

**Editores**

João Luiz da Silva Almeida

**Conselho Editorial**

Abel Fernandes Gomes	Gisele Cittadino	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Adriano Pilatti	Gustavo Noronha de Ávila	Manoel Messias Peixinho
Alexandre Bernardino Costa	Gustavo Sénéchal de Goffredo	Marcelo Ribeiro Uchôa
Ana Alice De Carli	Jean Carlos Dias	Márcio Ricardo Staffen
Anderson Soares Madeira	Jean Carlos Fernandes	Marco Aurélio Bezerra de Melo
André Abreu Costa	Jeferson Antônio Fernandes Bacelar	Marcus Mauricius Holanda
Beatriz Souza Costa	Jerson Carneiro Gonçalves Junior	Maria Celeste Simões Marques
Bleine Queiroz Caúla	João Marcelo de Lima Assafim	Murilo Siqueira Comério
Daniele Maghelly Menezes Moreira	João Theotonio Mendes de Almeida Jr.	Océlio de Jesus Carneiro de Moraes
Diego Araujo Campos	José Emilio Medauar	Ricardo Lodi Ribeiro
Enzo Bello	José Ricardo Ferreira Cunha	Roberto C. Vale Ferreira
Firly Nascimento Filho	José Rubens Morato Leite	Salah Hassan Khaled Jr.
Flávio Ahmed	Josiane Rose Petry Veronese	Sérgio André Rocha
Frederico Antonio Lima de Oliveira	Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha	Simone Alvarez Lima
Frederico Price Grechi	Lúcio Antônio Chamon Junior	Valter Moura do Carmos
Geraldo L. M. Prado	Luigi Bonizzato	Vicente Paulo Barreto
Gina Vidal Marcilio Pompeu	Luis Carlos Alcoforado	Vinicius Borges Fortes

**Conselheiros beneméritos**

Denis Borges Barbosa (in memoriam)  
Marcos Juruena Villela Souto (in memoriam)

**Filiais**

Sede: Rio de Janeiro  
Rua Octávio de Faria, nº 81 – Sala  
301 – CEP: 22795-415 – Recreio dos  
Bandeirantes – Rio de Janeiro – RJ  
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

São Paulo (Distribuidor)  
Rua Sousa Lima, 75 –  
CEP: 01153-020  
Barra Funda – São Paulo – SP  
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)  
Sergio Ricardo de Souza  
sergio@lumenjuris.com.br  
Belo Horizonte – MG  
Tel. (31) 9-9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)  
Cristiano Alfama Mabilia  
cristiano@lumenjuris.com.br  
Florianópolis – SC  
Tel. (48) 9-9981-9353

Daniel Vieira de Biasi Cordeiro  
Edgar Santos Gomes  
Flávia Cavalcanti Pepe  
Gustavo Teixeira Godoy

Organizadores

# Estudos de Tributação Internacional

## Volume 3

### Autores

Airton Freitas Feitosa Filho	Johann Hattingh
Allan George de Abreu Fallet	Juliana Barbosa
Ana Paula Saunders	Kees van Raad
Antônio José Ferreira Levenhagen	Larissa Luiza Longo
Arthur Pereira Muniz Barreto	Leonardo Henrique M. B. Real
Beatriz Soares	Luciana G. de Orleans e Bragança
Bob Michel	Marciano Seabra de Godoi
Bruno Fajersztajn	Marcio Seixas Vianna
Bruno Menaged	Marco Gregg
Caio César Meirelles Casiraghi	Marcus Lívio Gomes
Camille Foligno	Mari Yoshioka
Charlotte Kiès	Matheus Bertholo Piconez
Daniel Vieira de Biasi Cordeiro	Michel Haber Neto
Daniel Dix Carneiro	Octavio Bulcão Nascimento
David Gershel	Paulo Ayres Barreto
Diane Borges de Carvalho	Paulo César Teixeira Duarte Filho
Doris Canen	Paulo Coviello Filho
Edgar Santos Gomes	Ramon Tomazela Santos
Fabio Luiz G. Gaspar de Oliveira	Romero Lobão Soares
Flávia Cavalcanti Pepe	Sergio André Rocha
Francesco Saverio Scandone	Stefano Simontacchi
Gilda Almeida	Suzana Bicalho Hoefle
Gustavo Teixeira Godoy	Tatiana Falcão
Hugo Marcondes R. da Costa	Thais de Barros Meira
Jane Mann	William Heuseler

EDITORA LUMEN JURIS

RIO DE JANEIRO

2019



nenhuma das condições impostas no instituto, em outras palavras, que o beneficiário ainda não seja efetivo.<sup>1</sup>

Como pode-se observar, o tema é complexo e ainda demanda muita evolução legislativa, jurisprudencial e doutrinária para que tenha segurança jurídica sobre a maneira adequada de reporte para a RFB e para o BACEN, e sobre os efeitos fiscais em cada fase do planejamento patrimonial.

#### 4. Conclusão

Tendo em vista os aspectos analisados, é certo que as estruturas internacionais devem ser vistas com base nas suas repercussões no Brasil, para que a legislação nacional seja contemplada.

Além disso, a observação aos princípios da “Substância sobre a Forma” e do “Propósito Econômico” são fundamentais, especialmente para as estruturas que não guardam qualquer compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, como o *Trust*.

Nesse contexto de indefinições, a doutrina tem papel fundamental para trazer à luz a importância da discussão dessas estruturas e provocar uma evolução legislativa ou pelo menos a manifestação jurídica dos órgãos tributários e judiciais, para que se alcance maior segurança jurídica na utilização e tributação dessas.

<sup>1</sup> “Pergunta nº 34 do Perguntas e Respostas

34) Quem pode declarar um trust? Nos termos do caput do art. 9º da Instrução Normativa RFB nº 1.627, de 2016, é declarante do trust seu beneficiário, inclusive seu instituidor, caso figure na condição de beneficiário em 31 de dezembro de 2014. Para usufruir dos benefícios do RERCT, também poderá declarar a Dercat o instituidor do trust que não figure, em 31 de dezembro de 2014, na condição de beneficiário. (Arts. 2º, V, e 4º, § 1º, V, da Lei nº 13.254, de 2016, e arts. 2º, V; 7º, §§ 6º e 7º; e 9º da Instrução Normativa RFB nº 1.627, de 2016)”.

## Revolução, reforma ou preservação dos pilares tradicionais da tributação internacional?

### A economia digital e seus impactos tributários

Marciano Seabra de Godoi<sup>2</sup>

Antonio José Ferreira Levenhagen<sup>3</sup>

#### 1. Introdução

O presente artigo 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.

Trata-se de um trabalho eminentemente descritivo, voltado a identificar objetivamente os principais interesses conflitantes no âmbito de uma possível redefinição dos nexos ou elementos de conexão que presidem a atual divisão internacional do poder de tributar entre os Estados.

Sendo uma pesquisa eminentemente bibliográfica e documental, utilizaremos os relatórios e estudos elaborados pelas principais organizações inter-

<sup>2</sup> Doutor em Direito Financeiro e Tributário pela Universidade Complutense de Madrid. Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-doutorado (bolsa CAPES) na Universidade Autônoma de Madrid. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1073291759018177>

Av. Brasil, 2.023, Funcionários, Belo Horizonte/MG, 30140-002. Tel. (31) 2104-2800 – m.godoi@rolimvlc.com

<sup>3</sup> Mestrando em Direito Público e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9617340745527279>

Rua Passa Tempo, 416/1200, Carmo, Belo Horizonte/MG, CEP 30310760. Tel. (31) 99305-2100 – a.j.ferreira@rolimvlc.com



nacionais que se dedicam ao tema, tais como a OCDE, a ONU e o FMI, bem como análises doutrinárias no âmbito do direito tributário internacional.

O presente estudo constitui a primeira parte de um projeto mais amplo de pesquisa, voltado a investigar os impactos da digitalização da economia global e das medidas em curso do Projeto BEPS sobre a realidade fiscal e os interesses econômicos dos países BRICS e em desenvolvimento. 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.

## 2. Os Novos Modelos de Negócio e a Crise dos Pilares Tradicionais da Tributação Internacional

### 2.1. A economia digital

A OCDE é a organização internacional mais atuante no campo dos estudos sobre os impactos e desafios tributários da economia digital, tendo produzido um grande número de *papers* sobre esse assunto ao longo dos últimos anos. Não se encontra nesses estudos uma definição clara sobre o que vem a ser a economia digital. Para a OCDE, a economia digital é o “resultado do processo transformativo promovido pela tecnologia da informação e da comunicação”. Ou seja, a economia digital seria a própria economia como um todo, com a incorporação dos efeitos disruptivos da digitalização. Uma das ideias mais defendidas nos estudos da OCDE é justamente a impossibilidade de discriminar

4 OCDE. Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris: 2015. p. 11 Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264241046-en>.

e separar claramente um setor digital do restante da economia, uma vez que a digitalização vem gradualmente atingindo todos os setores econômicos.

Essa visão da OCDE é compartilhada pela ONU, que usa a expressão “economia digital” no pressuposto de que a economia como um todo vem sendo digitalizada de forma acelerada<sup>5</sup>. O FMI, por sua vez, reconhece a falta de uma definição clara e única para a economia digital, porém faz questão de adotar um conceito mais restrito, que abrange apenas os produtores de plataformas online, serviços por plataformas e fornecedores de bens e serviços da tecnologia da informação e da comunicação<sup>6</sup>.

Para os fins do presente trabalho, adotaremos o conceito amplo de economia digital, assim entendida como todas as atividades que utilizam de modo mais ou menos intenso os resultados das aceleradas inovações da tecnologia da informação e da comunicação. Surgem assim modelos de negócios inéditos, embora possuam paralelo 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”<sup>7</sup>.

Não é propósito desse tópico do presente trabalho definir a economia digital nem realizar uma análise detalhada de cada modelo de negócio nela existente. Nosso objetivo é simplesmente apontar algumas características comuns desses modelos de negócio para depois questionar a adequação dos paradigmas tradicionais da tributação internacional (estabelecimento permanente, residência) a essa nova realidade econômica. A OCDE identifica os seguintes fatores comuns aos ramos de negócio relacionados mais de perto à economia digital: (i) “escala sem massa” no âmbito internacional; (ii) relevância de ativos intangíveis; e (iii) importância, para a criação de valor, dos dados, da participação dos usuários e sua sinergia com a propriedade intelectual<sup>8</sup>.

5 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, ONU. 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. Disponível em: [http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2017/10/15STM\\_CRP22\\_-Digital-Economy.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2017/10/15STM_CRP22_-Digital-Economy.pdf).

6 FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. FMI. Measuring the Digital Economy. Policy Papers. Fevereiro de 2018.

7 OCDE. Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, Op Cit. p 54.

8 OCDE. Tax Challenges Arising from Digitalisation - Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris: 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>.



A primeira característica faz referência à mudança na realidade operacional das empresas multinacionais. A digitalização intensificou ainda mais a globalização, permitindo que as empresas centralizem suas funções e ao mesmo tempo ampliem seu alcance de mercado com o uso de tecnologias remotas. Assim, os ramos de negócio da economia digitalizada 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”<sup>9</sup>. A expressão “escala sem massa” significa justamente essa ampliação da atuação remota das empresas digitalizadas, que já não precisam se fixar fisicamente na jurisdição do mercado em que pretendem conquistar e manter milhares ou milhões de clientes.

A segunda característica diz respeito à crescente importância do investimento em bens 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 citados pela OCDE, que revelam um crescimento superior a 125% no número total de pedidos de direitos de propriedade intelectual entre 2004 e 2016<sup>10</sup>. A renda auferida pelas grandes empresas multinacionais da economia digitalizada está fortemente relacionada à exploração (royalties) de ativos intangíveis estrategicamente situados em jurisdições com baixíssima tributação.

A terceira característica busca explicitar que a produção de valor nos negócios digitalizados está intimamente relacionada à coleta e ao uso intensivo de dados, que são um fator crucial para permitir que as empresas melhorem significativamente seus produtos e serviços<sup>11</sup>. Por outro lado, a digitalização dá um novo papel econômico aos usuários dos serviços, que agora possuem uma função fundamental na criação de valor. A obtenção de dados personalizados de usuários de plataformas vem sendo monetizada através da sua venda para empresas de marketing (inclusive marketing político para fins de influenciar eleições, referendos, etc), cujo impacto é maior conforme o nível de informações provido. Alguns modelos de negócio, como as redes sociais, são totalmente dependentes da participação dos usuários de sua plataforma.

<sup>9</sup> OCDE. Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: *Op Cit.* p 24.

<sup>10</sup> OCDE. Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: *Op Cit.*

<sup>11</sup> OCDE. Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: *Op Cit.* p 53.

Nesses casos, o negócio não se sustenta sem que haja conteúdo gerado continuamente pelos próprios usuários.

Esclareça-se, contudo, que a efetiva contribuição dos usuários na criação de valor nos ramos de negócio da economia digitalizada é um ponto bastante controverso entre os países e entre os economistas, e o modo como um país se posiciona quanto a essa questão está fortemente relacionado às políticas que esse país defenderá para a tributação da economia digital, conforme será explorado no tópico seguinte.

Assim, tendo em conta as principais características dos modelos de negócio da economia digitalizada, passaremos em seguida a investigar se o regime tradicional (criado no início do século XX) para tributar a renda num contexto internacional é ou não apropriado para a economia digitalizada. A questão fundamental é se a reduzida necessidade de presença física das multinacionais nos mercados em que atuam, a crescente importância dos ativos intangíveis e o papel crucial da participação dos usuários na criação de valor tornam obsoleto e inapropriado o modo tradicional de tributar a renda internacional.

## 2.2. A difícil convivência das regras tradicionais da tributação internacional da renda com a economia digital

Elementos de conexão são os fatores que justificam o poder de um Estado impor a 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.

Assim, para legitimar o poder de tributar de uma jurisdição, as legislações passaram a lançar mão de elementos de conexão territoriais (como a origem ou a fonte do rendimento) e pessoais (nacionalidade, residência do titular do rendimento). Com a expansão global das empresas multinacionais no início do século XX, a preocupação principal era evitar os malefícios econômicos da dupla tributação internacional da renda, 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 os bens foram vendidos para o seu mercado consumidor.

Para sistematizar a tributação internacional da renda, os comitês organizados pela então recém-criada Liga das Nações buscaram delimitar as circunstâncias em que o país da fonte, ou seja, a jurisdição que não serve como residência da matriz de uma empresa multinacional, mas contribui para a geração de lucros dessas empresas através do seu mercado consumidor, estaria legitimado a tributar a renda ali auferida. 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<sup>12</sup>, criando-se então a noção de estabelecimento permanente, que representa qualquer local fixo de negócios.

Uma vez caracterizada existência de um estabelecimento permanente, o regime tributário internacional considera que a empresa estrangeira auferiu renda tributável no país da fonte, autorizando-se então que a respectiva jurisdição exerça seu poder impositivo. Ocorre que essa noção de estabelecimento permanente, tão intrinsecamente ligada à presença física, se torna uma regra frágil diante da facilidade com que empresas altamente digitalizadas conseguem atuar remotamente nos dias atuais.

Existe ainda uma segunda etapa na tributação de empresas não-residentes, que é o desafio de como calcular o montante de rendimentos que serão considerados como auferidos pela ficção do estabelecimento permanente na jurisdição em questão. Entra em jogo então o segundo pilar da tributação internacional, as regras para atribuição de lucros, que partem de uma análise das funções, ativos e riscos assumidos pelo estabelecimento em questão<sup>13</sup> a fim de arbitrar o lucro que determinada empresa efetivamente auferiu no país em que atua fisicamente.

<sup>12</sup> ESCRIBANO, Eva. An Opportunistic, and Yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties. *Intertax*, vol. 43, no. 1: Janeiro de 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2725941>.

<sup>13</sup> OCDE. Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, *Op Cit.* p 112.

Quais fatores devem ser levados em conta para a atribuição de lucros é um tema extremamente controverso, por isso Jinyan Li aponta a incompatibilidade inerente das regras clássicas de tributação internacional com a economia digital, na medida em que “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”<sup>14</sup>.

Na economia digitalizada, há uma forte percepção de que os usuários de plataformas online são “[...] geradores de valor que não são atualmente capturados pelas regras tributárias internacionais”<sup>15</sup>, daí sendo necessário alterar mais ou menos drasticamente os paradigmas da tributação internacional. Contudo, essa forte percepção não é compartilhada por todos os países; 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 o impacto deles nas regras tributárias internacionais<sup>16</sup>.

### 3. A batalha pela revolução, reforma ou preservação dos pilares tradicionais da tributação internacional

Desde que a OCDE publicou seus Relatórios Finais do Projeto BEPS no final de 2015, tomou corpo institucional a discussão sobre possíveis mudanças nos princípios basilares do regime tributário internacional como resposta à digitalização da economia. Os estudos da OCDE sobre os impactos tributários da economia digital (Ação 1 do Projeto BEPS), ao contrário do que sucedeu em outras ações do Projeto BEPS, não vieram acompanhados de propostas e medidas concretas a serem implementadas pelos países, justamente em razão da ausência de acordo sobre as questões expostas na seção anterior. Passaremos a analisar, a seguir, os três principais grupos de países que influenciam o debate internacional sobre a questão.

<sup>14</sup> LI, Jinyan. Protecting the Tax Base in the Digital Economy. United Nations Paper No. 9. June 2014. Acesso em: [http://www.un.org/esa/ffd/tax/2014TBP/Paper9\\_Li.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/tax/2014TBP/Paper9_Li.pdf).

<sup>15</sup> HM TREASURY. Corporate tax and the digital economy: position paper update. Governo do Reino Unido, Março de 2018. p. 5. Acesso em: <https://www.gov.uk/government/consultations/corporate-tax-and-the-digital-economy-position-paper>.

<sup>16</sup> OCDE. Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: *Op Cit.*



### 3.1 Os três grupos de interesse que medem forças no Projeto BEPS

O Projeto BEPS<sup>17</sup> foi dividido em 15 Ações, sendo a Ação 1 inteiramente dedicada aos *Desafios tributários da Economia Digital*. A Ação 1 vem sendo desenvolvida pela *Força Tarefa da Economia Digital* (TFDE), um órgão subsidiário do Comitê de Assuntos Fiscais (CFA) da OCDE. O Relatório Final da Ação 1 publicado em 2015 não apresentou nenhuma proposta concreta, o que atraiu muitas críticas por parte da comunidade acadêmica. Eva Escribano<sup>18</sup> descreveu as conclusões da Ação 1 como “diluídas” e enfraquecidas em relação ao que se esperava. Sérgio André Rocha<sup>19</sup> afirma que as conclusões da Ação 1 são decepcionantes.

Apesar das críticas, a OCDE, apoiada pelos Ministros das Finanças do G-20 em 2017<sup>20</sup>, 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 Marco Inclusivo, grupo aberto a todas as jurisdições e que hoje conta com 123 países-membros<sup>21</sup>, 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 graças ao “request for input” divulgado pela OCDE em setembro de 2017, que recebeu 52 *papers* de diferentes entidades da sociedade civil.

17 A sigla pode ser traduzida como *Erosão da Base Tributária e Transferência de Lucros*, e se refere a planejamentos tributários, estruturas e esquemas negociais utilizados por grupos multinacionais para alocação artificial de seus lucros em regiões com pouca ou baixa tributação.

18 ESCRIBANO, Eva. An Opportunistic, and Yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties. *Op. Cit.*

19 ROCHA, Sergio Andre. The Other Side of BEPS: “Imperial Taxation” and “International Tax Imperialism”. In: ROCHA, Sergio Andre; CHRISTIANS, Allison. *Tax Sovereignty in the BEPS Era*. Series of International Taxation Vol. 60: Wolters Kluwer, 2017.

20 Informações disponíveis em: [www.g20.utoronto.ca/2017/170318-finance-en.html](http://www.g20.utoronto.ca/2017/170318-finance-en.html). Acesso em 30.12.2018.

21 Disponível em: [www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf](http://www.oecd.org/tax/beps/inclusive-framework-on-beps-composition.pdf). Acesso em 30.12.2018.

A OCDE publicou em 16 de março de 2018 o Relatório Provisório intitulado “*Desafios Tributários Decorrentes da Digitalização*”<sup>22</sup>, que tampouco trouxe propostas concretas de ação imediata, mas aprofundou significativamente a discussão, buscando esclarecer as diferentes visões defendidas na esfera internacional por diferentes grupos de países, que neste trabalho iremos denominar de *stakeholders*.

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 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 das grandes multinacionais.

Concordamos com David Spencer<sup>23</sup> que a dicotomia 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 de “*fonte*”. Contudo, nos parece claro que os países em desenvolvimento dependem muito mais dos resultados da tributação na fonte do que os países desenvolvidos. Em consulta à base de dados da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), verifica-se que 70 das 100 maiores multinacionais do mundo são sediadas em países do G7, e somente 14 são de países fora da Europa, Estados Unidos ou Japão, de modo que parece razoável chamar as nações periféricas pela expressão “*países da fonte*”.

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, trata-se dos princípios ba-

22 OCDE. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Op Cit.*

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



silares 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, 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 revolução 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. Trata-se do grupo liderado pelos países emergentes do G20 e composto pelos demais países em desenvolvimento, que são primordialmente países da “fonte” na economia como um todo. 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<sup>24</sup>.

O segundo grupo de países (notadamente a maioria dos países europeus) 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

24 Vide 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: Junho de 2018. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2018/06/20/old-bottles-new-bottles-time-break-bottle-favor-broader-source-country-taxing-rights/>.

fundamental, como destacado pela OCDE, é que 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 nexo tributário”<sup>25</sup>.

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.

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”, é a tônica desse terceiro grupo, naturalmente liderado pelos Estados Unidos da América, que concentra 63% das multinacionais do setor digital<sup>26</sup>.

A posição dos Estados Unidos admite discutir alterações nas regras dos elementos de conexão que dividem internacionalmente o poder de tributar, mas considera que essa deve ser uma discussão cautelosa, sem medidas unilaterais e sem pressões para uma rápida definição. Além disso, os Estados Unidos defendem que a alteração das regras sobre a divisão internacional do poder de tributar seja necessariamente aplicável a todos os setores econômicos e não somente às empresas provedoras de serviços digitais.

25 OCDE. Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: *Op Cit.* p. 172.

26 UNCTAD. World Investment Report 2017: Investment and the Digital Economy. Nações Unidas, Geneva 2017.



### 3.2 As diferentes visões e argumentos dos grupos de interesse que defendem mudanças nos padrões vigentes

Conforme brevemente exposto acima, podemos concluir que existem pelo menos dois grupos de países que desejam implementar algum tipo de mudança imediata nos pilares atuais da tributação internacional: o grupo dos países emergentes e o grupo da maioria dos países da União Europeia. Por outro lado, os Estados Unidos (acompanhado de países europeus tradicionalmente receptores de investimentos estrangeiros como Irlanda, Luxemburgo etc.) figuram como líderes do grupo mais resistente à introdução de novas regras, ou pelo menos à introdução de novas regras que tomem como alvo específico as grandes empresas provedoras globais de serviços digitais, o que não é nenhuma surpresa, já que as grandes multinacionais do setor digital são empresas estadunidenses.

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.”<sup>27</sup>

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 os negócios americanos na então recém-criada Organização das Nações Unidas, que se manifestou nos seguintes termos:

<sup>27</sup> Cf. <https://home.treasury.gov/news/press-releases/sm0316>. Acesso em 30.12.2018

“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.”<sup>28</sup>

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 digital<sup>29</sup>. 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”<sup>30</sup>.

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. David Spencer, por exemplo, tece inúmeras críticas às pressões internacionais dos países emer-

<sup>28</sup> OCDE. Tax Challenges of Digitalisation: Comments Received on the Request for Input – Part II. OECD Publishing, Paris: 2017. p. 274. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-digitalisation-part-2-comments-on-request-for-input-2017.pdf>.

<sup>29</sup> OCDE. Digital Economy Outlook 2017, OECD Publishing, Paris: 2017. p. 144. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/9789264276284-en>.

<sup>30</sup> OCDE. Tax Challenges of Digitalisation: Comments Received on the Request for Input – Part II. Op. Cit. p. 235.



gentes 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”<sup>31</sup>.

Recentemente, o governo dos Estados Unidos manifestou publicamente que está defendendo junto à Força-Tarefa da Economia Digital na OCDE que as propostas para alteração dos nexos ou elementos de conexão no regime tributário internacional 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 estadunidenses), mas também no caso das empresas multinacionais do setor da moda e cosméticos (a grande maioria europeias). Em relação a tal postura, que põe países como a França contra as cordas, a China tende a apoiar os interesses estadunidenses.<sup>32</sup>

O ceticismo em relação a reformas de peso que miram especificamente o setor digital também se manifesta nas posições do alemão Wolfgang Schön, do Departamento de Direito Tributário e Empresarial do Instituto Max Planck, que critica os defensores da necessidade de refundar necessariamente as bases da tributação internacional como resposta ao advento da economia digital, afirmando que:

“o país do mercado não é a única jurisdição genuinamente conectada a essa renda. Tanto o país de residência do contribuinte quanto qualquer outro país onde seja mantido um centro de produção em sentido amplo – incluindo centros de dados ou departamentos de pesquisa e desenvolvimento – poderão também apontar uma ligação similar da mesma renda para com a sua jurisdição.”<sup>33</sup>

Referido autor reconhece que a digitalização da economia trouxe grandes mudanças ao mundo real, e que uma parte cada vez maior da renda das empresas do setor digital não será tributada na jurisdição do mercado. Con-

31 SPENCER, David. BEPS: The Allocation of Taxing Rights. Part 1, 2, 3 & 4. *Op. Cit.* p. 47.

32 Cf. reportagem de Jack Schickler e Alex Parker: <https://www.law360.com/tax-authority/articles/1108265/google-vs-gucci-europe-confronts-its-global-tax-dilemma>. Acesso em 30.12.2018.

33 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. 3. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3091496> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3091496>.

tudo, o autor questiona se isso é necessariamente um problema que leva à necessidade de reforma imediata do sistema com a introdução de regras específicas para o setor digital. Para ele, o sistema vigente é fruto de um compromisso político, e quaisquer discussões para pautar um eventual novo sistema também devem ser tratadas no cenário político, como argumentos de política tributária aplicáveis à economia como um todo e não somente ao setor digital.

O grupo de países emergentes e em desenvolvimento defende uma profunda e imediata (nisso se distinguindo da postura estadunidense) 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 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.<sup>34</sup>

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.”<sup>35</sup>. No mesmo sentido:

Em sua essência, o dilema tributário trazido pelos negócios digitalizados é que eles conseguem penetrar o mercado em uma jurisdição e auferir lucros por vendas regulares e contínuas para consumidores localizados nessa jurisdição, sem que possua qualquer presença tribu-

34 OCDE. Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: *Op. Cit.* p. 142.

35 LI, Jinyan. Protecting the Tax Base in the Digital Economy. United Nations Paper No. 9. *Op. Cit.* p. 484.



tável tradicional – ou seja, um escritório ou agente dependente com autoridade para concluir vendas na jurisdição.<sup>36</sup>

Além disso, esse grupo de países possui imenso potencial para crescimento como mercado consumidor na economia digital, sobretudo pela precariedade da infraestrutura tradicional:

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 infraestruturas.<sup>37</sup>

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”. Desse modo, o debate abriu espaço para que todo o sistema tradicional se tornasse alvo de questionamentos, liderados principalmente pela política tributária da Índia. Akhilesh Ranjan, comissário chefe da tributação sobre a renda do governo indiano, afirma:

Por fim, gostaria de encerrar com a observação de que o Projeto BEPS é um passo muito importante na evolução de um sistema tributário global mais justo e igual. Mas com certeza não é a solução final. O Projeto BEPS trouxe à tona vários problemas que tem atormentado o sistema tributário vigente, mas ele não se aprofundou o tanto quanto é necessário para abordar a desigualdade na alocação de direitos tributários sob as regras vigentes.<sup>38</sup>

36 VANDERWOLK, Jefferson. Digital Business and Corporate Income Taxation: What's Value Creation Got to Do With It. Tax Notes International, Documento nº 2018-37006, 8 de outubro de 2018, p. 3.

37 BÁEZ MORENO, Andrés. El plan BEPS y los países em vías de desarrollo. Capítulo 24 In: ALMUDÍ CID, José Manuel et alii, 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.

38 Apud. SPENCER, David. BEPS: The Allocation of Taxing Rights. Part 1, 2, 3 & 4. Op. Cit. p. 38.

Destaca-se que o conceito de “Estabelecimento Permanente” já é objeto de antigos questionamentos por supostamente favorecer os países desenvolvidos, atuando como um limitador das oportunidades para tributação pelo país da fonte:

Apesar do fato de que um critério baseado na presença física parecesse de acordo com o contexto econômico da época, a verdade é que ele não foi igualmente recebido por todos. Claramente o modo com que a fonte foi conceituada não foi um acidente, mas sim uma opção oportunista para países exportadores de capital. Tanto a Liga das Nações quanto a OCDE consolidaram essa preferência pela tributação na residência a partir da adoção de critérios rígidos para minimizar a tributação na fonte, assim satisfazendo os interesses fiscais dos países exportadores de capital da época.<sup>39</sup>

Sérgio André Rocha é um dos mais severos críticos dos paradigmas atuais da tributação internacional, tendo inclusive criado a expressão “Imperialismo Tributário Internacional” para se referir à transformação e uniformização de certos critérios, como o “Estabelecimento Permanente”, que claramente favoreceriam os interesses das economias desenvolvidas<sup>40</sup>.

Por sua vez, diferentemente dos dois grupos anteriores, a maioria os países-membros da União Europeia defende 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, o que foi materializado em uma recente proposta de diretiva que será analisada no tópico seguinte. Desse modo, esse grupo não defende uma maior atribuição geral de poderes aos países da fonte, mas tão somente mudanças específicas no setor digital.

Corroborando essa ideia, o Ministro da Economia e Finanças da França, Bruno Le Maire, deixou clara a posição de seu país em recente coletiva de imprensa, afirmando que “Nós queremos que o sistema de tributação internacional continue se baseando no local onde o valor é criado, é do interesse da

39 ESCRIBANO, Eva. An Opportunistic, and Yet Appropriate, Revision of the Source Threshold for the Twenty-First Century Tax Treaties. Op. Cit. p. 9.

40 ROCHA, Sérgio Andre. The Other Side of BEPS: “Imperial Taxation” and “International Tax Imperialism”. In: ROCHA, Sérgio Andre; CHRISTIANS, Allison. Tax Sovereignty in the BEPS Era. Series of International Taxation Vol. 60: Wolters Kluwer, 2017.



França manter esse princípio, e não o princípio do destino<sup>41</sup>. 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.

A posição deste terceiro grupo tem sofrido críticas severas, uma vez que parece estar direcionado somente a algumas empresas específicas, realizando assim um efetivo “ring-fencing” no setor digital. Grinberg afirma que tal seletividade é “intelectualmente indefensável”, uma vez que “se a participação do usuário é um conceito significativo, então ela não pode ser racionalmente limitada às tecnologias da informação e comunicação”, já que ela também se aplicaria aos setores financeiros, médicos, de seguros, dentre outros<sup>42</sup>. No mesmo sentido argumenta Cristiano Garbarini<sup>43</sup>, para quem, se o valor gerado pelo usuário justifica a tributação da renda dos lucros das empresas, então isso deveria ser verdade para todos os setores econômicos, e não apenas alguns específicos.

#### 4. Medidas e propostas concretas para a tributação da economia digital

Considerando que a OCDE ainda não conseguiu oferecer uma solução multilateral de consenso para a tributação da economia digital, as nações integrantes dos grupos de interesses que desejam realizar alguma mudança no sistema tributário internacional começaram a adotar medidas unilaterais para tentar alcançar

41 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 30.12.2018

42 GRINBERG, Itai. International Taxation in an Era of Digital Disruption: Analyzing the Current Debate. (October 29, 2018). pp. 20-22. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3275737> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3275737>.

43 GARBARINI, Cristiano. Six questions plus one about the proposed EU Directive on the taxation of a “significant digital presence”. Kluwer International Tax Blog: Abril de 2018. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2018/04/20/six-questions-plus-one-proposed-eu-directive-taxation-significant-digital-presence/>.

a renda produzida pelos negócios digitalizados. As medidas adotadas certamente influenciarão os debates em torno da elaboração de uma possível solução concreta multilateral de consenso, conforme prometido pela OCDE para 2020.

#### 4.1 Medidas adotadas por alguns países emergentes

Conforme já introduzido no tópico anterior, a Índia é a principal representante do grupo de países que buscam uma reforma geral do regime tributário internacional que privilegie os países de fonte, por isso não é surpresa que ela também seja o país pioneiro e mais ativo na adoção de medidas unilaterais. Logo em 2016 o país introduziu um novo Imposto mirando especificamente o setor digital, o chamado “Imposto de Equalização”. O tributo consiste em uma 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<sup>44</sup>.

Buscando expandir ainda mais seu poder impositivo, a Índia também introduziu recentemente, na Lei Financeira nº 4 de 2018, um dispositivo expandindo o conceito tradicional de “estabelecimento permanente” e criando a noção de “presença econômica significativa”<sup>45</sup>. 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.

Por meio da Circular 04/2016, Israel, foi pioneiro na ideia de expandir o conceito de estabelecimento permanente, criando seu próprio “Teste de Presença Econômica Significativa”<sup>46</sup>. Segundo a referida medida, uma empresa estrangeira provedora de serviços digitais para consumidores israelenses po-

44 OCDE. Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: *Op Cit.* p 142.

45 OCDE. Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: *Op Cit.* p 138.

46 OCDE. Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: *Op Cit.* p 137.



derá 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.

Nenhuma das medidas anteriormente mencionadas estabeleceram 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. Além disso, como as regras de presença econômica significativa são alterações das regras de tributação da renda, as medidas não se sobrepõem às disposições da rede de tratados bilaterais dos respectivos países, sendo aplicáveis somente para empresas estrangeiras que sejam residentes de um país que não seja signatário de uma convenção para evitar a bitributação. Já no caso do imposto de equalização indiano, o governo indiano considera que se trata de um tributo indireto sobre o consumo, ao qual não se aplicam os tratados para evitar a dupla tributação da renda ou do patrimônio.

Outros países emergentes preferiram optar por uma extensão do alcance de seus tributos retidos na fonte, ampliando o conceito de “*royalties*” ou “*serviços técnicos*” para enquadrar, por exemplo, pagamentos pelo uso ou direito de usar um software (definição tradicional abrange pagamentos pelo uso ou marca literária, artística ou científica), e pagamentos por imagens visuais ou áudios transmitidos por meio da TIC. É o caso de Filipinas, que simplesmente 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 software<sup>47</sup>.

O Brasil também se enquadra nessa categoria de países, tendo ampliado, em seus tratados de dupla-tributação<sup>48</sup> e na legislação doméstica (Instrução

Normativa nº 1.455/14), em período muito anterior às discussões sobre os desafios tributários da economia digital, a possibilidade de tributar na fonte os serviços técnicos prestados por não-residentes.

## 4.2. Situação atual na União Europeia

Em março de 2018, ao mesmo tempo em que a OCDE publicava seu relatório provisório sobre os desafios tributários da digitalização da economia contemporânea, a Comissão da União Europeia publicou duas propostas de diretiva diretamente relacionadas a esse assunto. A proposta 2018/0072<sup>49</sup> estabelece normas relativas à tributação direta das empresas com uma “*presença digital significativa*” nos países da União Europeia, enquanto que a proposta 2018/0073<sup>50</sup> estabelece um sistema comum para a criação de um novo imposto sobre as receitas da prestação, por grandes empresas multinacionais, de certos serviços digitais.

Apesar de partirem das mesmas premissas econômicas, o escopo das propostas de diretiva é bem diverso. No primeiro caso (proposta 2018/0072), trata-se de uma proposta mais ousada e de longo prazo, que substitui, no âmbito das operações das empresas digitais em geral, o tradicional elemento de conexão do estabelecimento permanente por outro nexo territorial, apelidado de presença digital significativa, nos moldes das iniciativas da Índia e de Israel, anteriormente comentadas.

Vê-se claramente que a proposta de diretiva da presença digital significativa (2018/0072) corresponde aos interesses e expectativas dos países que, no relatório provisório de 2018 do Projeto BEPS<sup>51</sup>, defendem que 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 definição do estabelecimento permanente (e alocação dos correspondentes resultados) para os demais ramos e setores de negócio.

<sup>47</sup> OCDE. Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: *Op Cit.* p 140.

<sup>48</sup> Cf. GODOI, Marciano Seabra de. Serviços e assistência técnica nos ADT brasileiros. *Revista Fiscalidade de Direito e Gestão Fiscal*, v.39, p.5-11, 2009.

<sup>49</sup> EUROPEAN COMMISSION. Proposal for a Council Directive laying down rules relating to the corporate taxation of a significant digital presence, Brussels, 2018.

<sup>50</sup> EUROPEAN COMMISSION. Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services, Brussels, 2018.

<sup>51</sup> OCDE. Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: *Op Cit.* p 171-172.



A proposta de diretiva relativa ao imposto sobre serviços digitais (2018/0073) se assume como uma “solução provisória” ao problema da inadequação das regras atuais de tributação direta à realidade da economia digital. A solução abrangente e de longo prazo seria, segundo a Comissão Europeia, a proposta relativa à presença fiscal significativa. Na verdade, essa proposta de diretiva 2018/0073 corresponde com precisão à medida provisória e temporária analisada no capítulo 6 do relatório provisório de 2018 da Ação 1 do Projeto BEPS<sup>52</sup>.

Os três serviços elencados na proposta como fatos geradores do imposto são os seguintes<sup>53</sup>:

- serviços de publicidade, numa interface digital<sup>54</sup>, destinados aos usuários dessa interface (exemplos: Google, Facebook);
- serviços de intermediação dos marketplaces, que permitem aos usuários das interfaces multilaterais encontrar e interagir com outros usuários, facilitando o fornecimento de bens ou serviços entre eles (exemplos: Amazon Marketplace; Airbnb; Uber);
- transmissão/transferência de dados coletados a partir da atividade de participação/interação dos usuários em interfaces digitais (exemplos: Google, Facebook).

Nenhuma das duas propostas de março de 2018 conseguiu 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 pequenos<sup>55</sup>. Contudo, a maior preocupação para a aprovação das propostas

<sup>52</sup> OCDE. Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Op Cit. p 177-193.

<sup>53</sup> Para um maior detalhamento sobre fato gerador, base de cálculo, sujeito passivo e alíquota do imposto sobre serviços digitais proposto pela União Europeia, cf. GODOI, Marciano Seabra de. Comentários acerca do imposto sobre transações digitais incluído na proposta de diretiva da União Europeia 2018/0073, In: PISCITELLI, Thatiane (org.). Tributação da Economia Digital, São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2018, 59-74.

<sup>54</sup> A expressão “interface digital” é bastante utilizada na proposta de diretiva, e é conceituada de modo muito amplo, como “qualquer software, incluindo um sítio Web ou uma parte do mesmo, e aplicações, incluindo aplicações móveis, acessíveis aos utilizadores” – versão da proposta de diretiva na língua portuguesa.

<sup>55</sup> 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 30.12.2018

de diretiva vinha da discordância por parte da Alemanha, que receava que a medida afetasse suas multinacionais do setor automobilístico<sup>56</sup>.

Diante da falta de consenso em relação à proposta de diretiva de março de 2018, França e Alemanha apresentaram no final de dezembro de 2018 uma nova proposta de diretiva (a ser oficialmente apresentada pela Comissão Europeia no início de 2019) que reduz sensivelmente o escopo do Imposto sobre Serviços Digitais. Segundo a nova versão patrocinada por França e Alemanha, apenas as receitas oriundas de atividade de publicidade online serão alcançadas pelo imposto, excluindo assim as receitas de intermediação dos marketplaces (Amazon Marketplace; Airbnb; Uber) e as receitas com transmissão/transferência de dados coletados a partir da atividade de participação/interação dos usuários em interfaces digitais<sup>57</sup>.

Segundo a proposta franco-alemã, espera-se que o imposto sobre serviços digitais em sua nova versão seja aprovado pelo Conselho Europeu até março de 2019, para entrar em vigor em janeiro de 2021, caso nenhuma solução multilateral mais abrangente haja sido acordada até então<sup>58</sup>. Acerca dessa possível solução multilateral mais ampla, há expectativas de que no início de 2019 a OCDE publique uma atualização de seu relatório de 2018 sobre os desafios tributários da economia digital, e que nessa atualização se desenhe alguma espécie de consenso mínimo sobre o tema<sup>59</sup>.

Em meio a muitas dificuldades para o cumprimento da exigente regra segundo a qual medidas de tributação direta aprovadas pela União Europeia devem ter o apoio da unanimidade dos Estados-membros, muitos países europeus já haviam adotado e continuam a adotar medidas unilaterais na tributação da economia digital. O caso do Reino Unido é o que mais chama a atenção. Em 2015 foi instituído o Imposto sobre Lucros Desviados (*Diverted*

<sup>56</sup> Cf. <https://www.taxnotes.com/news-documents/base-erosion-and-profit-shifting-beps/news-analysis-germany-weighs-digital-debate/2018/10/26/28jwr>. Acesso em 30.12.2018.

<sup>57</sup> Cf. reportagem de Jack Schickler, *EU Limits Digital Tax To Ad Revenue, Citing Delay Concerns*. Disponível em: <https://www.law360.com/tax-authority/articles/1107688/print?section=ta>. Acesso em 29.12.2018.

<sup>58</sup> Cf. reportagem de Julie Martin. Disponível em <https://mnetax.com/germany-france-propose-stripped-down-version-of-digital-services-tax-31392>, Acesso em 29.12.2018.

<sup>59</sup> Vide informações disponíveis em <https://www.taxnotes.com/worldwide-tax-daily/value-added-tax/oecd-digital-economy-update-coming-january-2019-saint-amans-says/2018/12/10/28ns4>. Acesso em 29.12.2018.



*Profits Tax*), 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<sup>60</sup>. Embora a medida não seja diretamente dirigida ao setor digital, ela foi concebida como resposta à divulgação, em 2015, de planejamentos agressivos utilizados no Reino Unido pelas grandes multinacionais digitais, motivo pelo qual o imposto sobre lucros desviados é também conhecido como *Google Tax*. O Reino Unido publicou um relatório em 2018 propondo novas medidas acerca da tributação direta na economia digital<sup>61</sup>, tendo ainda anunciado que irá expandir a retenção na fonte por pagamentos de royalties<sup>62</sup>. A nova medida impõe uma retenção de 20% sobre as remessas para filiais localizadas em jurisdições de baixa tributação, desde que a receita tenha conexão com a venda de bens ou serviços para consumidores britânicos.

A Itália, por sua vez, se inspirou no Relatório da Ação 1 do Projeto BEPS publicado em 2015 e instituiu recentemente seu “*Imposto sobre Transações Digitais*”, veiculado pela Lei Financeira 2018, que funciona de maneira muito similar à exação da Índia, sendo aplicado através de uma retenção na fonte de 3% sobre pagamentos *business-to-business* feitos em relação a serviços prestados para consumidores italianos<sup>63</sup>.

O governo espanhol já tem pronto e publicado o projeto de lei para instituição do imposto de 3% sobre receitas com serviços digitais, nos mesmos moldes da proposta de diretiva da União Europeia de março de 2018, e pretende aprová-lo junto ao Parlamento no início de 2019<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> OCDE. Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: *Op Cit.* p 149.

<sup>61</sup> HM TREASURY. Corporate tax and the digital economy: position paper update. *Op Cit.*

<sup>62</sup> OCDE. Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: *Op Cit.* p 140.

<sup>63</sup> OCDE. Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: *Op Cit.* p 143.

<sup>64</sup> Informações disponíveis em <https://www.computerworld.es/negocio/aprobado-el-anteproyecto-de-ley-del-impuesto-sobre-servicios-digitales>. Acesso em 29.12.2018.

## 5. Conclusões

As possíveis respostas tributárias às transformações provocadas pela digitalização da economia são terrivelmente controversas por um motivo simples: elas afetam em cheio o *status quo* atual da divisão internacional do poder de tributar, cujas origens remontam aos trabalhos da Liga das Nações no início do século XX. Por isso as medidas do Projeto BEPS relacionados ao tratamento tributário da economia digital estão empacadas por falta de consenso entre os países desde 2013, enquanto que medidas relacionadas ao combate do planejamento tributário abusivo e/ou agressivo foram nos últimos anos acordadas e implementadas doméstica e internacionalmente com relativo sucesso. Com efeito, é mais fácil combater o *abuso* do que o *uso*, já nos alertava Ortega y Gasset<sup>65</sup>.

O regime tributário internacional e sua tradicional divisão do poder de tributar encontram-se em crise há vários anos, especialmente após ter ficado nítido que a digitalização da economia globalizada retira poder e receita tributária de determinado tipo de países: aqueles com mercados meramente consumidores dos serviços digitais sem força para desenvolver e criar capital tecnológico para competir com as grandes potências mundiais.

A crise leva a um impasse institucional especialmente difícil e dramático no âmbito de organismos internacionais como a União Europeia, que somente podem tomar medidas impactantes no âmbito da tributação internacional da renda caso haja concordância unânime entre seus Estados-membros, algo inverossímil e mesmo impraticável quando se trata de (re) dividir o poder de tributar entre países com estruturas econômicas distintas e políticas tributárias historicamente contrastantes.

Por isso o impasse é menos sentido na realidade exclusivamente doméstica, na qual é muito mais fácil encontrar o consenso necessário para adotar medidas de impacto perante a economia digital.

Enquanto prevalecer a regra da unanimidade e não a do consenso majoritário para aprovar diretivas relacionadas à tributação direta, dificilmente haverá a aprovação de um imposto sobre serviços digitais no âmbito da União Europeia, mesmo na versão diluída do imposto apresentada por França e Alemanha no apagar das luzes de 2018. Vários países-membros receiam não só os efeitos

<sup>65</sup> ORTEGA Y GASSET, José. El tema de nuestro tiempo, Madrid: Espasa, 2003.



incertos do tributo em si, mas principalmente as retaliações que certamente advirão por parte dos Estados Unidos da América caso se crie um tributo que prejudique os interesses de seus gigantes capitais da economia digital.

Se as leis são feitas pela afirmação da autoridade e não pela demonstração de alguma verdade<sup>1</sup>, 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 (como a União Europeia) sem forte coesão interna ou desprovidos de um poder econômico globalmente hegemônico.

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.

<sup>1</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*, tradução de Rosina D'Angina, São Paulo: Ícone, 2003..

## The European Anti-Avoidance Package

Marco Gregg<sup>2</sup>

### 1. Europe and Tax Avoidance:

#### a Change of Attitude through Years

The European Economic Community - EEC (then European Community - EC and European Union - EU) interventions in the field of direct taxation have been always inspired by the need for a more efficient and workable internal common market. They have been selective, limited in their scope, and targeted to (very) specific situations, ever since the nineties of the latest century. In that historical moment, the most relevant directives in direct taxation were eventually passed by the Council, adjusting the tax system affecting (cross border) dividend payments and qualified business combinations (mostly M&A)<sup>3</sup>.

Besides the technicalities of the cases and the complexity of the fields addressed (in most of the situations passive income), the strategy of the Commission, backed by the Council, was consistent with the principle of subsidiarity, and suffered from the lack of a robust juridical background in the field of the case. It is well known that before the Treaty of Lisbon the intervention by the EU law in direct taxation (and in international situations) was limited to the option of more efficient and effective double taxation conventions, and right after the Treaty the reference was deleted<sup>4</sup>. This situation pushed the Commission to intervene (that is, to propose directives) only in situations

<sup>2</sup> Professor of Tax Law at University of Ferrara. PhD in International and Comparative Tax Law.

This research has been developed in the framework of a project supported by the European Commission (2017-1-LI01-KA203-000088) and directed by Professor Tanja Kirn, University of Liechtenstein. Any error or omission is of the sole responsibility of the author.

<sup>3</sup> Gregg, M. (2010). European Taxation of Passive Income. In: *Journal of the Australasian Tax Teachers Association*.

<sup>4</sup> Article 293 of the Treaty of Rome ("Treaty") (which was repealed by the Treaty of Lisbon later on) required Member States to enter into negotiations with each other with a view to the abolition of double taxation within the EC.