do requisito de presença física. Ou seja, a proposta reconhece que as regras tradicionais se tornaram completamente ineficazes na Economia Digital, em que empresas conseguem se envolver intensamente com a vida econômica de um determinado país sem manter qualquer presença física relevante, propondo, assim, que seja criada uma nova ficção jurídica para abranger as empresas que atuam de forma remota.

Para formação do nexu, a proposta segue exatamente os moldes estabelecidos em 2015, que previa a utilização de um fator de receita mais um fator digital ou de usuário. A diferença é que o documento de 2019 traz um pouco mais de concretude nesse quesito, listando seis hipóteses que poderão servir como esse fator adicional que evidencie uma interação proposital e contínua, são elas: (1) a existência de uma base de usuários e o input de dados relacionados; (2) o volume de conteúdo digital obtido pela jurisdição; (3) cobrança e coleta em moeda ou forma de pagamento local; (4) a manutenção de um site em língua local; (5) responsabilidade pela entrega final dos bens ou a prestação de serviços assistenciais após a venda, como reparos

e manutenção; e (6) Contínua atividade de marketing e promoção de vendas para atrair consumidores.²⁸⁵

Trata-se da proposta mais “revolucionária” dentre as três, uma vez que busca alterar fundamentalmente um conceito basilar e fundacional do sistema tributário internacional. Além de expandir significativamente o nexos que permite que a jurisdição de mercado tribute lucros empresariais, a regra para atribuição de lucros segundo a presença econômica significativa seguiria os moldes de um “fractional apportionment” sobre o lucro total da empresa.

O método se daria em três etapas sucessivas: inicialmente deve-se definir qual será a base tributária a ser dividida, seguida da determinação dos critérios de alocação utilizados para a divisão e, por fim, atribuir um peso a cada um dos critérios. Os critérios propostos seriam “vendas, ativos e funcionários”, incluindo usuários no caso de empresas em que eles contribuem de forma significativa na criação de valor.²⁸⁶

Apesar da descrição da proposta ser extremamente breve e sem qualquer detalhamento concreto, a OCDE sugere que a base tributária a ser dividida poderá ser o resultado da aplicação da taxa de lucro global de um grupo Multinacional sobre a receita (vendas) geradas em uma jurisdição em particular. Sendo assim, à primeira vista, a proposta da “presença econômica significativa” aparenta ter o potencial de realizar uma alteração muito mais significativa na divisão mundial das competências tributárias do que as propostas da “participação do usuário” ou de “intangíveis de marketing”. Isso porque, ao contrário das duas primeiras propostas, a presença econômica significativa prevê uma realocação do lucro geral obtido em uma determinada jurisdição, e não apenas o lucro “*residual*” ou “*não-rotineiro*”, sendo assim a que mais se afasta dos métodos tradicionais de *arm’s length*.

Lembramos que o método de “Rateio Fracionário” é exatamente o mesmo que foi rejeitado pela OCDE no Relatório Final de 2015, em que a organização entendeu que sua aplicação seria muito trabalhosa uma vez que iria contra o sistema vigente de “*entidades independentes*”. Trata-se, portanto, de uma autêntica revolução (ou uma grande reforma) dentro do sistema.

²⁸⁵ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Policy Note**. Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019. p. 16.

²⁸⁶ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Policy Note**. Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019. p. 16.

3.1.4. A Proposta Anti Erosão de Base Global (GloBE)

Por fim, teceremos breves considerações sobre as principais características da proposta do Imposto mínimo global previsto pelo Pilar Dois do documento de fevereiro/março de 2019. A Proposta GloBE parte do pressuposto que as medidas recomendadas no Projeto BEPS ainda não conseguiram capturar todos os riscos de que estruturas transfiram seus lucros para entidades sujeitas a baixa ou nenhuma tributação, especialmente quando os lucros são relacionados à exploração de intangíveis, que são tão relevantes na economia digital.²⁸⁷ Assim, motivada pela dificuldade em se obter um consenso nas propostas do Pilar Um e pelo risco real de que cada vez mais jurisdições adotem medidas unilaterais que discriminem especificamente o setor digital, a OCDE propõe uma solução multilateral que abrange todas as empresas que operam em nível internacional, efetivamente buscando garantir que todas sejam ao menos iguais por baixo e paguem uma quantia mínima de tributos.

É interessante destacar, e talvez essa seja a característica que mais aproxime a proposta com o tema do presente trabalho, que a OCDE apresenta a proposta GloBE como uma solução ideal para auxiliar a situação fiscal de países em desenvolvimento (considerados pela OCDE como todos os países com exceção do Japão, Estados Unidos, Canada, Australia, Nova Zelândia e todos os países europeus²⁸⁸):

Alguns estudos descobriram que, em países em desenvolvimento, incentivos fiscais podem ser redundantes na atração de investimentos. A renúncia de receitas por incentivos também reduz as oportunidades para os tão-necessários gastos públicos em infraestrutura, serviços públicos e assistência social, e pode dificultar os esforços desses países em mobilizar recursos domésticos. Existem evidências de que os incentivos fiscais concedidos por países em desenvolvimento são frequentemente o resultado do confronto desses governos com as pressões empresariais para tais incentivos. Dependendo de seu desenho final, a proposta GloBE pode efetivamente blindar os países em desenvolvimento da pressão de conceder incentivos fiscais, e assim ajudá-los a melhor mobilizar seus recursos domésticos, garantindo que eles consigam efetivamente tributar os rendimentos provenientes dos investimentos feitos em seus países.²⁸⁹

De fato, conforme apontamos no início do capítulo, é notável uma queda global na tributação corporativa a partir de 1980, momento em que também é observada a expansão dos

²⁸⁷ Ibid., p. 24.

²⁸⁸ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Developed, Developing Countries**. Glossário de Termos Estatísticos, 2005. Disponível em: <https://stats.oecd.org/detail.asp?ID=6326>. Acesso em 27 nov. 2019.

²⁸⁹ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Public Consultation Document** - Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy. Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019. p. 26. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>. Acesso em 27 nov. 2019.

paraísos fiscais, dos regimes de tributação favorecida e dos planejamentos tributários agressivos e abusivos. Nesse contexto, em que as empresas multinacionais se tornam cada vez mais móveis e poderosas, a concessão de condições tributárias mais benéficas se tornou imprescindível para que qualquer jurisdição conseguisse atrair e motivar investimento. Apesar de isso ter sido um fenômeno global, a preocupação da OCDE parece ser maior em relação aos países em desenvolvimento em razão dos “tão-necessários gastos públicos em infraestrutura, serviços públicos e assistência social”, o que implica que esses países são mais pressionados em razão das necessidades mais imediatas de receitas:

A situação de países da África Sub-Saariana (e em geral em países de baixa renda de outras regiões) pode ser explicada pela contínua pressão que a competição fiscal exerce sobre o erário, porque países de baixa e média renda não possuem os recursos administrativos para estabilizar suas receitas. Assim, o que se observa em países de baixa e média renda é próximo à previsão econômica de uma ‘corrida ao fundo do poço’.²⁹⁰

Essas observações são reforçadas por estudos econômicos sobre o tema, que apontam que países de baixa e média renda são mais dependentes das receitas da tributação corporativa, medido em porcentagem da receita total, do que países de alta renda, o que significa que são também mais vulneráveis à pressão vinda da competição fiscal.²⁹¹

Por esses motivos, a OCDE considera a proposta de um imposto mínimo como um meio para restaurar a soberania tributária dos países em desenvolvimento, neutralizando a influência tributária sobre a escolha do local de investimento, e assim permitindo que esses países definam suas alíquotas conforme considerem adequado, sem sofrer pressões internacionais pela atração de investimentos.

A Proposta GloBE consiste em dois elementos distintos:

1. Uma *regra de inclusão de rendimentos* que permite à jurisdição da matriz ou controladora a tributar os rendimentos de uma filial estrangeira ou de uma entidade controlada se essa mesma renda estava sujeita a uma baixa alíquota efetiva de tributação em sua respectiva jurisdição de estabelecimento ou residência; e
2. Um *imposto sobre pagamentos que erodem a base* que funcionaria rejeitando as deduções ou cláusulas de exclusões em tratados para certos pagamentos, a não ser que o pagamento tenha sido sujeito a uma alíquota efetiva de tributação superior ao patamar mínimo.²⁹²

²⁹⁰ QUAK, Evert-Jan. **The impact of international tax competition on low and middleincome countries.** Institute of Development Studies. Reino Unido, 2018, p. 9 Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5bae3e70e5274a3df7c74435/Impact_Tax_Competition_LMICs.pdf

²⁹¹ Ibid., p. 4.

²⁹² ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Policy Note.** Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019. p. 25.

O primeiro elemento funcionaria como um complemento às Regras CFC (e, por consequência, às recomendações da Ação 3), e é inspirado pela reforma tributária estadunidense (“Tax Cuts and Jobs Act” – Public Law 115-97), que introduziu seu próprio regime de tributação mínima global sobre a GILTI (Rendimentos Globais de Intangíveis Pouco Tributados). O GILTI consiste em uma tributação de 10,5% (metade da alíquota do IRPJ de 21%) incidente sobre todos os rendimentos derivados de intangíveis auferidos por subsidiárias estrangeiras de empresas americanas, sendo concedida isenção do imposto para os primeiros 10% de retorno sobre os ativos, benefício que funcionaria como um incentivo para expansão dos investimentos no exterior²⁹³. O detalhe é que embora a legislação permita que o creditamento dos tributos pago no exterior sobre os rendimentos de intangíveis, o aproveitamento de crédito é limitado a 80% do imposto pago, de modo que, na prática, o GILTI cria uma tributação mínima desses rendimentos de 13,5% (já que o creditamento de 80% desse montante resultaria no aproveitamento de 10,5%, efetivamente anulando a tributação norte-americana do GILTI).

Assim, seguindo a estrutura do GILTI, a lógica por trás da GloBE é simples, a partir do momento em que se permite que o país de residência da empresa controladora tribute todos os rendimentos “*pouco tributados*” de suas filiais estrangeiras, está-se efetivamente neutralizando os incentivos para que essas empresas criem estruturas societárias que transfiram lucros para jurisdições de baixa tributação, uma vez que não importa para qual jurisdição o lucro seja enviado, a empresa será sujeita a uma tributação mínima global.

Assim, se por um lado o primeiro elemento é focado em expandir a competência tributária das jurisdições de residência de empresas controladoras, o segundo elemento busca proteger as jurisdições da fonte contra pagamentos enviados ao exterior que erodem a base tributária doméstica, funcionando através da criação de duas regras:

Uma *regra de pagamentos pouco tributados* que irá negar uma dedução para um pagamento a uma empresa relacionada caso esse pagamento não esteja sujeito a uma tributação à alíquota mínima; e

Uma *regra subject to tax* em tratados tributários que irá restringir certos benefícios fiscais à condição de que o outro Estado Contratante tribute suficientemente um item de rendimento.²⁹⁴

²⁹³ CLAUSING, Kimberly A., **Profit Shifting Before and After the Tax Cuts and Jobs Act**. 2019. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3274827>

²⁹⁴ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Policy Note**. Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019. p. 27.

As duas regras serão aplicadas em conjunto, sendo a segunda aplicável no caso de pagamentos intragrupo que se enquadrem nos artigos 7, 9, 10, 11, 12, 13 e 21 do Modelo de Convenção da OCDE²⁹⁵, que são hipóteses em que o direito de tributar é concedido ao país de residência da empresa. Assim, caso o rendimento não seja suficientemente tributado, o país da fonte seria então autorizado a tributá-lo. A primeira regra, por sua vez, envolve um teste para verificar se determinado rendimento foi tributado a uma alíquota mínima. Para calcular a alíquota efetiva incidente sobre determinado de rendimento, o país deverá contabilizar qualquer retenção imposta, inclusive aquela que for resultado da própria aplicação da segunda regra, de *subject to tax*²⁹⁶.

O critério para determinar qual será a alíquota mínima e como ela será expressa é central e ainda é uma discussão em aberto, estão em jogo propostas variadas como uma porcentagem fixa, uma porcentagem em relação à alíquota do imposto sobre a renda de pessoas jurídicas em cada país, e outras opções com o objetivo de simplificar o procedimento.²⁹⁷

3.1.5. O Programa de Trabalho da OCDE

Após as propostas terem sido lançadas ao escrutínio da sociedade civil, a OCDE publicou um novo documento em 29 de maio de 2019, denominado “Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy”, informando sobre o progresso dos estudos e a programação dos trabalhos futuros. A organização manteve a promessa de entregar uma solução consensual de longo-prazo em 2020, mesmo reconhecendo que é um cronograma “ambicioso”²⁹⁸, isso porque a agilidade é necessária para impedir que as jurisdições insatisfeitas com o sistema atual promovam (ainda mais) medidas unilaterais para abordar a economia digital:

Um dos pontos focais de insatisfação se relaciona com o modo que as regras atuais denexo e alocação de lucros tratam a habilidade de empresas, em certas situações, participarem na vida econômica de uma jurisdição sem uma presença física

²⁹⁵ São, respectivamente, as Cláusulas sobre Lucros Empresariais, Empresas Associadas, Dividendos, Juros, Royalties, Ganhos de Capital e Outros Rendimentos.

²⁹⁶ OCDE, op. cit., p. 27.

²⁹⁷ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Public Consultation Document** – Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy. Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019b. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>. Acesso em 27 nov. 2019.

²⁹⁸ Ibid., p. 7.

significativa ou associada. [...] Essa insatisfação criou um imperativo político para agir em um número significativo de jurisdições.²⁹⁹

Para tanto, a OCDE dividiu o trabalho a ser realizado em três caminhos distintos:

O “*steering group*”³⁰⁰ do Marco Inclusivo ficará encarregado de alcançar um consenso por uma abordagem unificada em relação ao Pilar Um, e pelos elementos chave do design da proposta do GloBE do Pilar Dois. Os órgãos subsidiários do Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE darão contribuições técnicas sobre problemas pontuais que surgirão ao longo dos trabalhos, são eles os *Working Party 1* (responsável pelos trabalhos nos tratados), *2* (responsável pela coleta de dados e análise econômica e estatística), *6* (responsável pelas orientações de preços de transferência), *11* (responsável pelo desenvolvimento de medidas coordenadas para atacar o planejamento tributário agressivo) e a *Força Tarefa da Economia Digital*, que continuará dando apoio ao *steering group*. Por fim, o secretariado da OCDE, órgão liderado pelo Secretário-Geral e composto por mais de 3.000 especialistas (economistas, advogados, cientistas, analistas políticos, sociólogos, etc.) que dialogam com os “policy makers and shapers” de todo o mundo, ficou responsável pela coleta e análise de dados e informações para apoio do trabalho das comissões da organização, sendo encarregado de elaborar uma análise econômica que avaliasse os impactos das propostas de ambos os pilares.³⁰¹

Não há um cronograma específico para cada uma das tarefas, que são muito interligadas e provavelmente serão desenvolvidas em paralelo, contudo, a OCDE já projetou que o *steering group* alcance um mínimo consenso sobre o esboço da proposta até o começo de 2020. A tarefa de se chegar a um *esqueleto* de proposta final concordado por todos os membros do Marco Inclusivo certamente é a mais complicada, considerando todo o conflito de interesses políticos em jogo. De todo modo, o novo documento da OCDE apresenta as principais questões técnicas que terão de ser resolvidas pelo *steering group*, dividindo-as em três blocos principais:

- As diferentes abordagens para determinar a porção do lucro que será sujeita a uma nova imposição tributária e a alocação desse lucro entre as jurisdições.
- O esboço de uma nova regra de nexos que capture o conceito atual de presença empresarial em uma jurisdição de Mercado refletindo a transformação da economia, e não restrita por um requerimento de presença física.

²⁹⁹ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Public Consultation Document** – Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy. Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019b. p. 7. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>. Acesso em 27 nov. 2019.

³⁰⁰ Órgão do Marco Inclusivo que ajuda a orientar as discussões e atividades do grupo, composto por representantes de diferentes países e economias. A lista completa da composição atual do Steering Group pode ser consultada em: <https://www.oecd.org/tax/beps/steering-group-of-the-inclusive-framework-on-beps.pdf>.

³⁰¹ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Tax Challenges Arising from Digitalisation** – Interim Report 2018. Paris: OECD Publishing, 2018.

- Os diferentes instrumentos para garantir a implementação total e a administração eficiente dessa nova imposição tributária, incluindo a efetiva eliminação da dupla tributação e a resolução de disputas tributária.³⁰²

Os pontos são desmembrados em detalhes, mas todos acabam caindo em questões de viabilidade técnica. De todo modo, os questionamentos são baseados nas críticas e comentários apresentados na consulta pública da OCDE, motivo pelo qual iremos analisar em seguida, de forma concomitante, os principais pontos levantados pelos *papers* e os obstáculos para implementação das propostas.

3.2. As Reações e Críticas às Propostas do Marco Inclusivo

Conforme já citado anteriormente, a OCDE recebeu mais de 200 *papers* na Consulta Pública aberta no início de 2019, abrangendo comentários enviados pelas mais variadas entidades, desde as gigantes do setor digital, multinacionais diversas, organizações especializadas e especialistas sobre o tema.

Em virtude do volume de contribuições, provindas das mais variadas fontes, a análise aqui desenvolvida irá focar nos *papers* de entidades consideradas como mais relevantes, seja por serem *stakeholders* chave do processo, ou pela reconhecida participação ativa na discussão da economia digital. Os *papers* analisados serão aqueles do: Digital Economy Group (DEG)³⁰³, Beps Monitoring Group (BMG)³⁰⁴, Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)³⁰⁵, International Chamber of Commerce (ICC), The International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), Eva Escribano³⁰⁶, Itai Grinberg³⁰⁷, Kevin Lee³⁰⁸ e Adolfo Martin Jiménez³⁰⁹. Além dessas contribuições, menções ocasionais serão feitas aos *papers* de outras entidades para insight em suas posições específicas, sendo o caso dos comentários da Uber, Spotify, Johnson & Johnson, etc.

³⁰² ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Public Consultation Document** – Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy. Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019b. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>. Acesso em 27 nov. 2019.

³⁰³ Coalizão informal das principais empresas do setor digital, que abrange a Airbnb Inc, Amazon.com Inc, Expedia. Inc, Facebook. Inc, Alphabet. Inc, Netflix. Inc, Microsoft Corporation, RELX PLC., Salesforce.com Inc, Spotify AB e Twitter. Inc.

³⁰⁴ Rede de especialistas em vários aspectos de tributação internacional, formada por várias organizações da sociedade civil incluindo a Aliança Global de Justiça Tributária, Tax Justice Network e a OXFAM.

³⁰⁵ Federação das Indústrias Alemãs, representando 40 associações industriais

³⁰⁶ PhD, Professora Assistente em Direito Tributário na Universidade Carlos III de Madri.

³⁰⁷ Professor de Direito no Centro Universitário de Direito de Georgetown nos Estados Unidos

³⁰⁸ Reitor da Escola de Contabilidade da Universidade de Comércio de Tianjin na República Popular da China

³⁰⁹ Professor de Direito Tributário da Universidade de Cádiz

Analisando os comentários apontados, podemos identificar cinco grandes questões que guiaram a maioria dos especialistas: i) O escopo das regras, especialmente a de “participação do usuário”, isola especificamente o setor digital (ring-fencing); ii) Qual a real contribuição dos usuários na criação de valor?; iii) A complexidade das novas regras de atribuição de lucros: como distinguir os lucros não-rotineiros e os intangíveis de marketing? iv) Qual a lucratividade e a carga tributária efetivamente recolhida pelas empresas do setor digital?; e v) As propostas representam o início de um afastamento do “*Arm’s Length Standard*”?

3.2.1. O escopo das regras, especialmente a de “participação do usuário”, isola especificamente o setor digital (ring-fencing)

Se há uma conclusão consensual possível de ser extraída dos comentários às propostas de 2019, é de que a proposta de “*participação do usuário*” discrimina de forma arbitrária o setor digital, contrariando o que a OCDE sempre pregou sobre tratar a economia digital como a economia como um todo.

Todos os *papers* concordam, em maior ou menor grau, que o escopo limitado da primeira proposta fere a neutralidade, um dos princípios gerais de tributação de Ottawa que mencionamos no capítulo anterior, que prega que a tributação deve ser neutra entre formas de negócios tradicionais e eletrônicos. O maior opositor da proposta relativa à “participação do usuário” certamente é o Digital Economy Group, que representa todas as gigantes do setor digital, com a notória exceção da Apple. Não há informações certas sobre quais são todos os membros do grupo, mas a Apple não está citada entre seus principais membros na primeira página do documento. O grupo afirma que:

A proposta de participação do usuário é de forma bem transparente uma proposta que discrimina um setor econômico para uma tributação diferente e especial [...] Sendo assim, nós acreditamos que a proposta de participação do usuário é fundamentalmente inadequada como uma abordagem de política tributária internacional porque ela adota o *ring-fencing*, contra a recomendação da OCDE no Relatório Final da Ação 1, traçando uma linha política arbitrária.³¹⁰

É claro que, no caso do DEG, a proposta de “*participação do usuário*” não é a única a que o grupo se opõe. Desde o início de seu documento, a coalizão das gigantes do setor digital

³¹⁰ DIGITAL ECONOMY GROUP. Comentários à Proposta da OCDE, p. 12. In: OCDE. **Public Comments Received on the Possible Solutions to the Tax Challenges of Digitalisation**. Paris, 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>.

deixa claro que entende não ser necessária nenhuma nova proposta no atual momento, sendo preferível aguardar os impactos das Ações do BEPS apresentadas em 2015. Seguindo essa linha, o DEG acredita que os Relatórios Finais de 2015, em especial o da Ação 7 (Estabelecimento Permanente) e o das Ações 8-10 (preços de transferência), já foram “reformas notáveis”³¹¹, que abordaram os problemas denexo e alocação de lucros, e que terão impactos mais significativos do que os órgãos fiscalizatórios acreditam. Além disso, o grupo critica até mesmo o pressuposto de que empresas digitalizadas pagam uma carga tributária efetiva muito menor do que empresas tradicionais, citando estudos que supostamente comprovariam o contrário, apenas para defender que nenhuma medida deveria ser tomada (abordaremos esse ponto especificamente no próximo item).

Vale ressaltar que a OCDE não se manteve omissa em relação aos possíveis impactos das demais ações do Projeto BEPS. Na Consulta Pública de 2019 a organização justifica a necessidade de promover mudanças fundamentais com base na ineficácia das recomendações anti-BEPS para capturar o valor criado pelas empresas digitais:

Isso pode ser facilmente demonstrado pelas medidas que já vem se desenvolvendo atualmente: Em resposta ao pacote BEPS (incluindo a Ação 7), alguns grupos multinacionais com modelos de negócios altamente digitalizados começaram a criar filiais locais em jurisdições de mercado, especialmente aquelas que constituem os maiores mercados do negócio. Entretanto, as filiais locais são normalmente estruturadas para não ter participação na propriedade dos ativos intangíveis, não realizar funções DEMPE, e não assumir quaisquer riscos relacionados a esses ativos. Assim, somente um nível modesto de rendimentos poderá ser atribuído a esses ‘distribuidores de risco limitado’. Sem que sejam realizadas mudanças nas regras de atribuição de lucros, um grupo multinacional pode tentar fugir do problema do nexo estabelecendo filiais locais que não farão jus a uma parcela adequada do lucro do grupo.³¹²

Compartilhando a posição do DEG, a Federação das Indústrias Alemãs (BDI) também denuncia a discriminação feita pela proposta de “participação do usuário”, se recusando sequer a comentar sobre ela: “Atividades econômicas estão em constante mudanças e qualquer distinção feita hoje pode levar a conflitos no futuro. Por isso, nós não iremos comentar mais sobre a proposta de participação do usuário, já que seu escopo é extremamente limitado”³¹³.

³¹¹ Ibid., p. 4.

³¹² ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Policy Note**. Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019a. p. 8.

³¹³ FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS ALEMÃS. Comentários à Proposta da OCDE, p. 7. In: OCDE. **Public Comments Received on the Possible Solutions to the Tax Challenges of Digitalisation**. Paris, 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>.

Do lado completamente oposto do espectro, temos o Beps Monitoring Group, composto por várias organizações que condenam os planejamentos agressivos de multinacionais e buscam um ideal de “Justiça Tributária”, sob o fundamento de que os grandes grupos empresariais não pagam a sua porção justa de impostos. Nesse sentido, talvez seja surpreendente notar que mesmo o BMG, que possui uma visão totalmente oposta do DEG e do BDI, também considera inadequada a proposta da “participação do usuário” uma vez que discrimina o setor digital: “(...) qualquer medida corretiva deve ser geral e não discriminar entre setores ou modelos de negócios. Mirar modelos de negócios que tiram renda da participação do usuário é claramente uma medida de isolamento”.³¹⁴

O International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), um dos centros acadêmicos mais respeitados mundialmente em matéria de tributação internacional, não foca muito na questão da discriminação, embora reconheça que a proposta de “participação do usuário” levante questões de potencial violação da neutralidade, motivo pelo qual a entidade opta por apoiar a proposta da “presença econômica significativa”, que seria a mais neutra dentre as três.³¹⁵

Adolfo Martín Jiménez, por sua vez, estende a preocupação com a neutralidade para além da proposta de “participação do usuário”, afirmando que a “presença econômica significativa” também infringe esse princípio de Ottawa:

De uma perspectiva de política tributária, as propostas de participação do usuário e presença econômica significativa podem ser criticadas porque ambas possuem uma falha fundamental; Elas só se aplicam para certos modelos de negócio altamente digitalizados (plataformas de mídias sociais, mecanismos de busca e marketplaces online no caso da proposta de participação do usuário; negócios que evidenciam uma interação proposital e contínua com uma jurisdição via tecnologia digital e outros meios automatizados, no caso da proposta da presença econômica significativa). É fácil criticar essas propostas como não-neutras já que elas se aplicam somente para alguns modelos de negócio e não outros, e por tentar discriminar principalmente empresas estrangeiras para recolher tributos delas.³¹⁶

³¹⁴ BEPS MONITORING GROUP. Comentários à Proposta da OCDE, p. 10. In: OCDE. **Public Comments Received on the Possible Solutions to the Tax Challenges of Digitalisation**. Paris, 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>.

³¹⁵ IBFD. Comentários à Proposta da OCDE. In: OCDE. **Public Comments Received on the Possible Solutions to the Tax Challenges of Digitalisation**. Paris, 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>.

³¹⁶ (JIMÉNEZ, Adolfo Martín. Comentários à Proposta da OCDE, p. 3. In: OCDE. **Public Comments Received on the Possible Solutions to the Tax Challenges of Digitalisation**. Paris, 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>.

Apesar da posição praticamente unânime contra a proposta, entendemos que a questão de “*ring fencing*” é algo que merece ser debatido. Ou seja, discriminar o setor digital é realmente um problema por si só? De um ponto de vista principiológico de Igualdade Material, não faltam exemplos em que a “discriminação” na verdade é um meio para se alcançar uma real equivalência entre partes que se encontram em situação desigual. Conforme alerta o Professor Wolfgang Schon, da Universidade de Munique:

Apesar do apelo contra o ‘ring-fencing’ da economia digital ser correto em termos gerais, não se pode ignorar que em algumas vezes é necessário fragmentar princípios gerais de tributação em casos específicos para atingir resultados práticos úteis. [...] Outro caso exemplar é a tributação de artistas, *entertainers* e atletas. De um ponto de vista geral, é possível afirmar que as regras de tributação internacional do Modelo da OCDE discrimina artificialmente esses contribuintes do tratamento padrão de empregados e trabalhadores autônomos. Apesar disso, as regras atuais de tributação de artistas, *entertainers* e atletas são amplamente aceitas, já que os conceitos tributários subjacentes não contradizem aqueles aplicados para casos mais genéricos. Eles simplesmente tentam implementar e ajustar os princípios gerais para uma situação específica do mundo real.³¹⁷

Considerando que o conceito subjacente à proposta da “participação do usuário” é a própria noção de “criação de valor”, que está por trás de todo o Projeto BEPS, reconhecer a importância específica que o usuário tem em certos modelos de negócio e adaptar os princípios para essa situação específica não nos parece que estaria, necessariamente, ferindo a neutralidade. Algumas objeções válidas para essa ideia seriam, por exemplo, negar o pressuposto de que os usuários contribuem na criação do valor, negando que eles possuem um papel diferenciado e inédito nos grandes modelos de negócios digitais, algo que será explorado no próximo item.

3.2.2. Qual a real contribuição dos usuários na criação de valor

Esse segundo ponto de discussão se relaciona com todas as propostas sobre a mesa, e, mais do que isso, com os pressupostos que guiam o Projeto BEPS como um todo. Trata-se do conceito de “criação de valor”, que está presente desde os primeiros Relatórios de 2015, e aparece como o objetivo final do Projeto: “A implementação do Pacote BEPS irá melhor alinhar a localização dos lucros tributáveis com a localização das atividades econômicas e a criação de

³¹⁷ SCHÖN, Wolfgang. **Ten Questions About Why and How to Tax the Digitalized Economy**. Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance No. 2017-11, 2017. p. 7. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3091496>. Acesso em 27 nov. 2019.

valor (...)”³¹⁸. A ideia consiste, basicamente, em identificar onde ocorre a “criação de valor” de uma determinada atividade econômica, atribuindo, assim, o poder de tributar para a jurisdição competente. O Relatório Provisório de 2018 abraçou inteiramente o conceito para fundamentar suas conclusões sobre a necessidade de se estudar reformas do sistema tributário. O capítulo 2.3, em especial, realizou uma análise dos processos de criação de valor, desde os mais tradicionais até os mais digitalizados.

A ideia de identificar os processos chave na criação de valor surgiu com o conceito de “*cadeia de valor*”, introduzido por Michael Porter como um instrumento para analisar como uma determinada empresa obtém vantagem competitiva, através de um exame sistemático de todas as atividades que ela pratica e como elas se interagem³¹⁹. Desse modo, a análise da cadeia de valor desagrega uma empresa, ou um grupo multinacional, em suas atividades mais estrategicamente relevantes: “Toda empresa é uma coleção de atividades que são desempenhadas para projetar, produzir, divulgar, entregar e sustentar seu produto”³²⁰. Através dessa ideia, chegou-se à conclusão que o valor é criado de dois modos: (i) oferecendo produtos diferenciados que justifiquem um preço mais alto; ou (ii) cortando gastos³²¹. Embora seja inegável a influência da concepção da cadeia de valor, a ideia foi submetida a muitas críticas, como por exemplo que o modelo criado não conseguia analisar a criação de valor da indústria de serviços, atividade econômica que se tornou cada vez mais predominante no Século XXI.

Surge então a ideia de “*Rede de Valor*”, que enfatiza a ideia de que um fator crítico para criação de valor é a rede de outros usuários que estão conectados, o valor é criado pela tecnologia que realiza a mediação entre usuários, desde serviços telefônicos até redes sociais³²². Por fim, um outro conceito é o “*mercado de valor*”, que se caracteriza pelo uso intensivo de uma tecnologia para resolver um problema específico, é o tipo de demanda que determina a intensidade das atividades. São exemplos dessa categoria tecnologia médica para diagnósticos e tratamentos, tecnologia laboratorial, desenvolvimento de softwares e até computação em nuvem.³²³

³¹⁸ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy**. Action 1 - 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015a. p. 5. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>. Acesso em 27 nov. 2019.

³¹⁹ PORTER, Michael E. *Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance*. New York: Simon and Schuster, 1985. p. 33.

³²⁰ *Ibid.*, p. 36.

³²¹ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Tax Challenges Arising from Digitalisation** – Interim Report 2018. Paris: OECD Publishing, 2018. p. 35.

³²² *Ibid.*, p. 38.

³²³ *Ibid.*, p. 40.

Apesar de ser comum que um único modelo de negócio abranja várias categorias distintas de criação de valor, nos parece que a grande importância colocada no usuário se relaciona muito com a segunda ideia de “*Rede de Valor*”. De fato, para uma rede social, por exemplo, é essencial promover a rede de usuários-para-usuários, quanto mais tempo é gasto pelos usuários, e mais conteúdo é produzido, maior o valor da oferta de propagandas na plataforma³²⁴. O foco da OCDE, portanto, é como valorar essa contribuição dos usuários para os modelos de negócio da economia digital e como garantir que a jurisdição deles tenha direito a tributar parte do lucro auferido pela monetização de sua participação.

A importância dos usuários é mais evidente na primeira proposta, que se baseia inteiramente nesse pressuposto. O principal opositor, evidentemente, é o DEG, que afirma que o debate político acerca de onde uma empresa será tributada deve se pautar sempre no local onde a empresa “por si própria” produz valor³²⁵. Apesar do grupo inicialmente estabelecer uma diferenciação entre o valor criado pela participação do usuário, que seria de “terceiros”, e o valor criado pela empresa, logo em seguida a argumentação parte para a ideia de que os usuários, por si próprios, não criam qualquer valor.

Como e onde as empresas altamente digitalizadas criam valor? Para o Digital Economy Group, o valor é criado do mesmo modo que as empresas tradicionais, “através de investimentos substanciais em seus funcionários e capital de risco”³²⁶. Assim, colocando em termos práticos, o grupo defende que os usuários não criam ou aumentam o valor de uma “marca”, é o investimento em marketing e propaganda que desenvolve isso; os dados dos usuários não criam valor por si só, é o processamento, agregação, estruturação e análise dos dados, que ocorre através de funcionários e ativos de hardware e software, que cria o valor; e, por fim, os usuários não “criam” o negócio, a mera quantidade de usuários ativos não significa nada, o desenvolvimento de uma base de usuários é um trabalho realizado pelos investimentos de uma empresa em seus próprios recursos, sejam humanos, capitais ou tecnológicos³²⁷. No mesmo sentido, o Spotify afirma que o fato de multinacionais se envolverem com usuários e consumidores sem estabelecer uma presença física não significa que o valor é criado nessas jurisdições de mercado.³²⁸

³²⁴ Ibid., p. 48.

³²⁵ DIGITAL ECONOMY GROUP. Comentários à Proposta da OCDE, p. 12. In: OCDE. **Public Comments Received on the Possible Solutions to the Tax Challenges of Digitalisation**. Paris, 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>.

³²⁶ Ibid., p. 3.

³²⁷ Ibid., p. 14.

³²⁸ SPOTIFY. Comentários à Proposta da OCDE, p. 8. In: OCDE. **Public Comments Received on the Possible Solutions to the Tax Challenges of Digitalisation**. Paris, 2019. Disponível em:

Contudo, caso se admita que a mera existência de usuários contribui para a criação de valor de uma empresa, o DEG argumenta que isso deve ser válido para todas as indústrias. O grupo cita alguns acadêmicos que corroboram sua ideia, sendo válido destacar a menção à Itai Grinberg, especialista que também apresentou seu comentário para a consulta pública. Em seu *paper*, Grinberg argumenta que se a participação do usuário é um conceito significativo, ele não pode ser racionalmente limitado para as tecnologias de comunicação e informação. O exemplo dado pelo autor, que é repetido pelo DEG, é o caso de estudos clínicos, que envolvem a disponibilização de medicamentos gratuitos para milhares de voluntários em troca de seus dados médicos e acompanhamento para fins experimentais, em que os resultados são então monetizados através da obtenção de patente pelo medicamento e customização dos produtos.

329

Seguindo essa última linha, o IBFD afirma que:

Entretanto, a participação do usuário também ocorre na economia tradicional. Muitas empresas não-digitais usam tecnologias digitais (ou outros instrumentos) para desenvolver uma base de consumidores, coletar dados de seus clientes ou entregar produtos e marketing altamente personalizados.³³⁰

Apesar de o IBFD não concordar totalmente com as propostas de “*participação do usuário*” ou “*intangíveis de marketing*”, curiosamente a entidade chega a propor expressamente a redação de novos artigos a serem incluídos na Convenção Modelo para os propósitos das duas propostas:

[Inserção no artigo 7 – Lucros Empresariais] “Quando uma empresa de um Estado Contratante desenvolver um modelo de negócio que permite a criação de valor através da contribuição ativa do usuário, o outro Estado Contratante pode tributar o valor adicionado por aqueles usuários à cadeia de valor das empresas. O valor adicionado deve ser levado em conta na determinação dos lucros da empresa no Estado Contratante em que é residente.”³³¹

[Inserção no artigo 9 – Empresas associadas] “Quando um Estado Contratante reconhecer a existência de valor criado por intangíveis de marketing, esse valor poderá ser tributado por esse Estado Contratante. O primeiro Estado Contratante irá evitar de tributar o valor criado por intangíveis de marketing e efetivamente tributado pelo outro Estado Contratante. O alívio concedido pelo Estado de Residência deverá ser

<http://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>.

³²⁹ GRINBERG, Itai. **International Taxation in an Era of Digital Disruption**: Analyzing the Current Debate. 2018. p. 5. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3275737>. Acesso em 27 nov. 2019.

³³⁰ IBFD. Comentários à Proposta da OCDE, p. 27. In: OCDE. **Public Comments Received on the Possible Solutions to the Tax Challenges of Digitalisation**. Paris, 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>.

³³¹ Ibid., p. 31.

condicionado à tributação efetiva pelo outro Estado Contratante. Isso irá aprimorar a equidade entre-nações sem permitir arbitragem.”³³²

Embora de fato seja inegável que o feedback de consumidores sempre foi utilizado para incremento da produção, entendemos que é correto o argumento de que a participação do usuário na economia digital tem uma relevância marcadamente distinta. Como apontado pelo Fisco Britânico, que é o idealizador da proposta da “*Participação do Usuário*”, negócios tradicionais podem até se utilizar de dados coletados de seus consumidores para melhorar os seus produtos, contudo o valor aqui é criado pelo próprio investimento que a empresa irá despender na melhoria do design e qualidade de seus produtos/serviços (HM Treasury, 2018). No caso dos novos modelos de negócios altamente digitalizados, como redes sociais e mecanismos de busca, simplesmente não haverá qualquer possibilidade de criação de valor sem a participação do usuário, que gera conteúdos próprios, promove o desenvolvimento da rede e fornece dados que serão a fonte principal de receita para essas empresas.

Por fim, vale ressaltar a perspectiva de Michael Devereux e John Vella, que abordam a questão por uma perspectiva totalmente distinta, afirmando que a questão do que cria ou não valor é irrelevante, já que o lucro não deve ser tributado onde o valor é criado, já que além de ser um conceito vago, a ideia leva a distorções econômicas e por isso não é defensável nem por uma perspectiva de eficiência nem de equidade³³³. Seguindo o pensamento exposto, os autores propõem medidas alternativas para a reforma do sistema, que iremos explorar mais adiante.

3.2.3. A complexidade das novas regras de atribuição de lucros: como distinguir os lucros não-rotineiros e os intangíveis de marketing.

O terceiro ponto se relaciona principalmente com as duas primeiras propostas, da “participação do usuário” e dos “intangíveis de marketing”, já que ambas preveem a utilização do *residual profit split* (RPS) como método para atribuir a receita tributável para as jurisdições do usuário/consumidor. Em relação à primeira controvérsia, o IBFD aponta que a abertura dos conceitos e a natureza continuamente evolutiva da economia digital pode gerar problemas quanto à caracterização do que seriam os intangíveis de marketing. A entidade sugere que seja

³³² Ibid., p. 40.

³³³ DEVEREUX; VELLA. Comentários à Proposta da OCDE, p. 2. In: OCDE. **Public Comments Received on the Possible Solutions to the Tax Challenges of Digitalisation**. Paris, 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>.

elaborada uma lista exaustiva de intangíveis de marketing, de modo que aqueles não listados sejam considerados intangíveis de comércio, ou vice-versa³³⁴.

De fato, a própria OCDE reconhece em seu documento que o cálculo do lucro “*não-rotineiro*” será um desafio:

26. Significant challenges exist in calculating non-routine profit across an MNE group, and there would be additional difficulties in trying to calculate non-routine profit at the level of an individual business line, e.g. where user participation is considered a material driver of value for one business line within a multi-business line group.³³⁵

O DEG, contudo, aponta que o principal problema não é determinar qual é o lucro não-rotineiro, já que os conceitos de *arm's length* e as regras de preços de transferência seriam suficientes para que empresas determinem qual o seu lucro rotineiro, sem especificar como isso se daria na prática. Curiosamente, a Spotify, que também é integrante do grupo, apresentou uma manifestação própria em que apresenta uma visão totalmente contrária: “Não há definição clara do que seria um retorno rotineiro ‘normal’ no regime tributário internacional atual, de modo que é necessário uma orientação urgente nesse aspecto”.³³⁶

De todo modo, para o DEG, o principal problema, portanto, seria identificar qual parte desse lucro não-rotineiro é oriundo especificamente de intangíveis de marketing. O grupo entende ser aceitável que uma abordagem de “justiça bruta” seja utilizada, presumidamente algo como a aplicação de um determinado percentual.

No mesmo sentido opina a Uber, que demonstra ser favorável à proposta apesar de ainda necessitar de refinamento: “A alocação do lucro não-rotineiro entre intangíveis de marketing e intangíveis tecnológicos será desafiadora. Primeiro, os intangíveis são inter-relacionados e interdependentes. Segundo, é difícil realizar uma comparação quantitativa.”³³⁷

³³⁴ (IBFD. Comentários à Proposta da OCDE, p. 41. In: OCDE. **Public Comments Received on the Possible Solutions to the Tax Challenges of Digitalisation**. Paris, 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>.

³³⁵ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Policy Note. Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019a. p.11.

³³⁶ SPOTIFY. Comentários à Proposta da OCDE, p. 10. In: OCDE. **Public Comments Received on the Possible Solutions to the Tax Challenges of Digitalisation**. Paris, 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>.

³³⁷ UBER. Comentários à Proposta da OCDE, p. 6. In: OCDE. **Public Comments Received on the Possible Solutions to the Tax Challenges of Digitalisation**. Paris, 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>.

Aqui também vale ressaltar que ainda não há uma definição acerca do escopo da divisão de lucros residuais, ou seja, se a regra será aplicada com base no lucro do grupo multinacional como um todo, ou se será aplicada separadamente por linhas de produção e regiões geográficas.

No último documento de 2019 (maio), a OCDE reconheceu a complexidade do método de divisão de lucros *não-rotineiros*, enfatizando que serão exploradas alternativas para simplificar sua aplicação. Para tanto, a organização se compromete a analisar os méritos na utilização das regras atuais de preços de transferências e de abordagens simplificadas para divisão dos lucros entre rotineiros e não-rotineiros, a avaliação de métodos simplificados levaria em conta possíveis *proxies* para determinação do lucro não-rotineiro.³³⁸

Embora o novo documento da OCDE também relate que irá estudar alternativas para simplificar a proposta da “presença econômica significativa”, entendemos que ela é a proposta conceitualmente mais simples das três, corroborando o argumento apresentado pelo IBFD:

Ao contrário dos outros dois, essa proposta não diferencia entre funções rotineiras e não-rotineiras (como a proposta de “Participação do Usuário” faz), ou entre intangíveis de troca e marketing (como a proposta de “intangíveis de Marketing” faz), assim removendo fontes de possíveis incertezas, disputas ou conflitos entre estados. Além disso, as autoridades fiscais poderiam focar somente nonexo e na alocação de lucros para o estabelecimento permanente, sem diferenciar entre atividades digitais e não-digitais.³³⁹

Desse modo, a questão da complexidade parece ser praticamente consensual, no sentido de que serão exploradas alternativas para simplificação do processo, ainda que seja sacrificada a precisão na apuração.

3.2.4. Qual a lucratividade e a carga tributária efetivamente recolhida pelas empresas do setor digital?

A questão da lucratividade é abordada em diferentes perspectivas. Por um lado as empresas do setor digital defendem que as propostas representam uma tributação excessiva, uma vez que essas empresas pagam uma relevante carga tributária e frequentemente são deficitárias.

³³⁸ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Public Consultation Document** - Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy. Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019b. p. 13. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>. Acesso em 27 nov. 2019.

³³⁹ IBFD, *op. Cit.*, p. 42.

Nesse sentido, o DEG deixa clara sua perspectiva de que seriam falsas as afirmações no sentido de que o setor digital tem uma carga tributária efetiva muito menor do que o tradicional, citando o estudo “*Corporate Tax Out of Control: EU Tax Protectionism and the Digital Services Tax*”, elaborado pelo Centro Europeu para a Economia Política Internacional (ECIPE), um centro de estudos independente e sem fins lucrativos. Na pesquisa realizada, concluiu-se que:

[...] a carga tributária efetiva (ECTRs) média de empresas conduzidas pela tecnologia e softwares ultrapassa a média de empresas tradicionais sediadas na Alemanha e Espanha. Ao mesmo tempo, a ECTRs média de empresas conduzidas por tecnologia e softwares são comparáveis à ECTRs média das empresas tradicionais sediadas na França, e é apenas ligeiramente menor do que a ECTRs média de empresas tradicionais sediadas nos Estados Unidos e Itália.³⁴⁰

Apesar da divergência acerca da real carga tributária arcada pelas empresas digitais, uma questão que certamente merece uma análise aprofundada, entendemos que isso é também uma questão irrelevante no contexto dos rumos da Ação 1 do Projeto BEPS. Isso porque, conforme relatamos no início do tópico, a missão que a OCDE se propôs a cumprir a partir de 2015 foi propor uma reforma no sistema tributário internacional, a fim de consertar os “*desafios mais amplos da economia digital*”. A Ação 1 efetivamente se despreendeu das motivações originais do Projeto BEPS, aqui o foco não é mais o planejamento tributário agressivo e a elusão fiscal de grandes grupos multinacionais, mas sim uma adaptação do sistema para reequilibrar a distribuição dos direitos de tributação, como afirmado de forma expressa na consulta pública: “Essas três propostas, que buscam ampliar a competência tributária da jurisdição do usuário ou mercado, serão discutidas em detalhe abaixo”.³⁴¹

Por outro lado, organizações acadêmicas defendem que as propostas seriam ineficientes em seu objetivo de realocar parte da renda tributável para a jurisdição de mercado, especificamente as propostas de “participação do usuário” e “intangíveis de marketing”. Isso porque ambas se utilizam do método de divisão de lucros para realocar apenas os lucros residuais (ou não-rotineiros), que são potencialmente inexpressivos para empresas digitais, especialmente as emergentes, devido aos grandes prejuízos fiscais arcados anualmente.

Digitalized business models often derive significant profits from market jurisdictions, which are offset significantly by costs or losses incurred outside such jurisdictions.

³⁴⁰ BAUER, Matthias. **Corporate Tax Out of Control: EU Tax Protectionism and the Digital Services Tax**. Bruxelas: ECIPE, 2019. p. 33.

³⁴¹ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Policy Note**. Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019a. p. 9.

Therefore, the IBFD Task Force on the Digital Economy expresses concerns as to the ability of two Proposals - namely "User Participation" and "Marketing Intangibles" - to make an effective allocation of taxing rights to the market jurisdiction. This concern is due to the fact that both were proposed to operate with a residual profit allocation to the market jurisdiction and may leave little or no profits for the market jurisdiction to tax.³⁴²

Assim, para garantir que a reforma do sistema leve a uma realocação significativa de lucro para a jurisdição do mercado, o IBFD entende que as propostas de “participação do usuário” e “intangíveis de marketing” não devem se restringir apenas ao lucro não-rotineiro, devendo ser aplicadas para todo o lucro da multinacional.

As críticas foram assimiladas pela OCDE, que reconheceu expressamente no novo documento de 2019 a importância de que as novas regras de alocação de lucros levem em conta tanto os lucros quanto os prejuízos, de modo que também sejam calculadas os “*prejuízos não-rotineiros*”. Embora também não sejam dados muitos detalhes, a organização se propôs a analisar um mecanismo intitulado ‘*earn out*’, que garantiria que os eventuais lucros apurados sejam sujeitos à tributação apenas depois que o prejuízo cumulativo de anos anteriores seja reduzido a zero pelos lucros subsequentes.³⁴³

Assim, não restam dúvidas de que a OCDE está ciente e irá adaptar o sistema de lucro residual para as empresas deficitárias. Contudo, essa atenção só reforça a ideia de que as novas propostas potencialmente não terão qualquer efeito prático, uma vez que muitas empresas do setor digital, especialmente start-ups, geralmente mantêm prejuízos fiscais por muitos anos, o que efetivamente reduziria qualquer possibilidade de “*lucro residual*” a ser realocado.

Curiosamente, vivemos em uma época em que empresas deficitárias atraem investimentos bilionários, um fenômeno somente visto durante a bolha da internet dos anos 2000, como apontado por uma recente reportagem do Financial Times de Junho de 2019:

No último mês, a oferta pública inicial de ações do Uber viu uma empresa digital que prevê perder \$5.4 bilhões esse ano alcançar um valor de mercado por volta de \$ 80 bilhões.

E não é a única empresa gravemente deficitária que lançou uma OPI em uma valorização multibilionária. A Lyft, concorrente principal da Uber no ramo de inovação no transporte pessoal, declarou um prejuízo líquido de quase \$ 1 bilhão no último ano, mas em Abril abriu uma OPI avaliando seu negócio em \$ 24 bilhões. Pinterest, o site que parece não fazer mais do que permitir que usuários colecionem fotos de mobílias confortáveis, conseguiu perder \$ 63 milhões no ano passado e lançou uma OPI estimada em \$ 12 bilhões nesta primavera. WeWork, um provedor de

³⁴² IBFD, *op. cit.*, p. 19.

³⁴³ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Public Consultation Document** – Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy. Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019b. p. 18. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>. Acesso em 27 nov. 2019.

escritórios de serviço mobiliados recentemente anunciou um prejuízo de \$ 264 milhões, e está atualmente considerando uma OPI estimada em \$ 47 bilhões.³⁴⁴

A questão de por que empresas altamente deficitárias atraem investimentos tão volumosos tem levado especialistas a questionar o próprio método atual de contabilizar os resultados empresariais, como destacado por Vijay Govindarajan, Shivaram Rajgopal e Anup Srivastava em seu artigo “*Why Financial Statements Don’t Work for Digital Companies*”:

No livro de 2016 *The End of Accounting*, o Professor da NYU Baruch Lev afirmou que ao longo de aproximadamente os últimos 100 anos, os relatórios financeiros tem se tornado menos úteis para decisões no mercado de capital. Pesquisas recentes nos permitem realizar uma afirmação ainda mais ousada: Os resultados contábeis são praticamente irrelevantes para empresas digitais. Nosso modelo atual de contabilidade financeira não consegue capturar o principal fator criador de valor para empresas digitais: *Os rendimentos crescentes em escala sobre os investimentos em intangíveis.* [...]

Em um artigo anterior, argumentamos que, em contraste com ativos físicos que se depreciam com o uso, os ativos intangíveis se valorizam com o uso. Considere o Facebook: seu valor cresce na medida em que mais pessoas usam seu produto porque os benefícios se acumulam para um usuário já existente com a chegada de cada novo usuário

Assim, é possível que a questão não seja adaptar a divisão de lucros residuais para empresas deficitárias, mas sim adaptar os registros contábeis para a realidade dos novos modelos de negócio da economia digital. Apesar de essa ser uma questão que merece um estudo aprofundado, assim como a discussão da real carga tributária arcada pelas empresas digitais, a matéria foge ao escopo do presente trabalho, motivo pelo qual não iremos desenvolver mais esse tópico, sendo relevante manter a menção para referências futuras.

3.2.5. As propostas representam o início de um afastamento do “Arm’s Length Standard”

Parece difícil não concordar, pelo menos em parte, com esse último ponto. Apesar de toda a resistência da OCDE a considerar meios alternativos ao Arm’s Length Standard, todas as novas propostas de 2019 incluíram, em maior ou menor grau, alguma espécie de fórmula para alocação de lucros. Como afirmado por Itai Grinberg: “Por fim, todas as propostas apresentadas no documento da consulta ultrapassam de forma explícita o arm’s length standard. Todos os fatos sugerem que não temos um status quo estável na alocação de lucros”.³⁴⁵

³⁴⁴ Disponível em: <https://www.ft.com/content/c5705ca2-605c-11e9-9300-0becfc937c37>. Acesso em 27 nov. 2019.

³⁴⁵ GRINBERG, Itai. **International Taxation in an Era of Digital Disruption: Analyzing the Current Debate.** 2018. p. 2. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3275737>. Acesso em 27 nov. 2019.

Conforme havíamos mencionado, a proposta da “presença econômica significativa” é certamente a mais revolucionária dentre as três apresentadas, adotando de forma expressa um método de “Rateio Fracionário” sobre todos os lucros, sem distinção, de uma empresa não-residente, o mesmo que havia sido descartado pela organização no Relatório de 2015.

O DEG, ao analisar essa última proposta, afirma explicitamente que: “a proposta da presença econômica significativa é essencialmente um *formulary apportionment* global”³⁴⁶, ou seja, o grupo aproxima a proposta à alternativa mais radicalmente contrária ao *arm’s length* standard, conforme já analisamos no capítulo anterior. Essa aparente contradição é ressaltada pela BDI, que destaca o fato da própria OCDE ter se manifestado anteriormente pela incompatibilidade do método por fórmulas com o sistema vigente:

Conceitualmente, a divisão dos lucros globais ou ‘combinados’ não pode mais ser chamado de uma ‘divisão dos lucros’ transacionais. É de fato um rateio formulaico global. Nas Regras de Preços de Transferência da OCDE de 2017, entretanto, o rateio formulaico global é expressamente rejeitado por não se adequar ao princípio de *arm’s length*. O documento ressalta que um rateio formulaico global ‘não seria aceitável em teoria, implementação ou na prática’.³⁴⁷

Monica Victor também acredita que a adoção do rateio fracionário seria “um passo importante para se afastar do princípio de *Arm’s Length*”³⁴⁸, no mesmo sentido afirma a Câmara Internacional de Comércio:

A proposta de presença econômica significativa, apesar de não ter sido detalhada de forma adequada, resultaria em algo similar a um *formulary apportionment* global [...] A ICC reconhece que a OCDE está olhando além do princípio de *Arm’s Length*, entretanto a proposta da presença econômica significativa iria eliminar esse padrão, o que seria inconsistente com as abordagens vigentes.³⁴⁹

Aqui vale ressaltar que não é somente agora que a OCDE começou a explorar alternativas ao *arm’s length* e seu princípio subjacente, as entidades independentes. Desde o Relatório Final de 2015 a organização deixa claro que considerar cada empresa de um grupo

³⁴⁶ DIGITAL ECONOMY GROUP, *op. cit.*, p. 16.

³⁴⁷ FEDERAÇÃO ALEMÃ DAS INDÚSTRIAS, *op. cit.*, p. 7.

³⁴⁸ VICTOR, Mônica. Comentários à Proposta da OCDE, p. 3. In: OCDE. **Public Comments Received on the Possible Solutions to the Tax Challenges of Digitalisation**. Paris, 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>.

³⁴⁹ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Comentários à Proposta da OCDE, p. 3. In: OCDE. **Public Comments Received on the Possible Solutions to the Tax Challenges of Digitalisation**. Paris, 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>.

como uma entidade independente pode não refletir mais a realidade do funcionamento de grupos multinacionais atualmente:

When the arm's length principle was initially devised, it was common that each country in which an MNE group did business had its own subsidiary with full functionality and carrying out a broad range of activities reflecting the group's business as a whole. This structure was dictated by a number of factors, including slow communications, currency exchange rules, customs duties, and relatively high transportation costs that made integrated global supply chains difficult to operate. With the advent of improvements in information and communication technology (ICT), reductions in many currency and custom barriers, and the move to digital products and a service based economy, these barriers to integration broke down and **MNE groups began to operate much more as single global firms.**³⁵⁰

Alessandro Samari reforça que a exploração de alternativas ao *arm's length* já vem sendo desenvolvida há alguns anos, tanto pela OCDE quanto pela Comissão da União Europeia:

Nesse sentido, é válido lembrar que, ainda que o princípio de *arm's length* tenha sido sempre o padrão para alocação de renda tributável entre diferentes países, em um passado recente, tanto a Comissão da União Europeia quanto a OCDE vem tentando considerar alternativas para esse princípio. De fato, em 2011, a Comissão da União Europeia publicou uma proposta de diretiva para uma Base Tributária Empresarial Consolidada Comum (CCTBB), em que afirmou que 'um obstáculo chave para o mercado único atualmente é o alto custo de se adequar às formalidades dos preços de transferência utilizando a abordagem *arm's length*. Além disso, o modo em que grupos altamente integrados se organizam indica fortemente que a precificação transação-por-transação com base no princípio de *arm's length* pode não ser mais o método mais adequado para alocação de lucros.³⁵¹

Corroborando com a visão acima, o BEPS Monitoring Group argumenta que o princípio das entidades independentes é completamente dissociado da realidade econômica atual: "Na realidade, o risco de uma empresa é arcado em última instância pelos seus acionistas, o que para um grupo empresarial significa os acionistas na entidade matriz última" (2019, p. 3). Por isso, prossegue o BMG, tratar filiais como se fossem independentes é um pressuposto impróprio e inseguro para alocar os lucros de uma multinacional, que por sua vez opera mundialmente como um único organismo, estrategicamente decidindo onde alocar seus riscos, intangíveis e outros ativos móveis para reduzir a carga tributária do grupo como um todo.

Embora as propostas de fato pareçam se afastar do *arm's length*, e possivelmente do princípio das entidades independentes, o IBFD mantém um posicionamento mais cético do que

³⁵⁰ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy**. Action 1 - 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015a. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>. Acesso em 27 nov. 2019.

³⁵¹ SAMARI, Alessandro. The OECD Public Consultation Document on Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy: Strengths and Weaknesses of the Three Proposals for Revising Profit Allocation and Nexus Rules. **International Transfer Pricing Journal**, v. 26, n. 4, 2019. p. 3.

os demais, afirmando que a introdução de fórmulas para divisão dos lucros empresariais na verdade representa um amálgama entre os dois sistemas, reconhecendo a possibilidade de um “prolongamento” entre o *Arm’s Length* e a repartição por fórmulas:

Assim, a Força Tarefa entende que talvez o debate sobre os desafios da alocação de lucros criados pela digitalização não representa o ocaso do *arm’s length standard*, mas sim a indicação de uma maior hibridização entre o *arm’s length standard* e abordagens por fórmulas³⁵².

Apesar disso, o IBFD ressalta que a “*presença econômica significativa*” é sua proposta preferida, principalmente por respeitar os princípios de tributação de Ottawa, em especial a neutralidade, simplicidade e equidade entre-nações³⁵³. Conforme exploramos no primeiro capítulo, a discussão acerca da adequabilidade do regime atual de preços de transferência é uma das questões mais debatidas no âmbito da tributação internacional, e será certamente um grande ponto de conflito nas discussões que serão conduzidas pela OCDE para reforma do sistema.

3.2. Iniciativas paralelas atualmente desenvolvidas

Inicialmente, apesar dessas propostas já terem sido descartadas em virtude da ausência de apoio, em março de 2018 a Comissão da União Europeia publicou duas propostas de diretivas para uma reforma localizada da tributação para a economia digital. A proposta 2018/0072³⁵⁴ estabelecia normas relativas à tributação direta das empresas com uma “presença digital significativa” nos países da União Europeia, enquanto que a proposta 2018/0073³⁵⁵ estabelecia um sistema comum para a criação de um novo imposto sobre as receitas da prestação, por grandes empresas multinacionais, de certos serviços digitais.

Vale ressaltar que a primeira proposta, apesar de seguir os moldes da “presença econômica significativa”, tem seu escopo claramente delimitado para empresas *digitais*, o que reflete os interesses e expectativas dos países da União Europeia. Para esse grupo de países, conforme exploramos na análise do Relatório Provisório de 2018, as alterações das regras que alocam os direitos de tributar entre as jurisdições de fonte e residência devem ser realizadas de modo seletivo e alcançando especialmente as empresas digitais, sem alterar as regras para

³⁵² IBFD, *op. cit.*, p. 17.

³⁵³ *Ibid.*, p. 42.

³⁵⁴ COMISSÃO EUROPEIA. **Procedure 2018/0072/CNS**. 2018a. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2018_72. Acesso em: 27 nov. 2019.

³⁵⁵ COMISSÃO EUROPEIA. **Procedure 2018/0073/CNS**. 2018. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2018_73. Acesso em: 27 nov. 2019.

definição do estabelecimento permanente (e alocação dos correspondentes resultados) para os demais ramos e setores de negócio.

Para serem aprovadas, as propostas exigiam o apoio da unanimidade dos 28 países da União Europeia. Alguns países se mostraram muito relutantes em aceitar a criação de um novo imposto específico para serviços digitais, como a Dinamarca, Finlândia, Irlanda, Malta e Suécia, que acreditam que a medida seja uma solução muito cara para atingir lucros muito pequenos³⁵⁶. Além disso, as propostas enfrentaram resistência por parte da Alemanha, que receava que a medida afetasse suas multinacionais do setor automobilístico³⁵⁷. Embora a União Europeia tenha optado por desistir das propostas e focar nas discussões no âmbito da OCDE, alguns países europeus decidiram agir de forma unilateral, como é o caso da Itália, Espanha e França que se organizam para instituir um Imposto sobre Serviços Digitais, como já explorado anteriormente.

Antes de explorar as propostas alternativas elaboradas para reforma do sistema, vale ressaltar que a própria OCDE já havia levantado ideias distintas antes das propostas de 2019, notadamente no Relatório Final de 2015 em que a organização mencionou ideias sobre a elaboração de um “Imposto sobre Bytes”, de um “Imposto de Equalização”, e um Imposto Autônomo Retido na Fonte, todos afastados atualmente.

Em relação ao primeiro, não há grandes surpresas. Embora ele tenha sido cogitado no Relatório de 2015, a ideia de um imposto sobre “bytes” transmitidos havia sido levantada pela primeira vez pela OCDE no relatório “Implementação dos Princípios Gerais de Tributação de Ottawa”, publicado em 2003, conforme vimos no início desse capítulo. A proposta já havia sido rejeitada no próprio documento de 2003, uma vez que seu escopo limitado aos “bytes” alegadamente infringia os princípios de Ottawa, notadamente a neutralidade³⁵⁸

A mesma observação vale para a segunda proposta, os impostos de equalização são criticados pela OCDE por mirarem setores específicos da economia. Isso não impediu que alguns países adotassem a medida, como mencionamos anteriormente no caso da Índia, que foi a pioneira na matéria e introduziu o seu próprio Imposto de Equalização logo em 2016, incidente exclusivamente sobre o setor digital.

³⁵⁶ Cf. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-daily/base-erosion-and-profit-shifting-beps/eu-member-states-remain-divided-over-digital-services-tax/2018/09/11/28dsk>. Acesso em 27 nov. 2019.

³⁵⁷ Cf. Disponível em: <https://www.taxnotes.com/news-documents/base-erosion-and-profit-shifting-beps/news-analysis-germany-weighs-digital-debate/2018/10/26/28jwr>. Acesso em 27 nov. 2019.

³⁵⁸ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Implementation of the Ottawa Taxation Framework Conditions**. The 2003 Report. 2013. p. 13. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/administration/20499630.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2019.

A terceira solução, como já mencionamos no começo desse capítulo, foi cogitada pela OCDE na seção 7.6.3. do Relatório Final de 2015 como um tributo autônomo retido na fonte sobre transações digitais, que poderia funcionar como um tributo próprio incidente na receita bruta. Contudo, nas propostas de 2019, a retenção na fonte aparece apenas como um método de arrecadação auxiliar às três propostas elaboradas. Contudo, embora a ideia tenha sido descartada pela OCDE, parte da doutrina defende que a retenção na fonte é a única solução adequada para uma verdadeira revolução do sistema.

Em um trabalho publicado no começo de 2019, e reiterado após a publicação das propostas de 2019 da OCDE³⁵⁹, Andrés Baéz Moreno e Yariv Brauner defendem a instituição de um novo “*Imposto Retido na Fonte, Autônomo, de Baixa Alíquota, Incidente sobre a Receita Bruta de Serviços em Transações Business-to-Business*”. O Imposto proposto funcionaria como um mecanismo subsidiário, após a aplicação do tratamento tributário previsto por tratados para os pagamentos mais comuns como salários, dividendos, alugueis, etc. Todos os demais pagamentos, causadores de BEPS, estariam sujeitos à retenção proposta, focada nas transações entre pessoas jurídicas (“Business-to-business”), não somente pela praticidade, mas também pelo fato de que essas são as operações dominantes na economia digital.³⁶⁰

Os Autores criticaram as propostas apresentadas pela OCDE pela sua vagueza: “As propostas não são detalhadas e, portanto, não foram analisadas de forma compreensiva, apesar disso algumas observações puderam ser feitas, nenhuma delas é favorável às propostas”³⁶¹. Além de reiterar as críticas de discriminação e de uma potencial ineficácia do método de divisão dos lucros residuais, os autores acusam as propostas de “Participação do Usuário” e “Intangíveis de Marketing” de serem conservadoras, no sentido de que ambas aceitam a presença física como o marco autorizador da tributação na fonte, optando por adicionar alguns critérios digitais ao invés de reinventar a regra.

Apesar das críticas, vale ressaltar que o imposto retido na fonte proposto pelos autores é explicitamente conservador, fato que é ressaltado como um de seus pontos positivos. No sexto item em defesa da proposta, intitulado “*Jogando dentro das Regras do Jogo*”, os autores afirmam que “(...) a proposta preserva todas as regras tributárias do regime vigente, isentando-as do tributo proposto, e deixando-o reservado apenas para os pagamentos não tributados que

³⁵⁹ Disponível em: http://kluwertaxblog.com/2019/06/05/withholding-taxes-in-the-digital-economy-era/#_ftn5 . Acesso em 27 nov. 2019.

³⁶⁰ BÁEZ, Andrés; BRAUNER, Yariv. **Taxing the Digital Economy Post BEPS ... Seriously**. University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 19-16, 2019. p. 10. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3347503>. Acesso em: 26 nov. 2019.

³⁶¹ Ibid., p. 46.

erodem a base”³⁶². Ademais, sendo o imposto apenas uma autorização geral para retenção na fonte em casos residuais, nos parece que ele também aceita a regra da presença física como marco autorizador da tributação, uma vez que não conseguiria alcançar operações realizadas entre duas empresas não-residentes que tem como objeto os dados e informações de residentes do país da fonte. Assim, deve-se indagar se o seu impacto econômico na realocação dos direitos tributários será tão mais eficiente do que as propostas consideradas pela OCDE.

A proposta dos autores, e na verdade as ideias de retenção na fonte em geral, são também comumente criticadas por incidirem sobre a receita bruta objeto da transação, o que potencialmente pode se traduzir em uma tributação de uma empresa que sequer irá apurar lucro ao final do exercício. Em recente artigo sobre as propostas da OCDE, Alessandro Samari teceu algumas críticas nesse sentido, afirmando que “Na visão do autor, esse tipo de medida é completamente inconsistente com a criação de valor, já que descarta a lucratividade geral do grupo e os geradores de valor da atividade.”³⁶³

Embora essa posição tenha sido defendida anteriormente às propostas de 2019, devemos frisar também que outro autor que é um grande apoiador de uma solução de retenção na fonte é Sérgio André Rocha, defendendo uma proposta significativamente mais ousada em sua abordagem, apesar de menos detalhada. O Autor compartilha da posição de Baéz e Brauner de que as propostas cogitadas pelos países desenvolvidos são conservadoras, no sentido de que elas tentam autorizar a tributação de não-residentes em casos limitados, ao mesmo tempo que mantém intactas a ficção do estabelecimento permanente e o racional da “*criação de valor*”³⁶⁴. Nesse sentido, Sérgio André Rocha afirma que é necessário repensar os pontos de partida do regime tributário internacional, começando por descartar completamente a figura do estabelecimento permanente. Para tanto, a proposta do autor é que a tributação de todos os lucros empresariais seja dividida entre países de *residência* e *fonte*, independentemente da existência de um estabelecimento permanente ou não, devendo ser alterado o artigo correspondente nos modelos de tratados bilaterais seguindo o esboço abaixo:

Article 7 – Business Profits

³⁶² BÁEZ, Andrés; BRAUNER, Yariv. **Taxing the Digital Economy Post BEPS ... Seriously**. University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 19-16, 2019. p. 15. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3347503>. Acesso em: 26 nov. 2019.

³⁶³ SAMARI, Alessandro. The OECD Public Consultation Document on Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy: Strengths and Weaknesses of the Three Proposals for Revising Profit Allocation and Nexus Rules. **International Transfer Pricing Journal**, v. 26, n. 4, 2019. p. 3.

³⁶⁴ ROCHA, Sérgio Andre. Old Bottles or New Bottles: Time to Break the Bottle! In Favor of Broader Source Country Taxing Rights. **Kluwer International Tax Blog**. jun. 2018b. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2018/06/20/old-bottles-new-bottles-time-break-bottle-favor-broader-source-country-taxing-rights/>. Acesso em: 26 nov. 2019.

1. Business profits earned by a company that is a resident of a Contracting State in the other Contracting State may be taxed in the other State.
2. However, such business profits may also be taxed in the Contracting State where the paying entity is located. But if the beneficial owner of the business profits is a resident of the other Contracting State, the tax so charged should not exceed 10% of the gross amount of the business profits.³⁶⁵

O efeito prático das alterações acima seria a autorização para que as jurisdições de mercado instituíssem uma retenção na fonte sobre todos os pagamentos enviados para não-residentes, um escopo claramente mais abrangente do que a proposta de Baez e Brauner, que se aplicaria quase que de modo subsidiário às regras atuais.

Passando para outras alternativas, em 2017, um grupo de tributação internacional formado no centro de tributação empresarial da Universidade de Oxford, liderado por Michael P. Devereux, propôs a criação de um Imposto sobre o Fluxo Monetário no Destino (DBCFT), que funcionaria como um IVA com dedução de gastos relacionados ao labor despendido. Ou seja, a intenção do DBCTF é tributar o lucro (o rendimento econômico) no local do consumidor final, por ser uma localização relativamente imóvel (ao contrário do nexo de ‘residência’), evitando distorções na escala e localização dos investimentos. A proposta alegadamente não teria qualquer efeito sobre vendas para outras empresas, seja porque ela gera uma dedução equivalente para o comprador em um contexto doméstico, seja porque ela é destinada ao exterior e é, portanto, isenta³⁶⁶.

Em março de 2019, o mesmo grupo, agora expandido com a inclusão de outros especialistas do tema, como o já mencionado Wolfgang Schon, reitera a proposta do DBCTF e também coloca na mesa uma nova ideia, a Alocação do Lucro Residual por Renda (RPA-I). Trata-se de uma proposta muito similar ao método proposto pela OCDE, o lucro “rotineiro” de uma empresa, assim entendido como o lucro que uma empresa independente em condições comparáveis (third-party) esperaria obter por exercer uma determinada de funções e atividades, seria apurado por meio das regras tradicionais de preços de transferência. Já o lucro residual seria calculado por uma de duas alternativas: (i) “*Bottom-Up*”: Partindo da identificação da receita bruta residual em cada país de destino, que se daria através da soma das vendas realizadas para terceiros localizados nessa jurisdição, menos o custo dos bens vendidos e os gastos com o valor de transferência dos bens ou serviços, o que incluiria qualquer lucro rotineiro

³⁶⁵ ROCHA, Sergio Andre. Should Developing Countries Include Article 7 in Their Tax Treaties? **Bullet for International Taxation**, v. 71, n. 7, 2017, p. 274.

³⁶⁶ DEVEREUX, Michael, et al. **Destination based cash flow taxation**. Oxford University Centre for Business Taxation working paper 17/01, 2017. p. 15

associado; ou (ii) “*Top-Down*”: Apuração do lucro total menos o lucro rotineiro da empresa, nos moldes sugeridos pelas propostas de 2019.³⁶⁷

Embora integre o grupo acima, cumpre ressaltar que o Professor Wolfgang Schon defende uma proposta própria, a tributação com base no “investimento digital”³⁶⁸. Para esse método, propõe-se que as atividades gerais de uma empresa sejam fundamentalmente tributadas onde ela for residente, devendo ser atribuído aos países de mercado apenas o montante correspondente à remuneração dos investimentos digitais específicos incorridos por essa empresa, e direcionados especificamente para a jurisdição em questão, segundo os métodos tradicionais de *arm’s length*.

Por fim, Eva Escribano, em sua resposta à Consulta Pública da OCDE, apresentou uma proposta alternativa pela criação de um Estabelecimento Permanente de Vendas Remotas (RS-PE), inspirada pela ideia da “*presença econômica significativa*”³⁶⁹. A Ficção abrangeria as “*transações remotas*” envolvendo a venda de bens ou serviços, tangíveis ou intangíveis, entregues por qualquer meio. Como se trata de uma proposta de extensão do estabelecimento permanente, ela se relaciona diretamente a alterações nos tratados bilaterais, de modo que o vendedor/prestador deve ser necessariamente residente no outro Estado Contratante. O nexo restaria configurado a partir de um critério quantitativo, seja por um nível de receita mínima anual oriunda de vendas remotas, ou por uma porcentagem em relação às vendas consolidadas do Grupo Multinacional. Uma vez que o RS-PE restar configurado, o contribuinte deverá preencher um formulário e calcular o tributo devido para a jurisdição de mercado, enquanto o estado de residência será obrigado a compensar o débito pago para evitar uma dupla tributação. O tributo incidiria sobre a renda líquida obtida no período, que poderia ser apurada através de uma margem presumida de custos a serem deduzidos da receita bruta.

3.3. A Proposta Unificada do Secretariado da OCDE

Conforme mencionado anteriormente, no final de maio a OCDE divulgou um documento intitulado “*Programme of Work*”, que estabelecia as metas de trabalho para os

³⁶⁷ .DEVEREUX et al. **Residual profit allocation by income**. Oxford International Tax Group, Working Paper 19/01, 2019, p. 4.

³⁶⁸ SCHON, Wolfgang. **One Answer to Why and How to Tax the Digitalized Economy**. Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance No. 2019-10. 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3409783>

³⁶⁹ ESCRIBANO, Eva. Comentários à Proposta da OCDE. In: OCDE. **Public Comments Received on the Possible Solutions to the Tax Challenges of Digitalisation**. Paris, 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>.

próximos dois anos do projeto. Nele, foi determinado que o Secretariado da OCDE ficaria responsável pela elaboração de uma análise econômica do impacto das propostas dos dois pilares. Meses após a divulgação do documento em questão, o Secretariado da OCDE abriu uma consulta pública, em 09 de outubro de 2019, acerca de uma nova “proposta unificada”, desenvolvida pelo próprio órgão, e não pelo Marco Inclusivo. A nova proposta é literalmente uma junção das três propostas apresentadas no contexto do Pilar Um da reforma, que trata da revisão ou reforma das regras de nexos e alocação de lucros.

3.3.1. Os Detalhes da Proposta

Pelo que se afirma na introdução do documento, a proposta parece ter sido elaborada e apresentada pelo Secretariado, um órgão eminentemente técnico formado por especialistas empregados pela própria OCDE, como forma de guiar o marco inclusivo na direção de uma solução consensual, tendo em vista que o “Programme of Work” havia planejado que o esqueleto da proposta já estaria consolidado em janeiro de 2020. Assim, para elaboração de uma proposta unificada, o Secretariado da OCDE observou que todas as três ideias levantadas pelo Marco Inclusivo no começo de 2019 compartilhavam as seguintes semelhanças: i) Todas as propostas realocam competências tributárias em favor da jurisdição do mercado/usuário; ii) Todas as propostas imaginam uma nova regra de nexos que não depende de presença física na jurisdição do mercado/usuário; iii) Todas vão além do princípio *arm’s length* e se distanciam do princípio da entidade separada; iv) Todas buscam simplicidade, estabilização do sistema tributário, e maior certeza tributária em sua implementação³⁷⁰.

Em janeiro de 2020, o Marco Inclusivo divulgou uma declaração confirmando que a proposta unificada será a base das discussões na busca de uma solução consensual, e detalhando um pouco mais sobre seus principais aspectos. Com base nessas constatações, a proposta busca “reestabilizar o sistema tributário internacional”³⁷¹, expandindo os poderes tributários das jurisdições de mercado e melhorando a aplicação dos padrões tradicionais “*at arm’s length*”, através de um sistema trifásico de alocação de lucros. O esquema proposto prevê três tipos de

³⁷⁰ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One** – Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy. Secretariado da OCDE. Paris: OECD Publishing, 2019e, p. 4.

³⁷¹ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy**. Paris: OECD, Publishing, 2020. P. 8.

rendimentos que poderão ser alocados e tributados por uma jurisdição de mercado, cada um seguindo uma regra própria, como resumido pelo esquema abaixo³⁷²:

Figura 4: Resumo da Proposta Unificada do Pilar 1

Quais rendimentos de uma Multinacional uma jurisdição de mercado poderá tributar?

<p>Fração A > Caso a Multinacional tenha uma "Presença Econômica Significativa" na jurisdição, será alocada uma porção dos lucros residuais globais do grupo, com base em uma fórmula que irá dividir os lucros na proporção das vendas.</p>	<p>* Limitada ao "Lucro Residual" do Grupo Multinacional * Cria um novo nexos que permite que jurisdições tributem esse lucro ainda que o Grupo não possua um estabelecimento permanente ("Presença Econômica Significativa") * O Lucro Residual será dividido entre as jurisdições por meio de uma fórmula.</p>
<p>Fração B > Caso a Multinacional tenha um "Estabelecimento Permanente" na jurisdição, que desempenha funções de revenda e marketing, será alocada uma remuneração fixa por essas funções.</p>	<p>* Abrange a distribuição do "Lucro Rotineiro" do Grupo Multinacional * Serão alocadas somente para as jurisdições que possuam um estabelecimento permanente (dependente do critério físico) * O lucro que será alocado para cada estabelecimento permanente será calculado por meio da aplicação do <i>Arm's Length Standard</i>, com a adição de alguns mecanismos para simplificar a metodologia.</p>
<p>Fração C > Caso a Multinacional tenha um "Estabelecimento Permanente" na jurisdição, que desempenha outras funções além de revenda e marketing, será alocada uma remuneração adicional.</p>	

Conforme ilustrado acima, a Fração B e C operam dentro do sistema já existente, alocando os lucros rotineiros de uma multinacional entre as jurisdições em que esta possui uma presença física, um "estabelecimento permanente". O lucro a ser alocado é um resultado da aplicação dos preços de transferência nas operações intragrupo que o estabelecimento permanente incorre, um método que segue o "Arm's Length Standard", buscando equiparar os preços praticados nessas operações àqueles que seriam praticados entre duas entidades independentes.

Uma importante novidade é a Fração B, que tem como objetivo padronizar a remuneração intragrupo de atividades de revenda e marketing ("baseline distribution and marketing activities"³⁷³), que são comumente desempenhadas por subsidiárias de risco limitado ("limited risk distributors"), através da utilização de um percentual fixo, a ser definido futuramente. Por outro lado, a Fração C diz respeito ao lucro rotineiro que for alocado para o estabelecimento permanente em razão de outras funções desempenhadas, mais complexas, devendo seguir as regras tradicionais de preços de transferência.

Assim, a grande inovação da proposta é a Fração A, que prevê a alocação dos Lucros Residuais de um Grupo Multinacional através de uma fórmula, dividindo os rendimentos entre as jurisdições nas quais o grupo possui uma "presença econômica significativa", um novo nexos

³⁷² Os documentos oficiais não mencionam "presença econômica significativa", mas simplesmente "nexos". Contudo, em razão da semelhança entre ambos, e para facilitar o entendimento, iremos utilizar "presença econômica significativa" sempre que nos referirmos ao novo nexos da proposta unificada.

³⁷³ Ibid., p. 16.

independente de qualquer presença física. Contudo, embora seja a parte mais ousada da proposta, o escopo da Fração A é limitado somente para grupos empresariais que prestem “serviços digitais automatizados”³⁷⁴ ou que auferam receitas pela venda de bens ou serviços “voltados aos consumidores”, ou seja, itens adquiridos para uso pessoal e não comercial ou profissional³⁷⁵. Além disso, serão estabelecidos limites mínimos de receita bruta para que um grupo multinacional se enquadre no escopo da Fração A, como por exemplo o Relatório País-por-país que somente é obrigatório para grupos que apresentem uma receita bruta anual superior a 750 milhões de euros.

Uma vez que um grupo multinacional se enquadre no escopo e supere o limite mínimo de receita bruta anual, ele estará sujeito à alocação do seu lucro residual global entre as jurisdições em que possua uma “presença econômica significativa”. Essa nova regra de nexo que autoriza a aplicação da Fração A irá se sobrepor à regra do estabelecimento permanente, ou seja, não se trata de uma aplicação, o conceito tradicional do estabelecimento permanente irá conviver com a presença econômica significativa. Ainda que uma empresa possua um estabelecimento permanente em um determinado país, isso não quer dizer que o grupo multinacional controlador possui uma presença econômica significativa nele. Para se reconhecer esse novo nexo entre um grupo multinacional e uma jurisdição, serão definidos critérios mínimos de receita auferidos no país, no caso da prestação de serviços digitais, e alguns fatores adicionais no caso de outras atividades que estejam dentro do escopo (como venda de bens tangíveis).

Em outras palavras, suponhamos que a gigante multinacional Apple se enquadre no escopo da Fração A; então o seu lucro residual será dividido entre todas as jurisdições na qual a empresa auferiu receitas pela venda de serviços digitais acima de um patamar mínimo, que ainda será definido. Por se tratar de uma nova regra que irá conviver com a do estabelecimento permanente, é perfeitamente possível que uma mesma jurisdição consiga tributar tanto a Fração B quanto a Fração A. No exemplo anterior, seria o caso da Apple, em uma mesma jurisdição, possuir uma filial para revenda de seus produtos e auferir receitas pela venda de serviços digitais acima de um patamar mínimo.

³⁷⁴ “[...] serviços que são prestados de forma padronizada para uma grande quantidade de clientes ou usuários de múltiplas jurisdições. Espera-se que essa definição inclua a seguinte lista não-exaustiva de modelos de negócios: - mecanismos de busca online; - plataformas de mídias sociais; - plataformas de intermediação online (...); - streaming de conteúdo digital; - jogos online; - serviços de computação em nuvem; e - serviços de marketing digital.” – Ibid., p. 10.

³⁷⁵ “Por exemplo, espera-se que a definição de negócios voltados ao consumidor traga para o escopo a seguinte lista não-exaustiva de negócios: - produtos de computação pessoal (e.g. software, aplicativos domésticos, celulares); - roupas, artigos de higiene, cosméticos, bens de luxo; - comidas e bebidas patenteadas; - franquias (...) – automóveis.” – Ibid., p. 11.

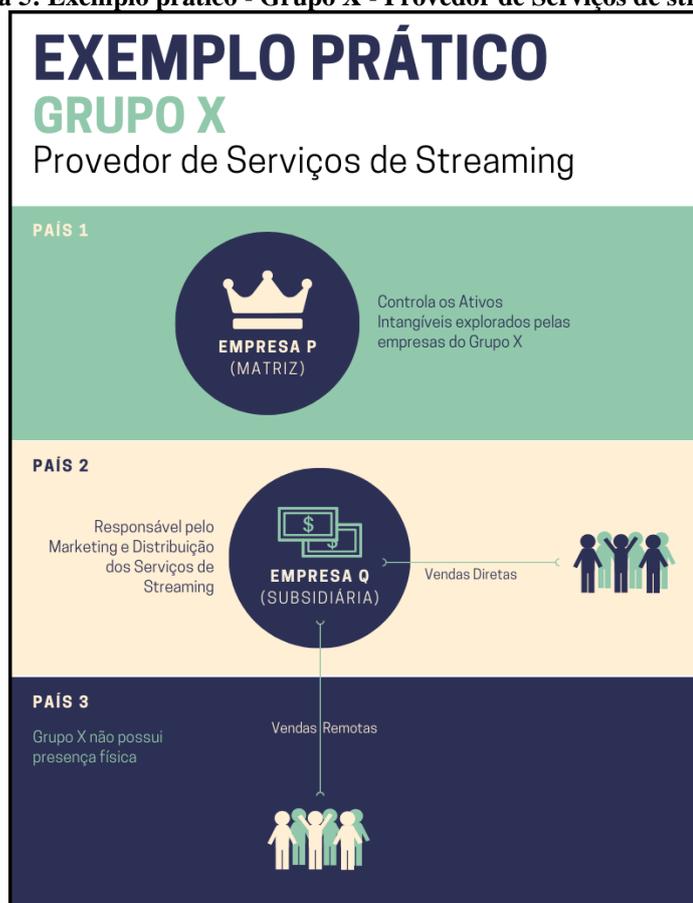
Definidas as empresas que estarão sujeitas à alocação da Fração A, o lucro residual global do grupo multinacional será apurado pela subtração de uma margem pré-determinada de lucros rotineiros (calculada com base na média de um determinado setor da economia ou outro critério) dos lucros totais antes do pagamento de impostos (Profit before tax – “PBT”)³⁷⁶. O resultado será então dividido entre as jurisdições na qual o grupo possui uma presença econômica significativa, utilizando uma fórmula que será baseada nas vendas feitas em cada jurisdição, e o rendimento será oferecido para a tributação dos países de mercado. Para simplificar e centralizar o pagamento e preenchimento das obrigações tributárias acessórias, a OCDE pretende criar um mecanismo como um “*one stop shop*”, que terá de ser preenchido exclusivamente pela matriz final do grupo, assim como acontece com os Relatórios País-por-país³⁷⁷.

Não é uma proposta simples, por isso a OCDE apresentou um exemplo prático em seu documento para ilustrar como se daria o funcionamento das novas regras. O exemplo cuida da alocação dos lucros do Grupo X, um grupo multinacional provedor de serviços de streaming que atua em três países, da seguinte maneira:

³⁷⁶ Ibid., p. 13.

³⁷⁷ Ibid., p. 12.

Figura 5: Exemplo prático - Grupo X - Provedor de Serviços de streaming



No exemplo acima, o Grupo X possui um estabelecimento permanente na Jurisdição 2 (Subsidiária), a Empresa Q, responsável por atividades de marketing e distribuição. Considerando as atividades desempenhadas, o lucro da Empresa Q (que será tributado pela jurisdição 2) será determinado com base nas regras previstas pela Fração B, que irá prever um valor fixo, calculado com base nos métodos de preços de transferência, para remunerar as atividades desempenhadas pelo estabelecimento permanente. Suponhamos que a Empresa Q realiza todas as vendas de serviços de streaming do grupo multinacional para as jurisdições 2 e 3; caso a receita auferida ultrapasse os limites que forem fixados para cada um dos dois países, é possível que o Grupo X também possua uma “presença econômica significativa” em ambos. Caso isso aconteça, o lucro residual do Grupo X será dividido entre as jurisdições 2 e 3, na proporção das vendas realizadas em cada país (Fração A). Por fim, caso a Jurisdição 2 entenda que a empresa Q realiza mais do que apenas as atividades de marketing e distribuição, ele poderá alocar um lucro adicional para ela, além da remuneração padronizada de entidades de risco limitado, seguindo as diretrizes tradicionais dos preços de transferência (Fração C).

Explicado esse ponto, uma das primeiras dúvidas que surgem é como será estabelecido o que é o lucro rotineiro e não-rotineiro. Segundo o documento, seguindo o propósito de simplificar a atribuição de lucros, o lucro rotineiro poderá ser definido a partir de uma margem de lucro presumida, possivelmente variando por setor industrial. A proposta também sugere a utilização de porcentagens fixas para determinar a remuneração de atividades rotineiras na atribuição de lucros da Fração B, como marketing e distribuição³⁷⁸. Frisa-se que se trata de sugestões do Secretariado da OCDE, não sendo certo que serão adotadas pelo marco inclusivo. Desse modo, embora pareça muito atrativa a proposta de simplificação através de margens presumidas e fórmulas, a proposta unificada basicamente mantém a presença física como o critério inabalável para a tributação dos lucros rotineiros de não-residentes.

3.3.2 Comentários e Críticas à Proposta Unificada

Assim como nas primeiras propostas apresentadas pelo Marco Inclusivo, o Secretariado da OCDE também submeteu a sua proposta unificada ao crivo da opinião pública, recebendo um total de 305 “papers” em resposta, mais de 2.500 páginas de comentários. As respostas da consulta foram publicadas em 15 de novembro de 2019, sendo assim, por uma questão de tempo, não foi possível analisar detalhadamente as centenas de opiniões submetidas. Contudo, na tentativa de deixar a presente pesquisa o mais atualizada possível, comentaremos brevemente as críticas de dois dos principais grupos que citamos anteriormente quando da análise das respostas à primeira consulta pública de 2019.

Começando pelo Digital Economy Group (DEG), a coalizão informal das maiores multinacionais envolvidas com comércio digital, nota-se a grande preocupação das gigantes da tecnologia com a potencial proliferação de medidas unilaterais. Vale ressaltar que nos oito meses que separaram as duas consultas públicas, a França aprovou a criação de um Imposto sobre Serviços Digitais, o que quase desencadeou uma retaliação através de sanções tarifárias por parte dos Estados Unidos. Por isso, não surpreende que o primeiro ponto feito pelo DEG, e reiterado diversas vezes ao longo do documento, é de que a eventual solução consensual venha acompanhada de um compromisso por todos os estados do Marco Inclusivo para que revoguem suas medidas unilaterais³⁷⁹. O grupo inclusive anexou uma lista de todas as medidas unilaterais

³⁷⁸ Ibid., p. 15

³⁷⁹ DIGITAL ECONOMY GROUP. Comentários à Proposta Unificada do Secretariado da OCDE. In: OCDE. **Public Comments Received on the Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One**. Paris, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-secretariat-proposal-for-a-unified-approach-under-pillar-one.htm>

a serem revogadas em um apêndice ao documento. No geral, a posição do grupo é bem menos crítica do que o documento anterior, dando indícios de que as empresas digitalizadas estão menos resistentes no que tange a nova proposta. Em especial, o DEG elogiou muito a declaração de que serão introduzidas novas abordagens para prevenção e resolução de eventuais conflitos em matéria de ajustes de preços de transferência (Fração C). No mais, o grupo frisou a necessidade de se evitar qualquer tipo de discriminação em relação a empresas digitais, afirmando inclusive que os percentuais para alocação dos lucros não-rotineiros (Fração A) deveriam ser idênticos para todos os setores da economia³⁸⁰.

O BEPS Monitoring Group (BMG), por sua vez, continuou sendo o contraponto à posição do DEG, afirmando que apesar das boas intenções, a tentativa de “agradar a todos” e unificar todas as ideias cogitadas pelo marco inclusivo gerou uma proposta desnecessariamente complexa³⁸¹. Apesar disso, o grupo reconhece que a proposta acerta ao adotar uma abordagem unitária dos grupos multinacionais (na medida em que pretende alocar o lucro global do grupo, e não considerá-lo como várias empresas independentes), e ao reconhecer a necessidade para uma realocação das competências tributárias para a jurisdição da fonte. Dentre as críticas mais específicas, além da complexidade de se adicionar mais um método para alocação de lucros, o BMG questiona por que a proposta foi limitada apenas para os negócios voltados para o consumidor, um fator que curiosamente não foi criticado pelo DEG, que tanto defende a não-discriminação do setor digital³⁸².

Dentre os demais “papers”, destacamos também os comentários muito detalhados do IBFD e do Centro de Preços de Transferência da Universidade de Viena (WU). O primeiro apresenta uma opinião mais crítica da proposta, demonstrando preocupação com o fato da nova regra de alocação ser limitada aos lucros residuais, o que poderia levar a resultados insatisfatórios para a maior parte dos países, deixando-os tentados para introduzir medidas unilaterais. Para reduzir a complexidade, o IBFD sugere que a OCDE expanda a utilização de margens fixas ou pré-determinadas, utilizando como exemplo o Brasil³⁸³. Já o Centro de Viena reconhece que a limitação do escopo para negócios voltados ao consumidor é uma alternativa

³⁸⁰ Ibid.

³⁸¹ BEPS MONITORING GROUP. Comentários à Proposta Unificada do Secretariado da OCDE. In: OCDE. **Public Comments Received on the Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One**. Paris, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-secretariat-proposal-for-a-unified-approach-under-pillar-one.htm>

³⁸² Ibid.

³⁸³ IBFD. Comentários à Proposta Unificada do Secretariado da OCDE. In: OCDE. **Public Comments Received on the Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One**. Paris, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-secretariat-proposal-for-a-unified-approach-under-pillar-one.htm>

viável para evitar a discriminação do setor digital, mas critica a pretensão de se utilizar as vendas como critério para alocação dos lucros não-rotineiros (Fração B), uma vez que esse fator não refletiria a noção de criação de valor³⁸⁴.

Em uma análise geral, podemos notar que os comentários indicam haver uma menor resistência política em relação à proposta unificada, o que provavelmente se deve ao fato da proposta tentar unificar diferentes ideias em uma única solução. Uma crítica recorrente, contudo, é de que a nova proposta estaria na verdade aumentando a complexidade do sistema, sobretudo pela introdução de uma nova regra independente denexo, o que exigiria um domínio técnico significativo por parte das autoridades fiscais. Embora a regra do nexo pareça ser de complexa aplicação, o fato é que em todos os demais pontos a proposta parece determinada a simplificar o processo de atribuição de lucros, introduzindo margens pré-determinadas de lucro e fórmulas para alocação. Ou seja, a proposta não só se afastou do princípio das “entidades independentes” (que considera cada empresa parte de um grupo multinacional como uma entidade independente), tratando o grupo multinacional como um único organismo, como também se distanciou completamente dos métodos tradicionais de alocação de receita, substituindo o *arm's length standard* e os preços de transferência por uma fórmula simples e direta baseada nas vendas realizadas por jurisdição.

Assim, não nos parece como uma verdade inquestionável que a proposta unificada estaria apenas adicionando complexidades ao sistema, de todo modo essa é uma questão que ainda sequer pode ser bem analisada, uma vez que a proposta é apenas um esqueleto, cujos detalhes cruciais ainda serão debatidos e definidos no marco inclusivo.

Analisados todos os pontos em discussão na atual reforma do sistema tributário internacional, resta examinar o que está em jogo para os países em desenvolvimento, e se essa realocação dos direitos de tributação realmente irá favorece-los.

4. OS IMPACTOS DAS PROPOSTAS NOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO

Em meio a todas as discussões de reforma do sistema tributário internacional, há uma importante questão que ainda não foi respondida: quais serão os impactos das mudanças propostas para os países em desenvolvimento. A proposta apresentada pelo Secretariado da

³⁸⁴ WU TAX CENTER. Comentários à Proposta Unificada do Secretariado da OCDE. In: OCDE. **Public Comments Received on the Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One**. Paris, 2019. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-secretariat-proposal-for-a-unified-approach-under-pillar-one.htm>

OCDE ainda é muito incipiente, e certamente será muito discutida e alterada por todos os países membros do marco inclusivo, de modo que é quase impossível prever as suas consequências. Conforme aponta Maires de Ruiter:

A proposta também falha em responder a questão: ‘quem irá ceder poderes tributários para serem alocados nas jurisdições de mercado?’ É como prometer um bolo de graça a alguém, sem saber ao certo se você tem um bolo para dar, já que você precisa que os donos concordem em contribuir para evitar dupla tributação.³⁸⁵

Antes de tentar responder a pergunta, é preciso ressaltar que, segundo o próprio glossário de termos da OCDE, “Não há convenção consolidada sobre a definição de países ‘desenvolvidos’ e ‘em desenvolvimento.’”³⁸⁶.

A ONU, através de seu relatório anual sobre a Situação e Prospectos da Economia Global (WESP), classifica os países em três categorias: países desenvolvidos, economias em transição e países em desenvolvimento. Segundo a publicação, a divisão pretende refletir as condições econômicas básicas de cada país, mas não há uma explicação detalhada sobre os critérios utilizados. O Banco Mundial, por sua vez, divide os países em quatro categorias com base no PIB per capita, classificando-os como países de renda alta (acima de US\$ 12.055 per capita), países de renda média superior (entre US\$ 3.896 e 12.055 per capita), países de renda média inferior (entre US\$ 996 e 3.895 per capita) e países de baixa renda (abaixo de US\$ 996 per capita)³⁸⁷. O FMI, por fim, em sua publicação sobre o Panorama Econômico Global (WEO), divide o mundo em dois grupos principais: as economias avançadas e as economias emergentes e em desenvolvimento. Segundo o próprio relatório, a classificação não se baseia em nenhum critério específico, econômico ou outro, não sendo fornecidas maiores explicações³⁸⁸. Para a análise do FMI, as nações desenvolvidas são os países da Zona do Euro, os Estados Unidos, Japão, Canadá e uma série de outras economias avançadas que não costumam figurar nessa categoria nas classificações de outros órgãos internacionais, como Israel, Coreia, Porto Rico, São Marino e Taiwan.

³⁸⁵ RUITER, Marlies de. **Will true consensus on a new division of taxing rights stabilize the international tax environment?** Artigo publicado no linkedin, 20 de novembro de 2019.

³⁸⁶ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Developed, Developing Countries.** Glossário de Termos Estatísticos, 2005. Disponível em: <https://stats.oecd.org/detail.asp?ID=6326>. Acesso em: 27 nov. 2019.

³⁸⁷ Disponível em: <https://blogs.worldbank.org/opendata/new-country-classifications-income-level-2018-2019>. Acesso em: 27 nov. 2019.

³⁸⁸ FMI. **World Economic Outlook: Global Manufacturing Downturn, Rising Trade Barriers.** Washington, D.C., 2019.

Diante da indeterminação dessa classificação, não pretendemos utilizar de forma restrita qualquer uma delas. Na verdade, para os fins do presente trabalho, interessa, inicialmente, dividir o mundo em dois grupos: Os “Países de residência” e os “Países da fonte”. Essa divisão é inspirada diretamente pelo trabalho dos quatro economistas da Liga das Nações, que se basearam na dicotomia entre residência e fonte para estruturar o sistema tributário internacional, e também nas ponderações já apresentadas no Capítulo I dos Professores Michael J. Graetz e Michael J. O’Hear³⁸⁹.

Assim, definiremos as jurisdições da residência como aquelas nações predominantemente exportadoras de capital, que, no contexto do Imposto sobre a Renda sobre a Pessoa Jurídica, tem mais a ganhar com a tributação de seus residentes. Esse grupo é diretamente relacionado àqueles países geralmente enquadrados como “desenvolvidos”, ou seja, abrange a América do Norte, a Europa e o Japão, lar de 70 das 100 maiores multinacionais do mundo³⁹⁰. Por outro lado, as jurisdições da fonte são aquelas nações predominantemente importadoras de capital, que dependem mais da tributação na fonte no contexto do imposto sobre a renda, e que iremos nos referir também como “países em desenvolvimento”. Além disso, dentro desse grupo de países em desenvolvimento, será necessário refinar a análise, adotando uma subdivisão entre os países do BRICS, que integram as maiores economias do mundo e possuem grandes mercados, e os demais países de média/baixa renda.

Desse modo, analisaremos primeiramente de que forma as regras tradicionais do sistema, que ainda estão vigentes, impactam esses países, e até que ponto as propostas de reforma mudariam ou não esse cenário. Para finalizar, considerando que as novas propostas parecem favorecer países de grande mercado como os BRICS, examinaremos as medidas implementadas na Índia, que está na vanguarda em questão de iniciativas unilaterais de tributação da economia digital, e, por último, será cogitado quais seriam os efeitos da adoção de medidas similares no Brasil.

4.1. O Sistema Tributário Internacional e os Países da Fonte

Não restam dúvidas de que proposta unificada da OCDE é uma iniciativa muito ambiciosa, especialmente por tentar alcançar um consenso global, mas ainda que ela seja efetivamente aplicada, qual seria o seu impacto sobre a distribuição dos poderes de tributação entre a residência e a fonte? A intenção da organização, conforme reiterado diversas vezes em

³⁸⁹ Ver nota 57.

³⁹⁰ Ver nota 59.

todos os documentos de 2019, é realocar parte dos lucros para as jurisdições de “mercado”, concedendo novas competências tributárias para os países onde estão localizados os usuários de modelos de negócio altamente digitalizados³⁹¹, o que talvez favoreça apenas parte dos países da fonte, aqueles de maior mercado.

Desde que as primeiras propostas foram apresentadas no início de 2019, já era possível constatar várias críticas sobre a efetividade delas com relação aos países em desenvolvimento. Segundo um artigo de Alex M. Parker, defensores de causas anti-pobreza e representantes oficiais de nações mais pobres criticaram duramente a proposta dos intangíveis de marketing, cuja mecânica de divisão dos lucros residuais ainda está presente na proposta unificada, afirmando que se tratava apenas de mais uma regra complexa que autoridades fiscais com menos recursos terão problema em aplicar³⁹². Já mais recentemente, comentando a proposta unificada do secretariado, a organização Tax Justice Network afirmou que a redistribuição planejada irá beneficiar apenas os membros da OCDE, em razão da divisão dos lucros residuais tomar como base apenas as vendas em cada jurisdição, deixando à margem os países de baixa-renda, que são os que mais sofrem pelos abusos tributários de multinacionais³⁹³.

Não é fácil responder como o mundo em desenvolvimento será impactado pela proposta, provavelmente não é sequer possível com as informações que temos atualmente, isso porque o estudo sobre os impactos econômicos das propostas de 2019, que a OCDE havia prometido entregar até o final do ano, ainda não foi divulgado, prejudicando de sobremaneira a presente análise. Contudo, ainda assim, esse último capítulo tentará abordar questões relacionadas ao envolvimento dos países em desenvolvimento na reforma do sistema tributário internacional. Desse modo, antes de abordar como a reforma poderá afetá-los, é essencial compreender como o sistema vigente já os afeta.

4.1.1. As Críticas dos Países da Fonte em relação ao Sistema Vigente

Conforme demonstramos nessa parte inicial da pesquisa, o sistema tributário vigente foi idealizado inicialmente por quatro economistas, e seguido pelo trabalho da Liga das Nações, da

³⁹¹ ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Public Consultation – Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One.** OECD Secretariat. Paris: OECD Publishing, 2019d. p. 6.

³⁹² PARKER, Alex M. OECD Tax Project Raises Anxieties For Developing World. **Law360 Tax Authority**, 22 maio 2019. Disponível em: <https://www.law360.com/tax-authority/articles/1161936/oecd-tax-project-raises-anxieties-for-developing-world>. Acesso em: 27 nov. 2019.

³⁹³ TAX JUSTICE NETWORK. **Comments on the Secretariat Proposal for a "Unified Approach" under Pillar One.** OECD Pillar One Public Consultation. Paris: OECD Publishing, 2019.

OCDE e até da ONU, sendo consolidado em torno de dois pilares principais: (i) A regra de nexos, ou, o estabelecimento permanente; e (ii) As regras para atribuição de lucros. Investigando a doutrina sobre o tema, é possível identificar duas principais críticas quanto ao regime: (i) O critério do Estabelecimento Permanente é uma limitação arbitrária da competência tributária dos países de mercado, predominantemente importadores de capital; e (ii) Há um déficit democrático na formulação das políticas de tributação internacional, sendo uma área dominada pelas nações mais desenvolvidas.

4.1.1.1. As críticas ao Estabelecimento Permanente

No que toca o primeiro ponto, ressaltamos no capítulo II que o estabelecimento permanente acaba favorecendo as jurisdições da residência (países desenvolvidos), na medida em que restringe a tributação na fonte, referente à jurisdição do mercado (países em desenvolvimento), exigindo para tanto que o rendimento seja vinculado a uma presença física no país. Embora a Convenção-Modelo da ONU tenha diferenças notáveis em relação ao modelo da OCDE, que ampliam os poderes dos países da fonte, ela não chegou a descartar o “Estabelecimento Permanente”, que subsiste como o principal limitador da competência tributária dos países em desenvolvimento, como aponta Sérgio André Rocha:

É bem sabido que a Convenção-Modelo da ONU não conseguiu proteger o interesse dos países em desenvolvimento nos tratados assinados com países desenvolvidos. O coração das críticas nessa questão gira em torno do fato de que o Modelo manteve o princípio do Estabelecimento Permanente como base para a tributação dos lucros empresariais³⁹⁴.

Desse modo, as críticas direcionadas ao estabelecimento permanente não são novas, o debate é muito mais antigo, e um dos maiores críticos do critério adotado, na doutrina brasileira, é o Professor Sérgio André Rocha. Segundo o autor, a transformação do “estabelecimento permanente” em um princípio fundamental da tributação internacional, feita no início dos trabalhos da Liga das Nações, serve apenas para impedir que outros critérios igualmente válidos, e muito defendidos por países em desenvolvimento, como por exemplo a localização do mercado consumidor, sejam levados em conta³⁹⁵.

³⁹⁴ ROCHA, Sergio Andre. Should Developing Countries Include Article 7 in Their Tax Treaties? **Bullet for International Taxation**, v. 71, n. 7, 2017. p. 356.

³⁹⁵ ROCHA, Sérgio André. International Fiscal Imperialism and the Principle of the Permanent Establishment. **Bulletin for International Taxation**, v. 68, n. 2, 2014. p. 85.

O autor cunhou o conceito de “Imperialismo Tributário Internacional” para se referir a essa transformação e uniformização de certos critérios que claramente favorecem os interesses das economias desenvolvidas, como o “Estabelecimento Permanente”, em paradigmas da tributação internacional, como se fossem princípios inquestionáveis³⁹⁶. Como corroborado pelo Professor Arvid Aage Skaar, da Universidade de Oslo: “Ao invés de proteger a base tributária no Estado de origem, o princípio do Estabelecimento Permanente se tornou instrumental para evitar a tributação na fonte”³⁹⁷.

Nesse sentido, a Professora Eva Escribano ressalta que, apesar do estabelecimento permanente parecer uma escolha natural para a época em que foi criado, quando a economia ainda não era tão intangível e globalizada e exigia algum grau de presença física para manter o comércio internacional, sua criação não foi algo acidental:

Independentemente do fato que um critério baseado na presença física parecia indubitavelmente de acordo com o contexto econômico da época, a verdade é que ele não foi igualmente recepcionado por todos. Claramente o modo como a fonte foi conceitualizada não foi acidental mas sim uma opção oportunista para países exportadores de capital. Tanto a Liga das Nações e a OCDE consolidaram sua preferência pela tributação com base na residência adotando um critério restrito para minimizar a tributação com base na origem, assim satisfazendo os interesses fiscais dos países exportadores de capital da época³⁹⁸.

A observação da Autora é reforçada pelo fato de que os trabalhos da Liga das Nações, que deram origem às bases do sistema, tiveram um quórum extremamente limitado. Conforme relatado no segundo capítulo, o famoso Relatório de 1923 foi elaborado por quatro economistas dos Estados Unidos, Reino Unido, Países Baixos e Itália, e as reuniões nos anos subsequentes continuaram com a participação quase exclusiva das nações europeias desenvolvidas, com a notória exceção da Argentina e Venezuela, que participaram do Relatório de 1927. Sendo assim, não seria surpreendente que as conclusões formadas por esse grupo de países acabassem favorecendo nações exportadoras de capital.

Corroborando o entendimento acima, um artigo de 1997 elaborado pelos Professores Michael J. Graetz e Michael M. O’Hear³⁹⁹, ambos da Universidade de Yale, revela o contínuo

³⁹⁶ ROCHA, Sérgio Andre. The Other Side of BEPS: ‘Imperial Taxation’ and ‘International Tax Imperialism’. In: _____; CHRISTIANS, Allison. **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Wolters Kluwer, 2017. p. 188.

³⁹⁷ SKAAR, Arvid. Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle. Apud. ESCRIBANO, Eva. An opportunistic, and yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties. **Intertax**, v. 43, n. 1, 2015. p. 9.

³⁹⁸ ESCRIBANO, Eva. An opportunistic, and yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties. **Intertax**, v. 43, n. 1, 2015. p. 9.

³⁹⁹ GRAETZ, Michael J. O’HEAR, Michael M. The “Original Intent” of U.S. International Taxation. **Duke Law Journal**, v. 46, 1997.

apoio dado pelos Estados Unidos, durante os debates da Liga das Nações na década de 20, para a criação do parâmetro do “Estabelecimento Permanente”, como modo de proteger o interesse de suas empresas que operassem fora de seu território.

Assim, se o requisito do Estabelecimento Permanente já era desfavorável desde o momento de sua criação, os prejuízos aos países em desenvolvimento aumentaram com a expansão da economia digital, uma vez que ela torna a presença física cada vez mais desnecessária. Contudo, ainda que se incorporem fatores de “presença digital” ou “econômica” para ampliar o alcance do conceito de “estabelecimento permanente”, as regras de atribuição de lucros também continuariam extremamente dependentes de fatores tangíveis, conforme vimos no primeiro capítulo. É evidente que para uma empresa altamente digitalizada, que sequer possui uma presença física em determinado país, será quase impossível alocar qualquer “*risco, ativo ou pessoal*” para as diversas jurisdições em que vende seus bens ou fornece seus serviços.

Os países da fonte, portanto, não conseguirão atribuir qualquer renda tributável ao estabelecimento permanente virtual ou presença econômica significativa localizado em seu território, como bem sintetizado por Jinyan Li:

A ciberneticização da base tributária afeta predominantemente as jurisdições de mercado. A base do IRPJ dessas jurisdições é erodida ou perdida principalmente em razão das regras que definem os direitos tributários da fonte serem ultrapassadas ou ineficazes na economia digital.⁴⁰⁰

Além disso, a questão é especialmente relevante para os países em desenvolvimento por outro motivo: o fato de que estes países possuem um imenso potencial para crescimento como mercado consumidor na economia digital. Segundo os dados levantados por Jinyan Li, a população na internet da África, Ásia, América Latina e Caribe, e Oriente Médio corresponde a 73% dos usuários mundiais, e ainda há expectativa de crescimento populacional, como por exemplo na África, onde a classe média triplicou nos últimos 30 anos⁴⁰¹.

O professor titular da Universidad Carlos III, Andrés Báez Moreno, concorda que a economia digital possui enorme potencial de crescimento nos países em desenvolvimento, sobretudo pela precariedade da infraestrutura tradicional:

⁴⁰⁰ LI, Jinyan. **Protecting the Tax Base in the Digital Economy**. United Nations Paper No. 9. June 2014. p. 484. Acesso em: http://www.un.org/esa/ffd/tax/2014TBP/Paper9_Li.pdf. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁴⁰¹ LI, Jinyan. **Protecting the Tax Base in the Digital Economy**. United Nations Paper No. 9. June 2014. p. 481. Acesso em: http://www.un.org/esa/ffd/tax/2014TBP/Paper9_Li.pdf. Acesso em: 27 nov. 2019.

Com efeito, as cifras e a lógica indicam claramente que a economia digital é um fenômeno em auge nos países em desenvolvimento. Com efeito, o potencial de crescimento da economia digital no mundo em desenvolvimento é vertiginoso; e não apenas, como costuma-se dizer, porque em tais países há uma classe média – consumidora habitual de produtos digitais – em crescimento exponencial, mas sobretudo, a meu juízo, porque a falta ou obsolescência das infraestruturas físicas tradicionais próprias da economia tangível convida, precisamente, a um maior crescimento das atividades econômicas que funcionam à margem e sem necessidade dessas ditas infraestruturas⁴⁰².

Por outro lado, é o próprio despreparo da infraestrutura tradicional que causará ainda mais dificuldades para estes países efetivamente tributarem a economia digital, como acertadamente analisado por Martin Hearson, que abordou o problema por uma perspectiva dos países africanos:

É precisamente porque a África apresenta atrasos em tudo desde linhas telefônicas até contas bancárias ou livros que isso irá acontecer: a internet, particularmente em dispositivos móveis, oferece a chance de saltar esse estágio esfomeado por capital. [...] Não é apenas o tamanho da economia digital na África que torna isso um problema importante para o futuro. É também o fato de que o crescimento exponencial da digitalização está acontecendo precisamente porque não existe a infraestrutura necessária para prover uma presença física. As pessoas estão cada vez mais baixando livros ao invés de compra-los, enviando whatsapp ao invés de telefonar, enviar pelo fax ou escrever, e utilizando o Facebook ao invés do Correio. O mundo digital torna irrelevante parte do crescimento da economia física, tributável, que já existe em países desenvolvidos.⁴⁰³

As conclusões da passagem supracitada podem ser aplicadas para a maioria dos países em desenvolvimento, sendo fácil perceber porque o problema da “*obsolescência*” das normas tributárias tradicionais é ainda mais graves neles.

4.1.1.2. *O Déficit Democrático na Elaboração das Políticas de Tributação Internacional*

Conforme demonstramos, parte dos críticos do Estabelecimento Permanente apontam que o critério foi criado de forma oportunista para proteger os interesses dos países desenvolvidos, sendo inclusive demonstrado o envolvimento ativo dos Estados Unidos no início dos trabalhos da Liga das Nações para sua consolidação. Sendo assim, pode-se concluir

⁴⁰² BÁEZ MORENO, Andrés. El plan BEPS y los países en vías de desarrollo. In: ALMUDÍ CID, José Manuel et al. **El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS)**: G-20, OCDE y Unión Europea. Navarra: Aranzadi, 2017.p. 557.

⁴⁰³ HEARSON, Martin. **Taxing the digital economy is (going to be) an African issue**. Tax, Development and International Relations. 2014. Disponível em: <https://martinhearsen.wordpress.com/2014/10/01/taxing-the-digital-economy-is-going-to-be-an-african-issue/>. Acesso em: 27 nov. 2019.

que o problema do estabelecimento permanente é diretamente ligado à segunda crítica mais recorrente ao sistema tributário internacional vigente, o déficit democrático.

De fato, não surpreende que as regras resultantes dos trabalhos da Liga das Nações tenham acabado favorecendo as nações mais desenvolvidas, uma vez que foram esses países que as elaboraram. Conforme relatamos no primeiro capítulo, somente os países mais avançados participaram dessas reuniões iniciais, com a solitária exceção da participação da Argentina e da Venezuela no Relatório de 1928. Na única oportunidade que os países em desenvolvimento tiveram de realmente alterar o sistema, foi criada a Convenção modelo de 1943, que basicamente extinguiu o estabelecimento permanente, mudança que foi rapidamente revertida em 1946.

Contudo, apesar do sistema de fato aparentar favorecer as jurisdições da residência, essa nunca foi a motivação declarada nos relatórios da Liga das Nações. Pelo contrário, o problema da dupla tributação sempre foi colocado como algo estritamente técnico, motivo pelo qual a Liga convocou quatro especialistas para que pudessem chegar a uma solução científica. No que toca à metodologia adotada, a professora Alisson Christians critica esse véu de tecnicidade adotado pela Liga das Nações, afirmando que a questão de como solucionar a dupla tributação envolve muito mais do que consequências econômicas, a repartição global dos recursos fiscais é, sobretudo, uma questão de poder:

Far from being a technical or scientific matter, the questions asked implicate not just economics but also politics, culture, society, institutions, diplomacy, and above all, power. [...] Power was the key to dividing the global income tax base then, as it is today [...] Making a claim of right over the global income tax base is, very simply, a matter of power rather than principle. We may wish that nations were guided by normative principles, and we may try to find evidence that normative principles have guided behavior in the past, but this is a challenging task. Dividing the tax base has always been a power struggle amongst nations⁴⁰⁴. (2017, § 1.02, [A] e § 1.04)

É fácil entender por que a questão ultrapassa o âmbito estritamente técnico. Com a expansão global das grandes empresas corporativas no início do século 20, a descentralização e divisão internacional de suas funções, e a atuação em diversos mercados consumidores distintos, todos os países envolvidos nesse processo poderiam teoricamente sustentar um direito legítimo de tributar a renda auferida por essa empresa. Ora, se uma empresa residente no país A realiza a venda remota de bens para o país B, que por sua vez são produzidos no país C, parece justo afirmar que tanto o país B quanto C possuem o direito de tributar parte da renda

⁴⁰⁴ CHRISTIANS, Allison. BEPS and the Power to Tax. In: ROCHA, Sérgio André; CHRISTIANS, Allison. **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Wolters Kluwer, 2017.

auferida pela empresa. Contudo, não é possível afirmar de forma técnica, econômica, um único responsável pelo rendimento criado, “um dólar auferido na economia global é produto não de uma nação ou de algumas nações, mas da integralidade da comunidade econômica global”⁴⁰⁵.

Destaca-se que no Relatório final apresentado à Liga das Nações, corroborando as críticas lançadas por Allison Christians, os próprios economistas reconhecem a dificuldade de determinar a competência tributária através de uma abordagem estritamente técnica, uma vez que a origem do rendimento não pode ser atribuída a um único país:

Contudo, quando se trata da tributação pura da renda, é difícil dizer que uma análise desse tipo [econômica] possa ter grande valor prático; A renda moderna, em qualquer nível, é um produto tão composto e de concepção tão complexa que mesmo teoricamente não é fácil determinar, em termos quantitativos, a proporção de pertencimento econômico relativo aos diferentes países interessados⁴⁰⁶.

Tarcísio Vieira Magalhães também compartilha dessa crítica ao tecnicismo que sempre rondou a tributação internacional, afirmando que a busca apriorística por princípios supostamente apolíticos e racionais já foi tentado, sem sucesso, pelos quatro economistas⁴⁰⁷.

Essa abordagem estritamente técnica ainda é mantida, em partes, no trabalho atual da OCDE. Percebe-se que vários dos pressupostos adotados pela organização giram em torno de se justificar, economicamente, qual país teria direito a tributar um determinado rendimento, utilizando-se de conceitos como “criação de valor”. Quando o Digital Economy Group, por exemplo, em resposta à primeira Consulta Pública de 2019, afirma que “a proposta de participação do usuário [...] levaria a traçar uma linha política arbitrária”, ele de fato não está errado. Não é possível dizer de forma científica que o usuário é responsável por um determinado percentual do valor criado por uma empresa digital. Mas por qual motivo manter o *status quo* (que é a ideia defendida pelo DEG), cujas origens remontam aos trabalhos da Liga das Nações no início do século XX, seria menos arbitrário politicamente?

Como pontuado pelo Professor Wolfgang Schon:

Por último, é preciso entender que esses argumentos com base consensual não têm qualquer força “lógica” ou fundamento “científico”. (...) Eles são simplesmente argumentos políticos, que tentam acomodar reivindicações tributárias conflitantes

⁴⁰⁵ CHRISTIANS, Allison. BEPS and the Power to Tax. In: ROCHA, Sérgio André; CHRISTIANS, Allison. **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Wolters Kluwer, 2017.

⁴⁰⁶ LIGA DAS NAÇÕES (1923). **Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee**. Economic and Financial Commission Report by the Experts on Double Taxation. Document E.F.S.73. F.19 (April 5th 1923). Volume 4 Section 1, Abril de 1923. p. 27.

⁴⁰⁷ MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. **Teoria Crítica do Direito Tributário Internacional**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito e Ciências do Estado. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

entre os países envolvidos de uma maneira que seja administrável, de um ponto de vista prático, e aceitável, de um ponto de vista arrecadatório.⁴⁰⁸

Em um trabalho mais recente, o professor voltou a defender essa ideia, afirmando que: “O direito internacional não provê regras e princípios divinos sobre como alocar direitos de tributação entre países, o centro desse debate é uma disputa puramente política.”⁴⁰⁹. Para Raphael Assef Lavez, os recentes relatórios finais do Projeto BEPS também refletem essa motivação subjacente, afirmando que a busca pelo local onde é “criado o valor”, no âmbito das recomendações para as regras de atribuição de lucro, é resultado de uma decisão de conveniência política, tendendo a favorecer o local em que é desenvolvida a ideia, a pesquisa, o intangível, ou seja, os países desenvolvidos⁴¹⁰.

Desse modo, fica evidente que a discussão que ocorre hoje é muito mais um conflito de forças políticas do que uma análise técnica sobre a real origem do valor criado na economia digital, isso porque qualquer jurisdição minimamente envolvida na cadeia de valor teria um argumento defensável para sustentar sua fatia do bolo, seria “cientificamente” impossível atribuir a uma única jurisdição a qualidade de “origem”. Trata-se de uma conclusão que já havia sido pontuada pelos quatro economistas responsáveis pela criação do sistema tributário internacional no início do século XX, e que persiste ainda mais válida nos dias de hoje:

Nesse sentido, o tecnicismo parece ser uma forma de desviar a atenção acerca das motivações políticas subjacentes, sobretudo quando considerado que as regras da tributação internacional são inteiramente controladas por organizações das nações mais desenvolvidas do mundo, primeiramente a Liga das Nações e posteriormente a OCDE. Nesse sentido, são recorrentes na doutrina brasileira as críticas à OCDE (e, por extensão, a Liga das Nações) como

⁴⁰⁸ SCHÖN, Wolfgang, **Ten Questions About Why and How to Tax the Digitalized Economy** (December 21, 2017). Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance No. 2017-11. p. 5.

⁴⁰⁹ Id., **One Answer to Why and How to Tax the Digitalized Economy** (June 25, 2019). Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance No. 2019-10. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3409783>

⁴¹⁰ LAVEZ, Raphael Assef. **Beps: para quem? Avaliando o Projeto da OCDE a partir do princípio Arm's Length**. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.) *A Tributação Internacional na Era Pós-Beps: Soluções Globais e Peculiaridades de Países em Desenvolvimento*. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016. P. 140

um órgão elitizado, um “clube dos países ricos”⁴¹¹, amparada por uma estrutura hierarquizada e coercitiva impõe um regime globalizado aos demais países do globo⁴¹².

Para Sérgio André Rocha, é questionável que a OCDE seja a responsável por coordenar as ações do Projeto BEPS, uma vez que ela não é um órgão internacional independente, sendo possível que as mudanças implementadas ao “regime tributário internacional” favoreçam somente os países desenvolvidos, continuando assim um imperialismo tributário⁴¹³. Esse não é um questionamento exclusivo de autores brasileiros, além da supracitada Professora Allison Christians, o Professor Andrés Báez Moreno também afirma que o trabalho atual da OCDE tem a intenção explícita de manter o *status quo* da tributação internacional, que favorece os mais desenvolvidos, notadamente por ser um projeto desenvolvido pelos mesmos países ricos⁴¹⁴.

Desse modo, o grande problema para todos os críticos da organização é o *déficit* democrático, não há uma participação ampla e inclusiva na tomada de decisões da OCDE, não é dada uma voz política para os países não-membros. Conforme bem descrito pela obra *Fundamentals of Taxation*, recentemente publicada pelo IBFD:

Um grande número de países não participa (ativamente) das estruturas de tomada de decisão nas respectivas organizações internacionais quando os modelos de normas e orientações tributárias são desenvolvidos e priorizados para implementação, o que pode levar a questionamentos de legitimidade e exacerbar os problemas de fundir normas modelo com sistemas tributários domésticos.⁴¹⁵

Corroborando essa ideia, Tarcísio Magalhaes defende que a busca por um regime tributário internacional legítimo e justo deve passar, necessariamente, por uma democratização da governança tributária global, aperfeiçoando os mecanismos de participação e diálogo⁴¹⁶. Um ponto interessante levantado pelo Autor é como o Projeto BEPS, que busca combater a concorrência tributária e a dupla não-tributação, pode potencialmente prejudicar países periféricos e semiperiféricos, que necessitam de políticas de incentivo fiscal para atrair

⁴¹¹ Cf.: SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: Ainda uma Estratégia Militar. In: GOMES, Marcus Livio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS: Soluções Globais e Peculiaridades de Países em Desenvolvimento**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; ROCHA, Sérgio Andre. **The Other Side of BEPS: ‘Imperial Taxation’ and ‘International Tax Imperialism’**. In: _____; CHRISTIANS, Allison. **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Wolters Kluwer, 2017.

⁴¹² MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. **Teoria Crítica do Direito Tributário Internacional**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito e Ciências do Estado. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018, p. 303

⁴¹³ ROCHA, Sérgio Andre. **The Other Side of BEPS: ‘Imperial Taxation’ and ‘International Tax Imperialism’**. In: _____; CHRISTIANS, Allison. **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Wolters Kluwer, 2017.

⁴¹⁴ MORENO, Andrés Baéz. El plan BEPS y los países em vías de desarrollo. In: ALMUDÍ CID, José Manuel et al. **El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS)**: G-20, OCDE y Unión Europea. Navarra: Aranzadi, 2017.

⁴¹⁵ PISTONE, Pasquale, *et al.* **Fundamentals of Taxation**. Países Baixos: IBFD, 2019. p. 67

⁴¹⁶ MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 304

investimentos e alavancar seu desenvolvimento⁴¹⁷. Desse modo, “não restariam outras alternativas senão tentar compensar a falta de vantagem econômica por meio de estratégias regulatórias possivelmente mais danosas, como flexibilizar (ainda mais) legislações trabalhistas e ambientais” (Tarcísio, p. 301).

Contudo, após quase cem anos, algo parece ter mudado. Conforme relata Yariv Brauner, as críticas à legitimidade da OCDE se intensificaram com o maior desenvolvimento de alguns países em desenvolvimento específicos, os BRICS, liderados pela Índia e China, que passaram a exigir uma voz equivalente no processo de tomada de decisões⁴¹⁸. Como destaca o Professor Eduardo A. Baistrocchi, os BRICs estão retornando para o papel que desempenharam durante a maior parte da história mundial:

É estimado que do século 18 até 1820, eles produziam [BRICs], em média, 80% do total global. A consolidação da revolução industrial europeia, contudo, deixou para trás os países em desenvolvimento e emergentes. No final do século 20, a parcela deles na produção global tinha caído para aproximadamente 40%. Porém, já no início do século 21, países em desenvolvimento e emergentes parecem estar fazendo um retorno nessa área. Eles passaram a contribuir com mais de 50% da produção total global, em termos de poder de compra paritário, como era comum antes da revolução industrial.

Essa demanda por uma abertura democrática abriu espaço para que outras organizações fossem cogitadas para a tarefa de reformular a tributação internacional, como por exemplo a ONU, que passou a trabalhar simultaneamente acerca das questões da economia digital. Por outro lado, a própria União Europeia passou a tentar assumir o controle da questão, imediatamente propondo as diretrizes para criação de um imposto sobre serviços digitais e uma presença digital significativa, dias após a divulgação do Relatório Provisório de 2018. Recentemente, apenas um dia após a divulgação da proposta unificada da OCDE, a Comissária para Concorrência da União Europeia, Margrethe Vestager, disse que caso não seja alcançado um consenso global até o fim de 2020, a EU está preparada para agir⁴¹⁹.

Essa nova pressão exterior talvez sirva para explicar porque os trabalhos da Ação 1 na reforma do regime tributário internacional, desde a publicação dos Relatórios Finais de 2015, pareçam distintivamente mais democráticos. Ora, conforme narramos nos capítulos anteriores, o fato é que desde 2016 os trabalhos passaram a ser de responsabilidade do marco inclusivo, grupo que conta com a participação de 134 países na busca por um consenso mundial pela

⁴¹⁷ Ibid., p. 301.

⁴¹⁸ BRAUNER, Yariv. An Essay on BEPS, Sovereignty, and Taxation. In: ROCHA, Sérgio André; CHRISTIANS, Allison. **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Wolters Kluwer, 2017.

⁴¹⁹ BUELL, Todd. EU Ready to Act On Digital Tax If No Global Deal: Vestager. **Law360 Tax Authority**, 2019.

reforma do sistema tributário internacional, cujas propostas e relatórios são constantemente submetidas ao crivo da opinião pública.

Contudo, apesar da aparente ênfase dada em uma maior democratização do processo decisório, a professora Allison Christians e Laurens van Apeldoorn ressaltam que a ausência de documentos detalhando os propósitos, acordos, estruturas, definição da agenda, negociações e outros processos do marco inclusivo, ou seja, a opacidade institucional da OCDE, impede uma avaliação do grau de inclusividade dos países não-membros da organização⁴²⁰. Ademais, ainda que todos os países do marco inclusivo tenham uma participação significativa, deve-se questionar até que ponto a assimetria técnica entre os países não impede que as nações menos desenvolvidas discutam em pé de igualdade as questões tão técnicas que envolvem a tributação internacional.

De todo modo, embora não se negue a validade das críticas feitas, o marco inclusivo serve como um modelo para uma futura organização tributária mundial⁴²¹, e parece refletir o sucesso da pressão criada pelos países emergentes integrantes do BRICS, o que também explica porque eles aparentam ser as únicas nações do mundo em desenvolvimento que de fato poderão arrecadar mais com a reforma da OCDE.

4.1.2. Os possíveis impactos das propostas da OCDE

No papel, a proposta unificada estaria teoricamente corrigindo as principais deficiências do sistema vigente. A nova proposta cria um novo nexos desvinculado da presença física, e será debatida e criada pelo marco inclusivo. Contudo, é possível que na prática os países em desenvolvimento acabem não se beneficiando das mudanças no sistema.

Isso porque, conforme analisamos brevemente no último capítulo, o novo nexos criado pela proposta unificada tem como único propósito a realocação do lucro não-residual das empresas (Fração A). A realocação desses lucros, por sua vez, se dará através de uma fórmula que será baseada apenas nas vendas realizadas em cada jurisdição. Em razão dessas peculiaridades, surgiram críticas sobre a efetividade da proposta.

Para a Índia, o principal “player” representante dos países em desenvolvimento na contexto da tributação internacional, segundo a fala do Sr. Akhilesh Ranjan, membro do Fisco Indiano e representante do país na OCDE, apesar da proposta unificada ter boas intenções, ela

⁴²⁰ CHRISTIANS, Allison. APELDOORN, Laurens van. The OECD Inclusive Framework. *Bullet for International Taxation*, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3393140>

⁴²¹ Ibid., p. 13.

possivelmente não alocará maiores lucros nas jurisdições de mercado⁴²². Os principais problemas seriam a divisão entre lucro rotineiro e residual, e a insistência na aplicação das regras de arm's length no que tange aos lucros rotineiros (Fração B).

Por outro lado, outros críticos apontam que a proposta pode acabar beneficiando apenas um grupo restrito de países em desenvolvimento, aqueles de grandes mercados consumidores, como a Índia e o Brasil. A OXFAM, por exemplo, sugeriu que a fórmula de realocação também contabilize os funcionários e as atividades produtivas em cada jurisdição:

Um novo método de alocação de lucro deve levar em conta mais fatores do que apenas vendas. A distribuição de lucros com base apenas nas vendas irá beneficiar de maneira desproporcional grandes mercados consumidores, desconsiderando os países em que atividades de inovação acontecem, recursos naturais são extraídos ou grandes estabelecimentos produtores são localizados.

Por esse motivo, critérios mais amplos devem ser utilizados, como funcionários e atividades produtivas⁴²³.

Alguns dias após a publicação da proposta unificada do Secretariado da OCDE, Pascal Saint-Amans, o Diretor do Centro de Política e Administração Tributária da OCDE, e também a principal voz do projeto BEPS, respondeu às críticas de que o projeto não leva em consideração os interesses das nações mais pobres⁴²⁴. Para o especialista, uma fórmula que também levasse em consideração os funcionários e atividades produtivas em cada jurisdição seria ineficiente, fazendo com que as empresas transferissem suas fábricas para países com baixas alíquotas: “Se as empresas são tão boas em adaptar a tudo, porque elas não iriam se adaptar para algo que é móvel?”.

Para Pascal, o “mundo em desenvolvimento” é quem tem mais a perder caso o projeto não alcance consenso em uma reforma do sistema tributário internacional, já que esses países não teriam a força para impor medidas unilaterais. No caso, o interessante é que os “países em desenvolvimento”, para o especialista, são os “price-takers” da economia global, ou seja, aqueles que aceitam como dados os preços (ou, talvez, as condições?) predominantes no mercado. Assim, ele não inclui nesse conceito os países de grandes mercados, como os BRICS, afirmando inclusive que “Um país como a Índia pode impor um tributo novo. É um grande

⁴²² TAXSUTRA. **Indian IRS Officer Mr Akhilesh Ranjan rues “missed opportunity” to sidestep arm's length principle, questions efficacy of OECD's digital taxation proposals.** 2019. Disponível em: <https://www.ibfd.org/IBFD-Tax-Portal/News/Taxsutra-Indian-IRS-Officer-Mr-Akhilesh-Ranjan-rues-missed-opportunity-sidestep>. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁴²³ OXFAM. **Commentary on the Unified Proposal.** Paris: OECD Publishing, 2019.

⁴²⁴ PARKER, Alex M. **Poor Nations Lose If Int'l Tax Deal Fails, OECD Tax Chief Says.** *Law360*, 2019. Disponível em: <https://www.law360.com/tax-authority/articles/1211389/poor-nations-lose-if-int-l-tax-deal-fails-oecd-tax-chief-says>. Acesso em: 27 nov. 2019.

mercado”⁴²⁵. De fato, no regime tributário internacional competitivo atual, em que Estados disputam a atração de investimentos, a concessão de incentivos e desonerações se torna um relevante instrumento para atração de investimento utilizado por países de economias menores⁴²⁶. Nesse sentido, se esses países hoje dependem de incentivos fiscais para atração de investimentos, parece razoável afirmar que no sistema atual os países de baixa-renda não teriam força política para impor medidas unilaterais, o que provavelmente levaria a uma fuga de capital.

Contudo, apesar da forte afirmação, a OCDE ainda não divulgou o relatório dos impactos econômicos da proposta, de modo que ainda não é possível afirmar com certeza quem irá se beneficiar ou não. Mesmo diante das inúmeras incertezas que rondam a reforma do sistema tributário internacional, os pesquisadores Alex Cobham, Tommaso Faccio e Valpy FitzGerald conseguiram realizar uma análise econômica das potenciais consequências da proposta do Pilar Um do trabalho da OCDE⁴²⁷, analisando hipoteticamente como se daria a repartição da arrecadação tributária global caso os lucros residuais fossem realocados por uma fórmula baseada nas vendas em cada jurisdição, e, como contraponto, caso a fórmula também incluía os funcionários de cada país.

Mesmo diante da escassez de dados, os pesquisadores conseguiram utilizar os bancos de dados Orbis e Compustat, que reúnem informações financeiras, estatísticas e de mercado sobre empresas de todo o mundo, em conjunto com os dados divulgados pelo Gabinete de Estatísticas da União Europeia (“Eurostat”) e do Bureau de Assuntos Econômicos dos Estados Unidos (“Bureau of Economic Affairs”), para estimar as atividades globais das multinacionais norte-americanas⁴²⁸. Apesar do estudo ter sido publicado em Outubro de 2019, sua elaboração se deu antes do Secretariado da OCDE ter divulgado a proposta unificada, motivo pelo qual os pesquisadores foram obrigados a trabalhar com cenários hipotéticos⁴²⁹. Mesmo diante dessa

⁴²⁵ Ibid.

⁴²⁶ MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. **Teoria Crítica do Direito Tributário Internacional**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito e Ciências do Estado. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

⁴²⁷ COBHAM, Alex; FACCIO, Tommaso; FITZGERALD, Valpy. **Global Inequalities in taxing rights: An early evaluation of the OECD tax reform proposals**. Preliminary Draft, 2019.

⁴²⁸ Ibid., p. 6.

⁴²⁹ Além da hipótese da proposta unificada da OCDE, os pesquisadores também simularam três outras hipóteses: uma abordagem mais conservadora da proposta da OCDE, em que apenas 20% do lucro residual seria realocado por meio de fórmulas; uma abordagem baseada nas propostas do FMI; e uma abordagem baseada na utilização de fórmulas globais (“Global Formulary Apportionment”), proposta que é sugerida por parte da doutrina, como Avi-Yonah. Contudo, respeitando a delimitação temática do presente trabalho, analisaremos tão somente os impactos referentes à proposta unificada da OCDE.

dificuldade, a hipótese testada no trabalho é impressionantemente próxima da proposta unificada final.

Conforme relatado no documento, os pesquisadores trabalharam com a hipótese de que o modelo proposto pela OCDE irá determinar uma divisão entre os lucros “rotineiros” e “não-rotineiros” das multinacionais, pressupondo que o lucro “rotineiro” será determinado a partir um percentual fixo de retorno sobre os ativos imobilizados do grupo. Uma vez alocado essa primeira categoria em linha com os princípios tradicionais de “arm’s length”, o lucro residual poderá ser distribuído seguindo uma fórmula que se baseia na proporção das vendas registradas em cada jurisdição, ou uma baseada nas vendas e empregados em cada país em relação aos números globais do grupo⁴³⁰. Reproduz-se abaixo a descrição da hipótese utilizada no artigo:

b. Para o “Modelo da OCDE”, estimamos os lucros rotineiros em nível global como um retorno de 7,5% sobre os ativos fixos. Esse valor é alocado entre jurisdições de acordo com preços arm’s length: ou seja, para nossos propósitos ele será distribuído de acordo com as proporções atualmente adotadas do lucro tributável. Em seguida, o lucro “residual” (o valor de lucros globais remanescentes que não estão abrangidos pelo retorno sobre ativos fixos) será alocado entre jurisdições ou de acordo com (i) a participação do país nas vendas totais das multinacionais norte-americanas; e (ii) a participação somada das vendas e empregados⁴³¹.

Nota-se a marcante proximidade da hipótese trabalhada com a proposta unificada da OCDE, que também determina a alocação dos lucros rotineiros segundo as regras tradicionais de “arm’s length”, cogita a possibilidade de utilização de percentuais fixos para determinação do lucro rotineiro, e sugere a introdução de fórmulas para realocar o lucro residual.

Na avaliação dos impactos globais, a simulação tomou como referência a classificação de países do Banco Mundial, que divide o mundo entre nações de renda alta, renda média superior, renda média inferior e baixa renda⁴³². Além disso, os pesquisadores apuraram separadamente os impactos referentes à arrecadação dos paraísos fiscais⁴³³.

Para fins do presente trabalho, segundo a tabela de classificação elaborada pelo Banco Mundial, destacamos que os países desenvolvidos (jurisdições de residência das

⁴³⁰ COBHAM, Alex; FACCIO, Tommaso; FITZGERALD, Valpy. **Global Inequalities in taxing rights: An early evaluation of the OECD tax reform proposals**. Preliminary Draft, 2019. p. 11.

⁴³¹ Ibid., p. 14.

⁴³² Disponível em: <https://datahelpdesk.worldbank.org/knowledgebase/articles/906519-world-bank-country-and-lending-groups>. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁴³³ As seguintes nações foram consideradas como Paraísos Fiscais: Ilhas Maurício, Aruba, Bahamas, Barbados, Bermuda, Ilhas Virgens Britânicas, Ilhas Cayman, Curaçao, Panamá, São Cristóvão e Neves, Porto Rico, Santa Lucia, Trindade e Tobago, Ilhas Virgens, Guam, Hong Kong, Macau, Arábia Saudita, Cingapura, Emirados Árabes Unidos, Chipre, Guernsey, Irlanda, Jersey, Luxemburgo, Malta, Mônaco, Países Baixos, Suíça e toda renda que atualmente é atribuída para “entidades apátridas e outros países” – COBHAM, Alex; FACCIO, Tommaso; FITZGERALD, Valpy. **Global Inequalities in taxing rights: An early evaluation of the OECD tax reform proposals**. Preliminary Draft, 2019. p. 16.

multinacionais) estão todos enquadrados na categoria “países de renda alta”. Por outro lado, países em desenvolvimento com destaque do cenário global, como o Brasil, China, Rússia, África do Sul, Colômbia, México, Turquia e Tailândia aparecem como “países de renda média superior”. Um notório ponto fora da curva é o caso da Índia, certamente um dos “players” mais relevantes no debate da reforma do sistema tributário internacional, e o integrante dos BRICS mais atuante na área, que se encontra na categoria de “país de renda média inferior”.

Esclarecidos esses pontos, passamos aos resultados encontrados pelos pesquisadores. Frisa-se que essa breve exposição não tem como propósito defender nenhum ponto de vista em específico, trata-se apenas de um relato necessário acerca do único estudo econômico encontrado, e, provavelmente, pioneiro, sobre a questão dos impactos da reforma do sistema tributário internacional. Para facilitar a visualização das conclusões, elaboramos a tabela abaixo que simula como seria a alocação dos lucros globais dos grupos multinacionais norte-americanos nos dois cenários hipotéticos de reforma (as cifras estão em bilhões de dólares):

Tabela 1

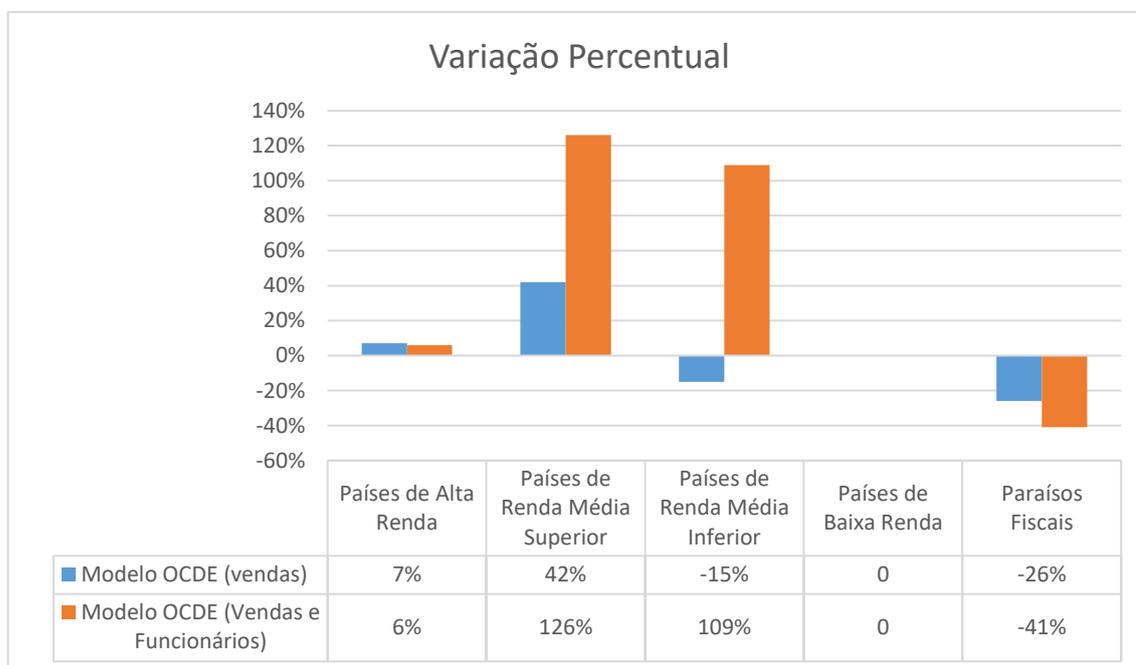
Países	Alocação Atual	Modelo OCDE – Somente Vendas	Modelo OCDE – Vendas e Funcionários
Renda Alta	1.010,40	1.084,40	1.069,60
Renda Média Superior	45,70	64,80	103,60
Renda Média Inferior	20,20	17,10	42,30
Baixa Renda	-0,30	0,10	0,40
Paraísos Fiscais	344,50	254,10	204,70

Fonte: Autor

Inicialmente, impressiona o desequilíbrio na repartição da arrecadação global. Segundo os dados apresentados pelos pesquisadores, aproximadamente 95% dos lucros das multinacionais norte-americanas são alocados em países de renda alta ou paraísos fiscais, corroborando a pesquisa de Gabriel Zucman e Thomas Wright que encontrou quase metade dos lucros estrangeiros de multinacionais americanas não-petrolíferas alocados em paraísos fiscais com alíquotas efetivas de 7%⁴³⁴, ao passo que nos países de baixa renda em conjunto sequer são verificados lucros. A pesquisa e a metodologia não são inteiramente detalhada no documento, não é possível conferir a origem dos números encontrados, de modo que ainda é necessário um estudo totalmente separado e dedicado para tanto, porém não nos

⁴³⁴ ZUCMAN, Gabriel. WRIGHT, Thomas. **The Exorbitant Tax Privilege**. Working Paper 24983, 2018.

encarregaremos disso já que não é o objetivo do trabalho. Embora os números absolutos não demonstrem grandes mudanças, as variações percentuais são relevantes:



Percebe-se que apesar da variação percentual positiva pequena dos países de renda alta, a tabela anterior demonstra que o ganho absoluto dos países desenvolvidos será mais que três vezes o ganho dos países de renda média superior (US\$ 74bi x US\$ 19,10bi). Além disso, o que mais assusta é que a simulação prevê uma perda percentual para os países de renda média inferior caso a fórmula alocação dos lucros residuais se baseie somente nas vendas. Os números apresentados não nos permitem realizar qualquer conclusão definitiva acerca das alegações de que a reforma estaria favorecendo somente jurisdições de grande mercado, uma vez que cinco das nações mais populosas do mundo integram o grupo dos países de renda média inferior (Índia, Bangladesh, Indonésia, Nigéria e Paquistão⁴³⁵). Assim, não é claro se essas nações de fato irão perder receita ou tiveram os seus ganhos anulados pelos demais países da categoria “renda média inferior”. Contudo, os resultados certamente indicam que em ambas as situações os paraísos fiscais são os grandes perdedores, e que a introdução de um critério adicional para realocar o lucro residual, tomando por base também os funcionários em cada jurisdição, iria favorecer todos os países de renda média, ao menos no curto-prazo.

⁴³⁵ Cf.: <https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2017/12/estes-serao-os-paises-mais-populosos-de-2018.html>. Acesso em: 27 nov. 2019.

Nesse sentido, os especialistas reiteram a afirmação de Pascal Saint-Amains de que a introdução de um critério de funcionários poderia trazer prejuízos no longo-prazo, induzindo as empresas a transferirem suas fábricas para países com menor tributação, motivo pelo qual a utilização de um critério único baseado nas vendas pode parecer mais adequado:

Contudo, existe uma preocupação racional de que a inclusão de um critério de funcionários na alocação tributária poderia gerar um efeito negativo não desejado no longo-prazo para países em desenvolvimento, apesar dos ganhos no curto-prazo. Na hipótese de uma empresa ver sua carga tributária aumentar com as mudanças, existiria um incentivo para ou mudar o seu rol de empregados para uma jurisdição de menor tributação, ou substituir os empregados por funcionários terceirizados, que provavelmente ganham menos e não recebem benefícios como seguridade social. Esse efeito secundário seria um estímulo para mais guerra fiscal entre países em desenvolvimento, além de agravar as condições trabalhistas. O mesmo pode ser dito sobre a utilização de bens de capital como um fator de alocação, esses podem ser transferidos para outros países ou vendidos para subcontratados para reduzir a carga tributária nessa jurisdição.

Isso é evidentemente um dos atrativos de se utilizar as vendas como único fator de alocação.⁴³⁶

Contudo, sem aprofundar muito na questão, o trabalho encerra chamando essas afirmações de “exageradas”, e concluindo que o temor acerca da transferência da base de funcionários poderá ser combatido mediante a introdução de tributos anti erosão de base, como a proposta do Pilar Dois da OCDE, o imposto mínimo global (GloBE)⁴³⁷.

Desse modo, sendo esse o único trabalho que se propôs a realizar uma estimativa dos impactos econômicos das propostas para reforma, é inegável que ainda existe uma grande névoa de incerteza sobrevoando as discussões da OCDE, sendo necessário aguardar ainda o relatório dos impactos econômicos prometido pela própria OCDE para uma melhor análise. Contudo, mesmo com a divulgação de eventual relatório, o fato é que ainda existem muitos detalhes que precisam ser discutidos e acordados de maneira consensual por todos os países membros do marco inclusivo, de modo que parece de fato difícil que um consenso mundial seja alcançado até o final de 2020:

A atual Proposta de Abordagem Unificada, em termos gerais, requer que muitas peças moventes sejam acordadas em um período de tempo muito curto para evitar uma implementação irregular e múltiplas instâncias de dupla tributação da renda. As peças moventes incluem: (a) o escopo da aplicação, (b) uma nova fórmula unitária de alocação para Multinacionais dentro de seu escopo, (c) a seleção e definição do novo

⁴³⁶ COBHAM, Alex; FACCIO, Tommaso; FITZGERALD, Valpy. **Global Inequalities in taxing rights: An early evaluation of the OECD tax reform proposals**. Preliminary Draft, 2019. p. 21.

⁴³⁷ Ibid., p. 23.

critério de nexos, (d) uma nova fórmula de atribuição para países com algum direito de nexos, e (e) novos procedimentos para resolução de conflitos multilaterais.⁴³⁸

Na eventualidade dos trabalhos do Marco Inclusivo não obterem sucesso na sua missão para reforma do sistema tributário, Pascal Saint-Amains alerta que a recente disputa Franco-Americana acerca do imposto de serviços digitais, comentada no capítulo dois, dá uma prévia do que o mundo pode se tornar, transitando de um cenário de guerra fiscal para um de guerras comerciais⁴³⁹. Nesse pior cenário hipotético, é razoável esperar que sejam disseminadas mundialmente medidas unilaterais para tributação do setor digital, fato que certamente levaria a uma retaliação por parte das jurisdições de residência das gigantes tecnológicas.

4.2. A Implementação de Medidas Unilaterais no caso da Índia e do Brasil

Diante da relevância da questão acerca da reforma do sistema tributário internacional no contexto da economia digital para os países em desenvolvimento, especialmente aqueles de grande mercado, é natural que a adoção de medidas unilaterais para tributação da economia digital tenha se tornado um tema seriamente considerado, como apontado pela ONU:

17. Países em desenvolvimento talvez sejam os que mais tem a ganhar com a introdução de medidas buscando abordar a economia digital. Por um lado, as ações unilaterais promovidas pela economia digital têm uma maior ênfase em estruturas baseadas na retenção na fonte, seja a tributação sobre o consumo, renda, ou lucro, permitindo que países aumentem sua capacidade arrecadatória através do que é comumente visto como uma “propriedade nacional” do mercado consumidor de bens e serviços ou de uma infraestrutura digital, apesar da natureza sem fronteiras das atividades digitais. **Isso é particularmente relevante para países com grandes mercados consumidores, ou países com o desenvolvimento atrasado, porque atribui ao país da fonte o direito de tributar sem a necessidade da presença física em seus mercados.**⁴⁴⁰

Nesse sentido, a OCDE tem afirmado de forma recorrente que a busca por uma solução consensual tem como um de seus principais objetivos evitar o caos tributário que seria a adoção generalizada de medidas unilaterais. Apesar disso, conforme discorreremos no capítulo anterior,

⁴³⁸ BYRNES, William H., **Comments and Recommendations OECD Public Consultation Document Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One**. 2019. p. 2. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3487236. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁴³⁹ PARKER, Alex M. Poor Nations Lose If Int'l Tax Deal Fails, OECD Tax Chief Says. **Law360**, 2019. Disponível em: <https://www.law360.com/tax-authority/articles/1211389/poor-nations-lose-if-int-l-tax-deal-fails-oecd-tax-chief-says>. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁴⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Tax Challenges in the Digitalized Economy**: Selected Issues for Possible Committee Consideration. Comitê de Especialistas em Cooperação Internacional em Matéria Tributária: E/C.18/2017/CRP.22, Outubro de 2017. p. 7.

a criação unilateral de tributos direcionados para a economia digital já é uma realidade, principalmente dentro da União Europeia.

Do ponto de vista dos países em desenvolvimento, a Índia representa o exemplo mais ativo no tocante a medidas unilaterais, tendo já introduzido em sua legislação tanto o Imposto sobre Serviços Digitais quanto o conceito de Presença Econômica Significativa, no âmbito da tributação de renda. Assim, na eventualidade do acordo consensual não ser alcançado, muitos países em desenvolvimento provavelmente se inspirarão nas soluções instituídas por ela.

Desse modo, tendo por objetivo concluir o presente trabalho analisando a posição do Brasil nesse eventual cenário em que não se alcançará uma proposta consensual, o último título da pesquisa será dedicado a explorar em detalhes as medidas unilaterais instituídas pela Índia e, em seguida, quais lições o Brasil pode tirar dessa experiência. Sendo a Índia um país em desenvolvimento, com grande mercado, uma das maiores economias do mundo e parte do BRICS, ela é o melhor paradigma disponível para o Brasil avaliar as possíveis consequências da implementação de medidas unilaterais.

4.2.1. As Medidas Adotadas pela Índia

Conforme adiantamos no capítulo III, a Índia tem sido pioneira na implementação unilateral de medidas para tributar negócios altamente digitalizados, o que pode ser explicado pela incapacidade do fisco indiano de tributar em moldes tradicionais essa crescente parcela da economia. Segundo informações de 2017 da Associação da Internet e Dispositivos Móveis da Índia, o país era a segunda nação com mais usuários de internet no mundo, sendo previsto que o tamanho da economia do setor digital na Índia iria dobrar entre 2017 e 2020, alcançando a marca de 250 bilhões de dólares⁴⁴¹. Ao mesmo tempo, nos anos anteriores, o judiciário do país havia reiteradamente firmado o posicionamento de que a receita de serviços de marketing online prestados por um não-residente não eram sujeitos à tributação como royalties, tampouco como lucro empresarial, uma vez que não existiria um estabelecimento permanente na Índia para formação do nexo⁴⁴².

Assim, diante da incapacidade de tributar a renda desse setor que crescia exponencialmente, em 2016, meses após a OCDE ter divulgado os Relatórios Finais do Projeto

⁴⁴¹ SINGH, Rav P. AGARWAL, Vinti. **Taxation of Digital Economy in India: The Way Forward**. Vidhi Centre for Legal Policy. 2019. p. 28. Disponível em: <https://ilt.taxmann.com/expert-article-misc.aspx>. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁴⁴² GOEL, Deepak. **Equalisation Levy – Is it a beginning of a new saga?** 2019. . Disponível em: <https://ilt.taxmann.com/expert-article-misc.aspx>. Acesso em: 27 nov. 2019.

BEPS, o país introduziu o “Imposto de Equalização” (*Equalisation Levy*), popularmente conhecido como “Imposto Google”⁴⁴³. O tributo está previsto no capítulo VIII da Lei Financeira de 2016, e consiste de uma exação de 6% na fonte sobre as remessas feitas para não-residentes, como contraprestação por serviços de marketing online ou qualquer outro equivalente:

Capítulo VIII
Imposto de Equalização

[...]

164. Neste capítulo, salvo disposição contrária,-

[...]

(i) “serviço especificado” significa marketing online, qualquer provisão de espaço para propagandas digitais ou qualquer outra faculdade ou serviço prestado para o propósito de marketing digital, incluindo também qualquer outro serviço que seja notificado pelo Governo Central;

[...]

165. (1) A partir da vigência do presente capítulo, será cobrado um imposto de equalização de seis por cento sobre o valor pago a título de contraprestação, por qualquer um dos serviços especificados, para um não-residente, que tenha sido remetido por:

- (i) uma pessoa residente na Índia e que desenvolve um negócio ou profissão; ou
- (ii) um não-residente que possui um estabelecimento permanente na Índia.⁴⁴⁴

Segundo o art. 166, o contratante do serviços deverá recolher na fonte o imposto sobre o valor pago para o não-residente, aparentemente aplicável tanto para pessoas físicas quanto jurídicas. Além disso, a mesma lei trouxe alterações na Lei do Imposto de Renda da Índia, especificamente nos dispositivos que tratam de sua isenção. O ato adicionou o item (50) na seção 10 da referida lei, de modo a deixar claro que todo rendimento sujeito ao Imposto de Equalização estará isento do Imposto de Renda, evitando-se assim uma dupla tributação:

Capítulo III

RENDIMENTOS QUE NÃO FORAM PARTE DA RENDA TOTAL

Rendimentos não inclusos na renda total.

10. Na apuração da renda total do ano-exercício anterior de qualquer pessoa, todo rendimento que se enquadre em uma das cláusulas abaixo não será incluído-

[...]

(50) todo rendimento proveniente de um serviço prestado no dia ou após o início da vigência das provisões do Capítulo VIII da Lei Financeira de 2016, que seja sujeito ao Imposto de Equalização segundo o referido Capítulo.⁴⁴⁵

⁴⁴³ GUPTA, Ipsiata; NAIR, Siddant. **Taxation in the Information Technology Era**: The journey from ‘Business Connection’ to ‘Significant Economic Presence’. 2019. p. 5. Disponível em: <https://ilt.taxmann.com/expert-article-misc.aspx>. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁴⁴⁴ ÍNDIA. **Lei Financeira de 2016** (Lei nº 28 de 2016). Nova Delhi, 2016. Disponível em: <https://taxguru.in/wp-content/uploads/2016/05/Finance-Act-2016.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁴⁴⁵ ÍNDIA. **Lei do Imposto de Renda** (Lei nº 43 de 1961). Nova Delhi, 1961, Disponível em: <http://www.icnl.org/research/library/files/India/IndiaIncomeTax1961.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2019.

Embora o rendimento seja isento da tributação sobre a renda, vale ressaltar que o Imposto de Equalização não é, formalmente, um imposto sobre a renda. O novo tributo incide sobre a contraprestação por serviços prestados, se aproximando assim muito mais de um imposto indireto sobre serviços, fato reconhecido pelo próprio Relatório do Comitê Indiano de Tributação do E-Commerce, que afirmou que “O Imposto de Equalização está fora da abrangência da Lei do Imposto de Renda. Não é um tributo sobre a renda, uma vez que é cobrado por pagamentos.”⁴⁴⁶. Essa distinção é essencial para evitar que a Índia tenha que pactuar emendas em sua rede de 80 tratados bilaterais para evitar a bitributação. Segundo dados disponíveis na internet, no exercício financeiro de 2017-2018 (os dados são coletados no período entre Abril e Março) o Governo Indiano arrecadou ₹5,5 bilhões de rupias com o Imposto de Equalização, o que foi visto como um sucesso para o país⁴⁴⁷. Apesar da cifra expressiva, a arrecadação equivale a aproximadamente R\$ 328 milhões, um valor praticamente inexpressivo diante das arrecadações trilionárias de países como o Brasil, motivo pelo qual deve-se questionar os reais benefícios do imposto em questão.

Além disso, em 2018, o país aprovou uma nova Lei Financeira que introduziu um comentário à Lei do Imposto de Renda, efetivamente ampliando a base tributária para também abranger não-residentes que possuam uma “presença econômica significativa”. Para explicar melhor, é necessário analisar como funciona a regra do nexo na Índia. A Seção 5 da Lei do Imposto de Renda prevê que toda renda de um não-residente, considerada como proveniente da Índia, estará sujeita à tributação. Já a Seção 9, por sua vez, prevê que um rendimento será considerado como proveniente da Índia quando for oriundo, seja diretamente ou indiretamente, através ou de qualquer forma de “conexão negocial” no país⁴⁴⁸.

A redação é propositalmente vaga, isso porque a legislação da Índia traz uma série de “Explicações”, logo em seguida a cada seção, que oferecem a interpretação desejada para o dispositivo. Nesse sentido, a Lei Financeira de 2018 adicionou a Explicação 2A à Seção 9, dispondo que a presença econômica significativa de um não-residente será considerada uma

⁴⁴⁶ GOEL, Deepak. Equalisation Levy – Is it a beginning of a new saga? 2019. p. 2. Disponível em: <https://ilt.taxmann.com/expert-article-misc.aspx>. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁴⁴⁷ Cf: <https://www.thehindubusinessline.com/economy/digital-tax-centre-rakes-in-moolah-with-equalisation-levy/article26260963.ece>; e <https://www.tmf-group.com/en/news-insights/articles/2019/june/india-equalisation-levy/>. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁴⁴⁸ “Renda considerada originária ou surgida na Índia.

9. (1) Os seguintes rendimentos serão considerados originários ou surgidos na Índia:-

(i) Toda renda originária ou surgida, seja diretamente ou indiretamente, através ou de qualquer forma de conexão negocial na Índia, ou através ou de qualquer propriedade na Índia, ou através ou de qualquer ativo ou fonte de renda na Índia [...]” - ÍNDIA. Lei do Imposto de Renda (Lei nº 43 de 1961). Nova Delhi, 1961. Disponível em: <http://www.icnl.org/research/library/files/India/IndiaIncomeTax1961.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2019.

“conexão comercial” para fins de incidência do imposto, definindo essa situação da seguinte maneira:

Explicação 2A.— Para superação de quaisquer dúvidas, fica aqui esclarecido que a presença econômica significativa de um não-residente na Índia irá constituir uma “conexão comercial” na Índia. Para esse propósito, a “Presença econômica significativa” será entendida como—

(a) a transação de bens ou prestação de serviços feita por um não-residente na Índia, incluindo a provisão de download de dados ou software, desde que o montante agregado de pagamentos oriundos de transações similares ao longo do ano anterior exceda um montante a ser determinado; ou

(b) a solicitação sistemática e contínua de atividades empresariais, ou a interação com um número de usuários que exceda o montante a ser determinado, através de meios digitais;

As transações ou atividades irão constituir uma presença econômica significativa na Índia, independentemente de:

(i) o contrato para tal transação ou atividade ter sido pactuado na Índia; ou

(ii) o não-residente possuir uma residência ou local de negócios na Índia; ou

(iii) o não-residente prestar seus serviços na Índia.

Considerando que os rendimentos sujeitos ao Imposto de Equalização estão isentos do Imposto de Renda, a presença econômica significativa não será aplicável para transações sujeitas ao primeiro tributo, de modo que não haverá conflitos entre os dois tributos. A ampliação da incidência do Imposto espera atingir empresas altamente digitalizadas que, até então, pagavam pouco ou nenhum imposto para a Índia. É o caso da indústria do streaming de entretenimento online, Ipsiata Gupta e Siddhant Nair sugerem que tanto a Netflix quanto a Spotify provavelmente irão se enquadrar nas definições de presença econômica significativa⁴⁴⁹. Contudo, assim como havíamos discorrido anteriormente, uma vez estabelecido o nexos ainda é necessário atribuir os lucros que serão tributáveis no país. Nesse sentido, a Explicação 2A apenas esclarece que deverão ser atribuídos os lucros relativos às atividades referidas nas alíneas (a) e (b), seguindo as regras normais da Índia para atribuição de lucros no caso de filiais, subsidiárias e estabelecimentos permanentes⁴⁵⁰.

O fato de o comando para atribuição de lucros ser extremamente vago talvez se deva ao fato de que o critério da presença econômica significativa ainda não está em vigor. Assim, apesar do pioneirismo, até a data de hoje (19/11/2019), o país ainda não havia publicado os

⁴⁴⁹ GUPTA, Ipsiata; NAIR, Siddant. **Taxation in the Information Technology Era: The journey from ‘Business Connection’ to ‘Significant Economic Presence’**. Disponível em: <https://ilt.taxmann.com/expert-article-misc.aspx>. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁴⁵⁰ SANGHVI, Rashmin Chandulal. **Significant Economic Presence for E-Commerce Taxation**. Disponível em: <https://ilt.taxmann.com/expert-article-misc.aspx>. Acesso em: 27 nov. 2019.

parâmetros específicos de receita para definir quando será constituída a presença econômica significativa⁴⁵¹.

Diante de todo o exposto, não restam dúvidas de que a Índia se tornou um “player” extremamente ativo nos debates sobre a reforma da tributação internacional, o que leva ao questionamento de por que o Brasil, que também figura na posição de uma das maiores economias do mundo e membro do BRICS, não parece estar tão envolvido nos debates sobre a economia digital.

A resposta, no caso, é que a economia digital e as obsolescências do sistema tributário internacional não representam uma ameaça tão grande para a arrecadação brasileira.

4.2.2. A Relativa Desnecessidade de Medidas Similares para o Sistema Brasileiro

Embora a Índia seja o exemplo mais próximo ao Brasil, conforme destacado no capítulo 3, vários países implementaram ou estão cogitando implementar algum tipo de imposto específico sobre serviços digitais, taxando as remessas ao exterior a título de contraprestação. No Brasil, contudo, não há sequer discussões propondo algum tipo de tributo similar, pelo contrário, o debate sobre a economia digital geralmente gira em torno da tributação sobre o consumo, e o conflito ICMS *versus* ISSQN⁴⁵².

O motivo pelo qual não vemos iniciativas similares no território brasileiro é muito simples. Como apontado por João Marcus Rigoni, apesar do sistema tributário brasileiro não ter sido construído para abordar os desafios da economia digital, tudo indica que ele já é razoavelmente preparado para essa nova realidade, ao menos de um ponto de vista arrecadatório⁴⁵³. Basta comparar as medidas unilaterais adotadas internacionalmente com os mecanismos do sistema brasileiro: tomemos como exemplo o imposto de equalização e o imposto sobre serviços digitais, que são basicamente uma taxa sobre as remessas enviadas

⁴⁵¹ JHINGAN, Seema; MANCHANDA, Dhurv. **India: Potential Direct Tax Implications for Digital Economy.** Disponível em: <http://www.mondaq.com/india/x/856626/tax+authorities/Potential+Direct+Tax+Implications+for+Digital+Economy>. Acesso em: 27 nov. 2019.

⁴⁵² Cf.: TEIXEIRA, Tiago Conde. **A Tributação de Plataformas Digitais e a Lei Complementar 157/2016;** CARNEIRO, Daniel Dix; REBOUÇAS, Bruno Nogueira. **Inconstitucionalidade do Convênio 106/2017 que define as plataformas digitais e sites como estabelecimentos autônomos para fins de incidência do ICMS.** In: MATA, *et al.* (org.). **Tributação na Sociedade Moderna.** Belo Horizonte: Arraes Editora, 2019; ROCHA, Sérgio André; JESUS, Mariana Cavalcanti de. **A Incidência do ICMS sobre o Comércio Eletrônico de Software.** R. Fórum de Dir. Tributário – RFDT | Belo Horizonte, ano 16, n. 95, p. 47-74, set./out. 2018

⁴⁵³ RIGONI, João Marcus de Melo. **A Brazilian View on Base Erosion and Profit Shifting: An Alternative Path.** *Intertax*, 2014, v. 42. p. 733.

ao exterior com contraprestação por serviço digital. Ora, o Brasil já tributa na fonte todas as remessas ao exterior que são geralmente debatidas no contexto da economia digital.

Inicialmente, o artigo 744 do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 9.580/18) já prevê uma regra geral de retenção na fonte nas remessas de qualquer tipo de rendimento para o exterior, seja para pessoa jurídica ou pessoa física, em uma redação extremamente ampla⁴⁵⁴. Em seguida, o artigo 765 traz a mesma previsão para o caso de pagamentos de serviços técnicos e de assistência técnica, administrativa ou semelhantes remetidos para pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior⁴⁵⁵. O artigo seguinte ainda cuida de garantir a retenção na fonte sobre as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas para o exterior pela aquisição ou pela remuneração, a qualquer título, de qualquer forma de direito, o que já abarca qualquer pagamento pela aquisição de licenças de uso ou comercialização de software⁴⁵⁶. E, por fim, o artigo 767 também sujeita à retenção na fonte, à alíquota de quinze por cento, as importâncias remetidas ao exterior título de royalties.

Além disso, as pessoas jurídicas brasileiras que adquiram conhecimentos tecnológicos, sejam signatárias de contratos que impliquem a transferência de tecnologia ou a prestação de serviços técnicos, assistência administrativa e semelhantes, são obrigadas a recolher a Contribuição de Intervenção sobre o Domínio Econômico criada pela Lei nº 10.168/00, incidindo à alíquota de dez por cento sobre os valores pagos, creditados, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior.

Por fim, a importação de serviços ainda está sujeita à incidência das contribuições ao PIS e a COFINS e ao Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, onerando ainda mais as eventuais remessas ao exterior.

Diante do amplo sistema de retenções federais, seria possível cogitar a possibilidade de se aproveitar das convenções para evitar a dupla tributação assinadas pelo Brasil como um meio de escape, uma vez que elas teoricamente exigiriam que a tributação de serviços técnicos

⁴⁵⁴ Art. 744. Os rendimentos, os ganhos de capital e os demais proventos pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, por fonte situada no País, a pessoa física ou jurídica residente no exterior, ficam sujeitos à incidência na fonte, à alíquota de quinze por cento, quando não tiverem tributação específica prevista neste Capítulo, inclusive nas seguintes hipóteses

⁴⁵⁵ Art. 765. Ficam sujeitos à incidência do imposto sobre a renda na fonte, à alíquota de quinze por cento, os rendimentos de serviços técnicos e de assistência técnica, administrativa e semelhantes derivados do País e recebidos por pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no exterior, independentemente da forma de pagamento e do local e da data em que a operação tenha sido contratada, os serviços executados ou a assistência prestada.

⁴⁵⁶ Art. 766. Ficam sujeitas à incidência do imposto sobre a renda na fonte, à alíquota de quinze por cento, as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas para o exterior pela aquisição ou pela remuneração, a qualquer título, de qualquer forma de direito, inclusive a transmissão, por meio de rádio ou televisão ou por qualquer outro meio, de filmes ou eventos, mesmo os de competições desportivas das quais faça parte representação brasileira

prestados por um não-residente fosse condicionada à existência de um estabelecimento permanente. Contudo, além do país possuir uma das menores redes de tratados bilaterais entre países do G-20, ainda assim, nos poucos tratados que possui, o Brasil adota uma política que simplesmente não leva em conta o Estabelecimento Permanente, ou pelo menos o ignora na maioria dos casos, evitando assim um dos principais problemas do sistema que atualmente é exacerbado pela economia digital.

O Estabelecimento Permanente, conforme destacamos no primeiro capítulo, é determinante para limitar a tributação na fonte dos lucros de empresas estrangeiras, sendo utilizado como critério determinante no artigo 7º das Convenções-Modelo. Nesse sentido, conforme aponta o Professor Sérgio André Rocha, as principais categorias de rendimento sob o escopo do artigo 7º são os alugueis, a prestação de serviços empresariais, seguro e resseguro e a venda de mercadorias; ocorre que todos esses rendimentos, com exceção da venda de mercadorias que não sofre retenção na fonte, acabam sendo enquadrados em outros artigos das convenções brasileiras, esquivando-se assim da aplicação do estabelecimento permanente⁴⁵⁷

Assim, todos os tratados tratam alugueis como *royalties*, e a maioria deles ainda possui uma disposição expressa que também equipara os serviços técnicos a *royalties*, evitando o artigo 7º e aplicando o tratamento previsto pelo artigo 12, sobre as remessas de royalties, que autorizam a jurisdição da fonte a tributar os rendimentos. Somente 5 (cinco) tratados brasileiros não possuem um artigo equiparando os serviços técnicos a royalties, sendo eles as convenções assinadas com a Áustria, Finlândia, França, Japão e Suécia⁴⁵⁸.

O sistema tributário brasileiro não é apenas bem protegido no que tange às retenções sobre as remessas ao exterior, o país também evita a utilização do estabelecimento permanente em todas as demais situações através de um dos regimes CFC (Controlled Foreign Companies) mais severos do mundo⁴⁵⁹. Explica-se. Conforme ensina Alberto Xavier, a expressão ‘regras CFC’ dizem respeito a um tipo específico de normas antiabuso, visando impedir que empresas controladas e coligadas à pessoa jurídica brasileira consigam esconder a maior parte de seus lucros em países de tributação favorecida⁴⁶⁰. Para Heleno Torres, a norma CFC significa:

[...] imputar aos sócios ou acionistas residentes, por transparência, os lucros produzidos pela sociedade constituída e localizada em países com tributação favorecida, fazendo incidir o imposto aplicável aos lucros produzidos no exterior, pelas sociedades ali localizadas, e das quais aqueles sujeitos são acionistas,

⁴⁵⁷ ROCHA, Sérgio Andre. **Política Fiscal Internacional Brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 54.

⁴⁵⁸ Ibid.

⁴⁵⁹ RIGONI, João Marcus de Melo. A Brazilian View on Base Erosion and Profit Shifting: An Alternative Path. **Intertax**, 2014, v. 42. p. 734.

⁴⁶⁰ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

automaticamente, como se fossem produzidos internamente, mesmo se não distribuídos sob a forma de dividendos.⁴⁶¹

Apesar das características acima, as regras CFC Brasileiras, atualmente tratadas na Lei nº 12.973/14, são recorrentemente apresentadas como um sistema distinto. Como afirma o Professor Sérgio André Rocha, o modelo brasileiro se distingue dos modelos internacionais baseados no controle de planejamentos tributários abusivos, é na verdade um modelo de tributação em bases mundiais mais abrangente, que determina a tributação automática dos lucros auferidos pelas empresas controladas no exterior⁴⁶² inclusão total”, determinando basicamente a tributação automática dos lucros das empresas controladas e coligadas, quando residentes em países de tributação favorecida, independentemente de estabelecimento permanente. Os lucros apurados ao final do ano devem ser adicionados na apuração do imposto de renda da empresa controladora ou coligada brasileira.

Para Alberto Xavier, as regras brasileiras não são verdadeiras “regras CFC”, uma vez que não possuem caráter excepcional nem finalidade antielisiva, pelo contrário, concebem como regra geral a tributação da totalidade do lucro das controladas no exterior (e coligadas em países de tributação favorecida), independentemente da natureza dos rendimentos que o integram e do nível de tributação a que se sujeitam no país de seu domicílio⁴⁶³.

Vale destacar que Sérgio André Rocha faz um contraponto à essa ideia. Para o professor, a posição que defende que “regras CFC” são aplicadas apenas em situações excepcionais parece se fundamentar na observação das regras dos países membros da OCDE, especialmente os europeus, que normalmente possuem essa característica. Contudo, os sistemas europeus de transparência fiscal são limitados pelos direitos fundamentais comunitários. Assim, apenas e somente nos casos de abuso que seria legítima uma regra CFC da União Europeia, o que não quer dizer que isso seja uma marca característica do regime. Nesse contexto, o sistema brasileiro seria o que o Relatório da Ação 3 do BEPS chama de “full inclusion system”, uma opção que a própria OCDE considera como possível⁴⁶⁴.

Por fim, vale destacar que o sistema brasileiro possui diversas outras medidas que, embora não sejam diretamente ligadas à economia digital, dificultam em geral a prática do BEPS em território nacional, reduzindo a preocupação do país com a receita das operações

⁴⁶¹ TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação Internacional sobre as rendas das empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

⁴⁶² ROCHA, Sérgio André. **Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior**. São Paulo: Quartier Latin, 2016, p. 147.

⁴⁶³ XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁴⁶⁴ ROCHA, Sergio André. **Política Fiscal Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

internacionais. É o caso das regras de subcapitalização, de paraísos fiscais e regimes privilegiados e de preços de transferência.

No que tange às primeiras, previstas pela Lei nº 12.249, sua função é impedir o endividamento abusivo intragrupo, limitando a dedutibilidade dos juros em casos de mútuos contraídos por empresas brasileiras com não residentes, através da previsão de percentuais fixos determinados⁴⁶⁵. As regras brasileiras de preços de transferência, conforme já exploramos no primeiro capítulo, também se aproveitam de margens presumidas para simplificar a aplicação dos métodos, evitando as inúmeras discussões de precificação que são utilizadas em planejamentos tributários. Por fim, no que tange paraísos fiscais e regimes privilegiados, o sistema brasileiro impõe um aumento da alíquota do IRRF para 25% nos rendimentos remetidos para essas jurisdições⁴⁶⁶, determina a aplicação das regras de subcapitalização e preços de transferência, nega o direito a diversas isenções e mais⁴⁶⁷

Desse modo, quando analisada como um todo, o fato é que a legislação brasileira é bem preparada para lidar tanto com os desafios da economia digital, como também com a maioria dos problemas BEPS. O Sistema Tributário Brasileiro possui normas que não estão somente alinhadas com as recomendações do projeto da OCDE, mas que são por vezes também ainda mais restritivas⁴⁶⁸. Por esses motivos, ainda que eventualmente a solução consensual imaginada para a economia digital não seja alcançada até o final de 2020, tudo indica que o Brasil não precisa se preocupar, imediatamente, com a adoção de medidas unilaterais, uma vez que vários dos mecanismos introduzidos internacionalmente já existem na legislação nacional. Embora não haja o risco imediato, parece razoável supor que uma eventual introdução da proposta unificada da OCDE acabaria beneficiando o Brasil, sobretudo pelo tamanho de seu mercado consumidor e pelo fato da fórmula se basear em vendas. O país inclusive integra o grupo de países de renda média superior que pode potencialmente se beneficiar das mudanças, conforme exploramos no início do capítulo, reforçando a previsão de que seriam alocados mais lucros para a jurisdição brasileira.

⁴⁶⁵ Id. **Tributação Internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

⁴⁶⁶ Art. 8º da Lei nº 9.779/99

⁴⁶⁷ Para mais informações, cf.: ROCHA, Sérgio André. **Tributação Internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

⁴⁶⁸ Id. **Política Fiscal Internacional do Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017..

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho foi concluído em 28 de novembro de 2019. A data é importante, uma vez que o tema aqui abordado talvez seja a questão mais atual, e mais sujeita a constantes atualizações, do Direito Tributário. Conforme relatado ao final do capítulo 4, apenas dias antes do encerramento da pesquisa a OCDE divulgava novos documentos detalhando a proposta unificada do Secretariado e um modelo mais concreto do GloBE. Sendo assim, seria muito ingênuo tentar realizar qualquer tipo de previsão para uma questão que pode muito bem alterar todos os pressupostos que trabalhamos aqui em questão de meses.

Diante do que foi exposto, embora não seja possível, ou sequer recomendado, responder de forma científica o questionamento que iniciou a pesquisa, ou seja, quais serão os impactos da reforma do sistema tributário internacional nos países em desenvolvimento, conseguimos chegar a diversas conclusões que formam o caminho metodológico para que um dia, eventualmente, a pergunta final possa ser respondida. Nesse sentido, com base em toda a pesquisa realizada, podemos tirar as seguintes conclusões;

O Sistema Tributário Internacional foi originalmente idealizado em uma época que o desempenho de atividades econômicas ao redor do mundo exigia um grau de presença física, tendo sido elaborado por um grupo muito restrito de países, as nações hegemônicas da época, e as regras e princípios elaborados refletem ambos esses fatores. Os dois pilares do sistema, na visão da OCDE, o estabelecimento permanente e as regras para atribuição de lucros, representam uma relevante limitação para as jurisdições que mais dependem da tributação na fonte, predominantemente os países importadores de capital, os países em desenvolvimento. Com o advento da digitalização da economia, não somente as regras de tributação internacional se tornaram obsoletas, em razão da crescente desnecessidade da presença física e aumento da importância de ativos intangíveis, mas consequentemente o poder de tributação das jurisdições da fonte acaba sendo ainda mais erodido.

A nova realidade digitalizada também alterou a posição das nações europeias na dinâmica internacional, antes predominantemente jurisdições da residência, esses países passaram a ocupar o papel de jurisdição da fonte diante das gigantes da tecnologia, todas residentes nos Estados Unidos (GAFAM). Diante desse novo papel mais limitado, catalisado pela crise econômica de 2008 e pela crescente pressão política dos países do BRICS, surge a motivação para uma reforma no sistema tributário internacional. As propostas debatidas ao longo de 2019, culminando com a proposta unificada do Secretariado da OCDE, indicam claramente que a reforma está sendo elaborada de modo cuidadoso para não inverter o equilíbrio

de poderes da tributação internacional. Não é do interesse dos países desenvolvidos alterar toda lógica do sistema tributário internacional. As nações europeias, especificamente, querem ampliar a tributação na fonte tão-somente no que tange os negócios altamente digitalizados, por exemplo. Por outro lado, os países em desenvolvimento, com o apoio da crescente força política dos BRICS, tenta promover uma alternativa que gere uma realocação ampla de maiores poderes tributários para a jurisdição da fonte, para que seja levando em conta as contribuições do lado da demanda no momento de divisão do bolo de arrecadação global.

Tendo em vista os vários interesses políticos conflitantes que terão de ser acomodados, a ambiciosa meta da OCDE de se chegar a uma solução consensual até o final de 2020 talvez não seja cumprida. Contudo, ainda que uma proposta para reforma do sistema tributário internacional seja adotada multilateralmente, é provável que o seu impacto não seja tão relevante como se esperava. As discussões atuais da organização parecem focadas na ideia de se realocar somente o lucro residual dos grupos multinacionais através de uma fórmula que tome por base as vendas em cada jurisdição, a única estimativa de impactos econômicos realizada até hoje prevê que essa proposta iria prejudicar a situação dos países de média renda inferior, e ser indiferente para os países de baixa renda.

Diante de toda a incerteza ao redor do tema, cresce o temor de que a solução consensual fracasse, o que potencialmente desencadeará uma série de medidas unilaterais para tributação da economia digital, nos mesmos moldes daquelas já adotadas pela Índia. Mesmo nesse cenário, o Brasil não precisará adotar nenhuma medida imediatamente, uma vez que seu sistema tributário internacional já é relativamente adequado, de um ponto de fiscal arrecadatório, para lidar com os desafios da economia digital, na medida em que simplesmente ignora a limitação do estabelecimento permanente.

Essas foram as principais conclusões da presente pesquisa. Após toda a análise extremamente técnica que o tema requer, é preciso lembrar as considerações feitas acerca das reais motivações que moldam as regras da tributação internacional. Longe de ser, de fato, uma questão de identificar qual é a jurisdição economicamente competente para tributar a renda, os debates para reforma do sistema tributário internacional são, eminentemente, uma questão política. Se as leis são feitas pela afirmação da autoridade e não pela demonstração de alguma verdade⁴⁶⁹ (HOBBS, 2003), no caso da divisão internacional do poder de tributar está provado que a autoridade *efetivamente* capaz de fazer e refazer as leis vai muito além da decisão de um Estado nacional ou mesmo de organismos internacionais sem forte coesão interna ou

⁴⁶⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de Rosina D'Angina, São Paulo: Ícone, 2003.

desprovidos de um poder econômico globalmente hegemônico. É impossível apontar cientificamente uma única jurisdição como merecedora do poder de tributação.

De certa maneira, a proposta unificada da OCDE reconhece isso: a introdução de fórmulas para alocar o lucro não-residual, ainda que seja uma mudança tímida, não deixa de ser uma alteração em um dos pilares da tributação internacional: as regras tradicionais de *arm's length*.

Se o regime tributário internacional será refundado nos próximos anos, ou se permanecerá com os mesmos nexos ou elementos de conexão pessoal e territorial pelas próximas décadas, isso não parece ser uma questão a ser decidida pelo confronto dialético dos argumentos da ciência econômica sobre o que *em verdade* cria mais ou menos valor nos novos ramos de negócio da economia digitalizada. A geopolítica comandada pelas grandes potências globais e as acomodações e alianças estratégicas entre o capital transnacional e os Estados que melhor protegerem seus interesses terão um poder de influência muito maior sobre essa questão.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Carlos Otávio Ferreira de. **Concorrência Internacional e Tributação da Renda no Brasil**. Tese (Doutorado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2012.
- APELDOORN, Laurens Van. BEPS, Tax sovereignty and Global Justice. **Critical Review of International Social and Political Philosophy**, v. 21, n. 4, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/13698230.2016.1220149>. Acesso em: 26 nov. 2019.
- AVI-YONAH, Reuven S. **Advanced Introduction to International Tax Law**. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2015.
- AVI-YONAH, Reuven S. Commentary (Response to article by H. David Rosenbloom). **Tax Law Review**, v. 53, n. 2, 2000.
- AVI-YONAH, Reuven S. International Tax as International Law. **Tax Law Review**, v. 57, n. 4, 2004.
- AVI-YONAH, Reuven S. Tax Competition, Tax Arbitrage, and the International Tax Regime. **Law & Economics Working Papers Archive**, Art. 67, 2007.
- AVI-YONAH, Reuven S. The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation. **Law & Economics Working Papers Archive**. 2007.
- AVI-YONAH, Reuven S; XU, Haiyan. Evaluating BEPS. **Erasmus Law Review**, v. 10, n. 1, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3026297. Acesso em: 26 nov. 2019.
- BÁEZ MORENO, Andrés. El plan BEPS y los países em vías de desarrollo. In: ALMUDÍ CID, José Manuel et al. **El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea**. Navarra: Aranzadi, 2017.
- BÁEZ, Andrés; BRAUNER, Yariv. **Taxing the Digital Economy Post BEPS ... Seriously**. University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 19-16, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3347503>. Acesso em: 26 nov. 2019.
- BAKER, Philip. The BEPS Project: Disclosure of Aggressive Tax Planning Schemes. **Intertax**, n. 43, v. 1, 2015.
- BAUER, Matthias. **Corporate Tax Out of Control: EU Tax Protectionism and the Digital Services Tax**. Bruxelas: ECIPE, 2019.
- BEZ-BATTI, Gabriel. O Conceito de Estabelecimento Permanente no Direito Brasileiro e os Novos Paradigmas Trazidos pela Ação 7 do Projeto BEPS OCDE/G20. **Revista Direito Tributário Internacional Atual**, n. 4, p.81-101, 2018.
- BLYTH, Mark. **Austeridade: a história de uma ideia perigosa**. Trad. José Antônio Freitas e Silva. São Paulo: Autonomia Literária, 2017.
- BRAUNER, Yariv. An Essay on BEPS, Sovereignty, and Taxation. In: ROCHA, Sérgio André; CHRISTIANS, Allison. **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Wolters Kluwer, 2017.

BRAUNER, Yariv. Value in the Eye of the Beholder: The Valuation of Intangibles for Transfer Pricing Purposes. **Virginia tax Review**, v. 28, n. 79, 2008.

BRIGAGÃO, Gustavo. Economia Digital e Tributação: Plano de Ação 1 do Projeto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) e o Panorama Brasileiro. In: MATA; BERNARDES; LOBATO. **Tributação na Sociedade Moderna: Economia Digital, Compliance Tributária, Direitos Sociais e Reforma Tributária**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2019.

BRYNJOLFSSON, Erik; MCAFEE, Andrew. **The second machine age: work, progress, and prosperity in a time of brilliant technologies**. New York: W.W. Norton & Company, 2014.

BUELL, Todd. EU Ready to Act On Digital Tax If No Global Deal: Vestager. **Law360 Tax Authority**, 2019.

BYRNES, William H., **Comments and Recommendations OECD Public Consultation Document Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One**. 2019. p. 2. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3487236. Acesso em: 27 nov. 2019.

CALDAS, Marta. **O Conceito de Planejamento Fiscal Agressivo**. Lisboa: Almedina, 2015.

CALIENDO, Paulo. Transfer Pricing e Atribuição de Renda a Estabelecimentos Permanentes. **Revista Direito Tributário Internacional Atual**, n. 2, p.167-190, 2017.

CHRISTIANS, Allison. BEPS and the Power to Tax. In: ROCHA, Sérgio André; CHRISTIANS, Allison. **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Wolters Kluwer, 2017.

CHRISTIANS, Allison. APELDOORN, Laurens van. The OECD Inclusive Framework. *Bullet for International Taxation*, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3393140>

CLAUSING, Kimberly A., **Profit Shifting Before and After the Tax Cuts and Jobs Act**. 2019. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3274827>

COBHAM, Alex; FACCIO, Tommaso; FITZGERALD, Valpy. **Global Inequalities in taxing rights: An early evaluation of the OECD tax reform proposals**. Preliminary Draft, 2019.

COMISSÃO EUROPÉIA. **Procedure 2018/0072/CNS**. 2018a. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2018_72. Acesso em: 27 nov. 2019.

COMISSÃO EUROPÉIA. **Procedure 2018/0073/CNS**. 2018. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2018_73. Acesso em: 27 nov. 2019.

COUTINHO, Lorena Giuberti. **Economia do compartilhamento e plataformas digitais: riscos da competição em indústrias de alta tecnologia e mercados de dois lados**. 2017. 95 f., il. Dissertação (Mestrado em Economia) - Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

COZER, Mateus Tavares da Silva. **O Projeto Delta sob a Perspectiva do Marketing Estratégico: Uma Abordagem em Ambiente de Economia Digital**. Dissertação (Mestrado). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2006.

CRIVELLI, Ernesto; DE MOOJI, Ruud A; KEEN, Michael. **Base Erosion, Profit Shifting and Developing Countries**. IMF Working Paper No. 15/118, maio 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2623804>. Acesso em: 27 nov. 2019. p. 14

DAVIS, Nicholas. **What is the fourth industrial revolution?** World Economic Forum: 14 de Janeiro de 2016.

DEGRYSE, Christophe. **Digitalisation of the Economy and its Impact on Labour Markets**. ETUI Research Paper - Working Paper, 2016. p. 10.

DEVEREUX, Michael, *et al.* **Destination based cash flow taxation**. Oxford University Centre for Business Taxation working paper 17/01, 2017

DEVEREUX, Michael, *et al.* **Residual profit allocation by income**. Oxford International Tax Group, Working Paper 19/01, 2019

DI SERIO, Luiz Carlos; MAIA, Marta Campos; PEREIRA, Susana. Modelos de Negócios na Economia Digital. **Revista da FAT**, n. 4, v. 17, 2005.

ENGLISCH, Joachim; BECKER, Johannes. **International Effective Minimum Taxation – The GLOBE Proposal**. 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3370532>. Acesso em: 26 nov. 2019.

ESCRIBANO, Eva. ¿Se ha equivocado el proyecto BEPS en el planteamiento? Los paradigmas de la fiscalidad internacional que no han sido cuestionados. In: ALMUDÍ CID, José Manuel et al. **El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea**. Navarra: Aranzadi, 2017.

ESCRIBANO, Eva. An opportunistic, and yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties. **Intertax**, v. 43, n. 1, 2015.

FINNERTY, Chris et al. **Fundamentals of International Tax Planning**. Amsterdam: IBFD Publications, 2007.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. **Measuring the Digital Economy**. Policy Papers. 2018.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. **World Economic Outlook: Global Manufacturing Downturn, Rising Trade Barriers**. Washington, D.C., 2019.

G20. **Communiqué of Meeting of G20 Finance Ministers and Central Bank Governors**. Mexico City, 2012. Disponível em: <http://www.g20.utoronto.ca/2012/2012-121105-finance-en.html>. Acesso em: 26 nov. 2019.

G20. **G20 Leaders Declaration**. G20 Los Cabos Summit. México, 2012. Disponível em: <http://www.g20.utoronto.ca/2012/2012-0619-loscabos.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

GESTRIN, Michael; STAUDT, Julia. **The Digital Economy, Multinational Enterprises and International Investment Policy**. Paris: OECD Publishing, 2018.

GIBSON DUNN. **Taxing the Digital Economy and Digital Service Tax Proposals Impacting the United Kingdom and the European Union**. Artigo publicado no site gibsondunn.com, 2019. Disponível em <https://www.gibsondunn.com/taxing-digital-economy-and-digital-service-tax-proposals-impacting-the-uk-and-eu/>

GODOI, Marciano Seabra de. Comentários Acerca do Imposto sobre Transações Digitais Incluído na Proposta de Diretiva da União Europeia 2018/0073. In: PISCITELLI, Tathiane (Coord.) **Tributação da Economia Digital**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

GODOI, Marciano Seabra de. Os tratados ou convenções internacionais para evitar a dupla tributação e sua hierarquia normativa no direito brasileiro. In: SCHOUERI, Luis Eduardo. **Direito Tributário - Homenagem a Alcides Jorge Costa**. Vol. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

GOEL, Deepak. **Equalisation Levy – Is it a beginning of a new saga?** 2019. . Disponível em: <https://ilt.taxmann.com/expert-article-misc.aspx>. Acesso em: 27 nov. 2019.

GOMES, Marcus Livio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS: Soluções Globais e Peculiaridades de Países em Desenvolvimento**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GONZAGA, Livia Leite Baron. OECD, UM and US Model Conventions: a Comparison. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.) **Direito Tributário Internacional Aplicado**. Vol. V. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

GONZÁLEZ-BARREDA, Pablo A. Hernández. Antecedentes y planteamiento del Plan de Acción. In: CID, José Manuel Almudi; GUTIÉRREZ, Jorge Alberto Ferreras; GONZÁLES-BARREDA, Paulo Andrés Hernández (Org.). **El plan de Acción sobre Erosion de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Union Europea**. 1. Ed. Cizur Menor, Espanha. Editora Aranzadi, 2017.

GONZÁLEZ-BARREDA, Pablo Hernández. El Alcance Material y Formal del Plan BEPS: Viejos Conocidos, Nuevos Amigos y la Necesidad de un Nuevo Enfoque. In: ALMUDÍ CID, José Manuel et al. **El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea**. Navarra: Aranzadi, 2017.

GRAETZ, Michael J. O’HEAR, Michael M. The “Original Intent” of U.S. International Taxation. **Duke Law Journal**, v. 46, 1997.

GREGORIO, Ricardo Marozzi. **Preços de Transferência: Arm’s Length e Praticabilidade**. São Paulo: Quartier Latin, 2011

GRINBERG, Itai. **International Taxation in an Era of Digital Disruption: Analyzing the Current Debate**. 2018. p. 5. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3275737>. Acesso em 27 nov. 2019.

GUPTA, Ipsiaata; NAIR, Siddant. **Taxation in the Information Technology Era: The journey from ‘Business Connection’ to ‘Significant Economic Presence’**. 2019. p. 5. Disponível em: <https://ilt.taxmann.com/expert-article-misc.aspx>. Acesso em: 27 nov. 2019.

HADZHIEVA, Eli. Impact of Digitalisation on International Tax Matters. Study for the Committee on Financial Crimes, Tax Evasion and Tax Avoidance, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies. Luxemburgo: Parlamento Europeu, 2019. p. 73. Disponível em:

<https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/161104/ST%20Impact%20of%20Digitalisation%20publication.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

HE, Qizhi. The Crucial Role of the United Nations in Maintaining International Peace and Security. In: TOMUSCHAT, Christian. **The United Nations at Age Fifty: A Legal Perspective**. Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

HEARSON, Martin. **Taxing the digital economy is (going to be) an African issue**. Tax, Development and International Relations. 2014. Disponível em: <https://martinhearsen.wordpress.com/2014/10/01/taxing-the-digital-economy-is-going-to-be-an-african-issue/>. Acesso em: 27 nov. 2019.

HM TREASURY. **Corporate tax and the digital economy: position paper update**. Governo do Reino Unido, Março de 2018.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de Rosina D'Angina, São Paulo: Ícone, 2003.

ÍNDIA. **Lei do Imposto de Renda** (Lei nº 43 de 1961). Nova Delhi, 1961, Disponível em: <http://www.icnl.org/research/library/files/India/IndiaIncomeTax1961.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2019.

ÍNDIA. **Lei Financeira de 2016** (Lei nº 28 de 2016). Nova Delhi, 2016. Disponível em: <https://taxguru.in/wp-content/uploads/2016/05/Finance-Act-2016.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2019.

JHINGAN, Seema; MANCHANDA, Dhurv. **India: Potential Direct Tax Implications for Digital Economy**. Disponível em: <http://www.mondaq.com/india/x/856626/tax+authorities/Potential+Direct+Tax+Implications+for+Digital+Economy>. Acesso em: 27 nov. 2019.

JOGARAJAN, Sunita. **Double Taxation and the League of Nations**. Cambridge University Press, 2018.

JOGARAJAN, Sunita. The 'Great Powers' and the Development of the 1928 Model Tax Treaties. In: _____. **Double Taxation and the League of Nations**. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

KIM, Tai-Yoo et al. **The Faster-Accelerating Digital Economy**. TEMEP Discussion Paper No. 2011:73. Seoul: Seoul National University, 2011.

KNUUTINEN, Reijo. Corporate Social Responsibility, Taxation and Aggressive Tax Planning. **Nordic Tax Journal**, v. 1, n. 1, 2014.

KOSTERS, Bart. The United Nations Model Tax Convention and Its Recent Developments. **Asia-Pacific Tax Bulletin, International**, v. 10, 2004.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das Revoluções Científicas**. 5. ed. São Paulo: Perspectivas, 1998.

LAVEZ, Raphael Assef. **Beps: para quem? Avaliando o Projeto da OCDE a partir do princípio Arm's Length**. In: GOMES, Marcus Lívio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.) *A Tributação Internacional na Era Pós-Beps: Soluções Globais e Peculiaridades de Países em Desenvolvimento*. Vol. II. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

LI, Jinyan. **Protecting the Tax Base in a Digital Economy**. Research Paper No. 78, v. 13, n. 17, 2018.

LI, Jinyan. **Protecting the Tax Base in the Digital Economy**. United Nations Paper No. 9. June 2014. p. 484. Acesso em: http://www.un.org/esa/ffd/tax/2014TBP/Paper9_Li.pdf. Acesso em: 27 nov. 2019.

LIGA DAS NAÇÕES (1922). Seção de Economias e Finanças. **Brussels Financial Conference 1920: The Recommendations and Their Application: A Review after Two Years**. Volume I. C. 10. M. 7. Dezembro de 1922.

LIGA DAS NAÇÕES (1923). **Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee**. Economic and Financial Commission Report by the Experts on Double Taxation. Document E.F.S.73. F.19. Volume 4 Section 1, Abril de 1923.

LIGA DAS NAÇÕES (1925), Especialistas Técnicos do Comitê Financeiro e Econômico. **Report and Resolutions submitted by the Technical Experts to the Financial Committee**. Document F.212: Geneva, February 1925.

LIGA DAS NAÇÕES. **London and Mexico Model Tax Conventions Commentary and Text**. C.88.M.88.1946.II.A. Geneva, 1946. p. 60. Disponível em: <http://purl.library.usyd.edu.au/setis/id/brulegi>. Acesso em: 26 nov. 2019.

LOBATO, Valter de Souza; TEIXEIRA, Tiago Conde. **BEPS no Brasil: Encontros e Desafios**. In: TEIXEIRA, Alexandre Alkmim (Coord.) **Plano BEPS**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

LUDOVICI, Paolo. **Taxing the Digital Economy: The Italian Digital Services Tax**. In: PISTONE, Pasquale; WEBER, Dennis. **Taxing the Digital Economy: The EU Proposals and Other Insights**. Amsterdam: IBFD, 2019.

LUDWIG, Christopher; OLBERT, Marcel; SPENGEL, Christoph. **Transfer Pricing for Data Businesses: How to Apply the Arm's Length Principle to the Digital Economy** In: PISTONE, Pasquale; WEBER, Dennis (Org.); **Taxing the Digital Economy: The EU Proposals and Other Insights**. The Netherlands: IBFD, 2019.

LUONG, Nhung. **Address new challenges to taxation in the digital economy: Separate Accounting or Formulary Apportionment?** Tese (Mestrado). Louvain School of Management, 2018.

MACHADO, Paulo Antonio. **Normas de Divulgação Obrigatória de Planejamentos Tributários Agressivos – Uma Análise da Proposta do G20 e da OCDE através do Plano de Ação 12 do BEPS**. *Revista de Direito Tributário e Financeiro*, v. 3, n. 1, p. 96-119, 2017.

MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. **Teoria Crítica do Direito Tributário Internacional**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito e Ciências do Estado. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

MORENO, Andrés Baéz. El plan BEPS y los países em vías de desarrollo. In: ALMUDÍ CID, José Manuel et al. **El Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS)**: G-20, OCDE y Unión Europea. Navarra: Aranzadi, 2017.

NETO, Luís Flávio. **Direito Tributário Internacional**: “contextos” para interpretação e aplicação de acordos de bitributação. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

OLBERT, Marcel; SPENGLER, Christoph. **Taxation in the Digital Economy** – Recent Policy Developments and the Question of Value Creation. ZEW Discussion Paper No. 19, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries**. New York: UN, 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Tax Challenges in the Digitalized Economy**: Selected Issues for Possible Committee Consideration. Comitê de Especialistas em Cooperação Internacional em Matéria Tributária: E/C.18/2017/CRP.22, Outubro de 2017.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Projet de convention de double imposition concernant le revenue et la fortune**. Paris: 1963.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Electronic Commerce**: Taxation Framework Conditions. 1998. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/consumption/1923256.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Implementation of the Ottawa Taxation Framework Conditions**. The 2003 Report. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/administration/20499630.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Developed, Developing Countries**. Glossário de Termos Estatísticos, 2005. Disponível em: <https://stats.oecd.org/detail.asp?ID=6326>. Acesso em 27 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Study into the Role of Tax Intermediaries**. Paris, 08 de abril de 2008.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OECD Publishing, 2013a.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting**. Paris: OECD Publishing, 2013b.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy**. Paris: OECD Publishing, 2014.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy**. BEPS Action 1 - 2015 Final Report. Paris: OECD Publishing, 2015.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017**. Paris: OECD Publishing, 2017a.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Tax Challenges of Digitalisation** - Comments received on the request for input - Part II. Paris: OECD Publishing, 2017b. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-digitalisation-part-2-comments-on-request-for-input-2017.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018**. Paris: OECD Publishing, 2018.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Policy Note**. Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019a.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Public Consultation Document** – Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy. Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019b. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019b.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Public Comments Received on the Possible Solutions to the Tax Challenges of Digitalisation**. Paris, 2019c. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-possible-solutions-to-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Programme of Work to Develop a Consensus Solution to the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy**. Inclusive Framework on BEPS. Paris: OECD Publishing, 2019d. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/programme-of-work-to-develop-a-consensus-solution-to-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy.htm>

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One** – Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy. Secretariado da OCDE. Paris: OECD Publishing, 2019e.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Public Comments Received on the Secretariat Proposal for a “Unified Approach” under Pillar One**. Paris, 2019f. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-secretariat-proposal-for-a-unified-approach-under-pillar-one.htm>

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Statement by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on the Two-Pillar**

Approach to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy. Paris: OECD, Publishing, 2020.

OXFAM. **Commentary on the Unified Proposal.** Paris: OECD Publishing, 2019.

PANAYI, Christiana Hjl. **Is Aggressive Tax Planning Socially Irresponsible?** Kluwer Law International BV, 2015.

PARKER, Alex M. OECD Tax Project Raises Anxieties For Developing World. **Law360 Tax Authority**, 22 maio 2019. Disponível em: <https://www.law360.com/tax-authority/articles/1161936/oecd-tax-project-raises-anxieties-for-developing-world>. Acesso em: 27 nov. 2019.

PICCIOTO, Sol; BERTOSSA, Daniel. **Taxing Multinationals: A New Approach.** Ferney-Voltaire, França: Public Services International, 2019. Disponível em: <https://publicservices.international/resources/publications/taxing-multinationals-a-new-approach?id=10364>. Acesso em: 26 nov. 2019.

PISTONE, Pasquale, *et al.* **Fundamentals of Taxation.** Países Baixos: IBFD, 2019

PORTER, Michael E. **Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance.** New York: Simon and Schuster, 1985.

QUAK, Evert-Jan. **The impact of international tax competition on low and middleincome countries.** Institute of Development Studies. Reino Unido, 2018. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5bae3e70e5274a3df7c74435/Impact_Tax_Competition_LMICs.pdf

RIGONI, João Marcus de Melo. A Brazilian View on Base Erosion and Profit Shifting: An Alternative Path. **Intertax**, 2014, v. 42.

ROCHA, Sérgio André. International Fiscal Imperialism and the Principle of the Permanent Establishment. **Bulletin for International Taxation**, v. 68, n. 2, 2014.

ROCHA, Sérgio André. International Taxation, Epistemologies of the South, and Institutional Capacities: Transfer Pricing and the Universalization of the OECD Standards. **Kluwer International Tax Blog**. Mai. 2018a. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2018/05/07/international-taxation-epistemologies-south-institutional-capacities-transfer-pricing-universalization-oecd-standards/>

ROCHA, Sérgio Andre. Old Bottles or New Bottles: Time to Break the Bottle! In Favor of Broader Source Country Taxing Rights. **Kluwer International Tax Blog**. jun. 2018b. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2018/06/20/old-bottles-new-bottles-time-break-bottle-favor-broader-source-country-taxing-rights/>. Acesso em: 26 nov. 2019.

ROCHA, Sérgio Andre. **Política Fiscal Internacional Brasileira.** Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2017.

ROCHA, Sergio Andre. Should Developing Countries Include Article 7 in Their Tax Treaties? **Bullet for International Taxation**, v. 71, n. 7, 2017.

ROCHA, Sérgio Andre. The Other Side of BEPS: ‘Imperial Taxation’ and ‘International Tax Imperialism’. In: _____; CHRISTIANS, Allison. **Tax Sovereignty in the BEPS Era**. Wolters Kluwer, 2017.

ROCHA, Sérgio André. **Tributação de Lucros Auferidos por Controladas e Coligadas no Exterior**. São Paulo: Quartier Latin, 2016

ROCHA, Sérgio André. **Tributação Internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

ROSENBLOOM, David. The David R. Tillinghast Lecture: International Tax Arbitrage and the “International Tax System”. **Tax Law Review**, v. 53, n. 2. 2000.

RUITER, Marlies de. **Will true consensus on a new division of taxing rights stabilize the international tax environment?** Artigo publicado no linkedin, 20 de novembro de 2019.

SAMARI, Alessandro. The OECD Public Consultation Document on Addressing the Tax Challenges of the Digitalization of the Economy: Strengths and Weaknesses of the Three Proposals for Revising Profit Allocation and Nexus Rules. **International Transfer Pricing Journal**, v. 26, n. 4, 2019.

SANDLER, Jason; FLUG, Matthew. Are Intangibles Now the Most Important Asset Class in the Global Economy? **Brink**, 17 out. 2019. Disponível em: <https://www.brinknews.com/are-intangibles-now-the-most-important-asset-class-in-the-global-economy/>. Acesso em: 26 nov. 2019.

SANGHVI, Rashmin Chandulal. **Significant Economic Presence for E-Commerce Taxation**. Disponível em: <https://ilt.taxmann.com/expert-article-misc.aspx>. Acesso em: 27 nov. 2019.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de et al. **Direito Tributário Tributação Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SCHÖN, Wolfgang. **Ten Questions About Why and How to Tax the Digitalized Economy**. Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance No. 2017-11, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3091496>. Acesso em 27 nov. 2019.

SCHÖN, Wolfgang. **One Answer to Why and How to Tax the Digitalized Economy**. Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance No. 2019-10, 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3409783>. Acesso em 27 nov. 2019.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Arm’s Length: Beyond the Guidelines of the OECD. **Bulletin for International Taxation**, v. 69, n. 12, 2015.

SCHOUERI, Luís Eduardo. O Projeto BEPS: Ainda uma Estratégia Militar. In: GOMES, Marcus Livio; SCHOUERI, Luís Eduardo (Coord.). **A Tributação Internacional na Era Pós-BEPS: Soluções Globais e Peculiaridades de Países em Desenvolvimento**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2006.

SCHWAB, Klaus. **The Fourth Industrial Revolution**: what it means, how to respond. World Economic Forum, 14 de Janeiro de 2016

SHAY, Stephen E., **Comment on Selected Aspects of Proposals in Public Consultation Document on Addressing the Challenges of the Digitalization of the Economy**. 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3349186>. Acesso em 27 nov. 2019.

SINGH, Rav P. AGARWAL, Vinti. **Taxation of Digital Economy in India**: The Way Forward. Vidhi Centre for Legal Policy. 2019. Disponível em: <https://ilt.taxmann.com/expert-article-misc.aspx>. Acesso em: 27 nov. 2019.

SKAAR, Arvid. Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle. Apud. ESCRIBANO, Eva. An opportunistic, and yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties. **Intertax**, v. 43, n. 1, 2015.

SPENCER, David. BEPS: The Allocation of Taxing Rights. Part 1, 2 , 3 & 4. **Journal of International Taxation**, abr. 2018.

TAPSCOTT, Don. **The Digital Economy**: promise and peril in the age of networked intelligence. Anniversary Edition. New York: McGraw-Hill, 2015.

TAX JUSTICE NETWORK. **Comments on the Secretariat Proposal for a "Unified Approach" under Pillar One**. OECD Pillar One Public Consultation. Paris: OECD Publishing, 2019.

TAXSUTRA. **Indian IRS Officer Mr Akhilesh Ranjan rues “missed opportunity” to sidestep arm’s length principle, questions efficacy of OECD’s digital taxation proposals**. 2019. Disponível em: <https://www.ibfd.org/IBFD-Tax-Portal/News/Taxsutra-Indian-IRS-Officer-Mr-Akhilesh-Ranjan-rues-missed-opportunity-sidestep>. Acesso em: 27 nov. 2019.

TEIXEIRA, Alexandre Alkmim. Plano BEPS. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

TEIXEIRA, Alexandre Alkmim. **Tributação Internacional e Incentivos Fiscais**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.

TORRES, Heleno. **Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TORRES, Heleno. **Pluritributação Internacional sobre as Rendas de Empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

TØRSLØV, Thomas R.; WIER, Ludvig S.; ZUCMAN, Gabriel. **The Missing Profits of Nations**. NBER Working Paper No. 24701, ago. 2018. Disponível em: <https://gabriel-zucman.eu/files/TWZ2018.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2019.

UCKMAR, Victor et al. **Manual de Direito Tributário Internacional**. São Paulo: Dialética, 2012.

UNCTAD. **Global Value Chains and Development**: Investment and Value Added Trade in the Global Economy. United Nations Publication, 2013.

VAN ARK, Bart. **The Productivity Paradox of the New Digital Economy**. International Productivity Monitor, n. 31, 2016.

VATARI, Luís Cláudio Yukio. **Direito Tributário como Direito Internacional**: Uma análise sobre a existência de um sistema tributário internacional sob a ótica brasileira. Monografia (LL.M de Direito Tributário) – IBMEC, São Paulo, 2011.

WAGENAAR, Leonard. The Effect of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Action Plan on Developing Countries. **Bulletin for International Taxation**, v. 69, n. 2, fev. 2015.

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**, v. 8, n. 1, 1982.

WILDE, Maarten Floris de; WISMAN, Ciska. OECD consultations on the digital economy: ‘Tax base reallocation’ and ‘I’ll tax if you don’t’? In: PISTONE, Pasquale; WEBER, Dennis (Org.); **Taxing the Digital Economy**: The EU Proposals and Other Insights. The Netherlands: IBFD, 2019.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil**: tributação das operações internacionais. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ZACKIEWICZ, Mauro. A economia do software e a digitalização da economia. **Revista Brasileira de Inovação**, n. 14, v. 2. Campinas, 2015.

ZUCMAN, Gabriel. **The Hidden Wealth of Nations**: The Scourge of Tax Havens. The University of Chicago Press: Chicago, 2018.

ZUCMAN, Gabriel. WRIGHT, Thomas. **The Exorbitant Tax Privilege**. Working Paper 24983, 2018.