
A Tributação da Renda Corporativa na Economia Digital

**o Princípio de Fonte
como uma Solução para
a Tributação Internacional**

Vanessa Kaeda Bulara

Advogada. Mestre em Tributação Internacional pelo IBDT.
Pós-graduada em Direito Tributário Internacional pelo IBDT
e Direito Tributário Brasileiro pela PUC-SP (Cogeae).
Conselheira do Conselho Municipal de Tributos
de São Paulo (2022-2023).

A Tributação da Renda Corporativa na Economia Digital

o Princípio de Fonte como uma Solução para a Tributação Internacional

Série Tributação Aplicada Vol. 3



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

São Paulo – 2022

© Vanessa Kaeda Bulara

Todos os direitos desta edição reservados.



INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Rua Padre João Manuel, 755 – 4º Andar

CEP 01411-001 – São Paulo – Fone/Fax: (11) 3105-8206

e-mail: ibdt@ibdt.org.br site: www.ibdt.org.br

Diretoria

Presidente: Ricardo Mariz de Oliveira

Vice-Presidente: Luís Eduardo Schoueri

Diretor Administrativo: João Francisco Bianco

Diretor Financeiro: Rodrigo Maito da Silveira

Diretores Executivos: Fernando Aurelio Zilveti e Luís Flávio Neto

Conselho Deliberativo: Bruno Fajersztajn, Fabiana Carsoni Alves F. da Silva, Humberto Bergmann Ávila, José Maria Arruda de Andrade, Mara Eugênia Buonanno Caramico, Martha Toribio Leão, Paulo Victor Vieira da Rocha, Ricardo Maito da Silveira e Victor Borges Polizelli

Conselho Editorial Nacional: Fernando Aurelio Zilveti (Instituto Brasileiro de Direito Tributário/SP), Humberto Ávila (Universidade de São Paulo/SP e Universidade Federal do Rio Grande do Sul/RS), João Francisco Bianco (Instituto Brasileiro de Direito Tributário/SP), Luís Eduardo Schoueri (Universidade de São Paulo/SP), Paulo Celso Bergstrom Bonilha (Universidade de São Paulo/SP), Ricardo Mariz de Oliveira (Instituto Brasileiro de Direito Tributário/SP), Roberto Ferraz (Pontifícia Universidade Católica do Paraná/PR), Roberto Quiroga Mosquera (Universidade de São Paulo/SP) e Walter Piva Rodrigues (Universidade de São Paulo/SP)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

BULARA, Vanessa Kaeda

B95t A tributação da renda corporativa na economia digital: o princípio de fonte como uma solução para a tributação internacional. – São Paulo, SP: IBDT, 2022 (Série Tributação Aplicada, 3).

176 p. ; 14 x 21 cm.

ISBN 978-65-86252-58-3

1. Direito Tributário 2. Economia Digital 3. Tributação da Renda 4. Renda Corporativa 5. Estabelecimento Permanente 6. Princípio da Fonte 7. Brasil
I. Vanessa Kaeda Bulara II. IBDT III. Título.

DORIS 341.39

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito Tributário: Brasil
2. Economia Digital: Brasil
3. Tributação da Renda: Brasil
4. Renda Corporativa: Brasil
5. Estabelecimento Permanente: Brasil
6. Princípio da Fonte: Brasil

Revisão: Carolina Mihoko Massanha / *Edição:* Nelson Mitsuhashi

Com amor,
para Danilo, Lorenzo e Stella.

Agradecimentos

Aos professores do IBDT, meus sinceros agradecimentos pelos ricos debates, em especial ao meu orientador, Victor Borges Polizelli.

Aos amigos e aos colegas que me auxiliaram nesse desafio.

Sumário

| | |
|-----------------------------|----|
| Agradecimentos | 7 |
| Prefácio | 13 |
| Introdução | 19 |

Capítulo 1

Propostas Globais para a Tributação da Renda Corporativa na Economia Digital

| | |
|---|----|
| 1.1. Adoção de medidas multilaterais | 39 |
| 1.1.1. As sugestões iniciais da Ação 1 do Projeto BEPS da OCDE e do G20..... | 39 |
| 1.1.1.1. Conceito de estabelecimento permanente e de presença econômica significativa..... | 42 |
| 1.1.1.2. Conceito de retenção de imposto sobre ser- viços digitais..... | 48 |
| 1.1.1.3. Conceito de tributo de equalização (<i>equali- sation levy</i>)..... | 49 |
| 1.1.2. Novos debates advindos da consulta pública OCDE/ G20 de 2015 a 2019 | 51 |
| 1.1.2.1. A criação de valor pelos intangíveis de <i>mar- keting</i> | 52 |
| 1.1.2.2. A criação de valor pela participação do usuário | 54 |
| 1.1.3. A solução de dois pilares da Declaração de 2021 .. | 58 |
| 1.1.3.1. Pilar 1 – Montante A..... | 59 |
| 1.1.3.2. Pilar 1 – Montante B..... | 61 |
| 1.1.4. Diretivas da União Europeia | 62 |
| 1.1.4.1. Proposta temporária..... | 63 |
| 1.1.4.2. Proposta permanente | 68 |

Capítulo 2

Propostas Unilaterais para a Tributação Direta da Renda na Economia Digital

| | |
|--|----|
| 2.1. Adoção de medidas unilaterais | 75 |
| 2.1.1. O tributo de equalização instituído na Índia..... | 77 |
| 2.1.2. A retenção de imposto sobre serviços digitais | 79 |
| 2.1.2.1. Israel..... | 79 |
| 2.1.2.2. Hungria..... | 83 |
| 2.1.2.3. Itália | 84 |
| 2.1.2.4. Arábia Saudita..... | 86 |
| 2.1.3. O Tributo sobre Lucros Desviados no Reino Unido (<i>Diverted Profit Tax</i>)..... | 87 |
| 2.1.4. A tributação do fluxo de caixa no destino – DBCFT | 88 |
| 2.1.5. Uso do método da divisão do lucro (<i>profit split</i>) e do formulário de repartição (<i>formulary apportionment</i>) | 94 |

Capítulo 3

A Necessidade (ou Não) do Estabelecimento Permanente

| | |
|--|-----|
| 3.1. O estabelecimento permanente no contexto da economia tradicional..... | 103 |
| 3.1.1. O estabelecimento permanente na política fiscal brasileira..... | 104 |
| 3.1.2. O estabelecimento permanente na América Latina | 106 |
| 3.1.3. O estabelecimento permanente nos tratados-mo- delo da ONU e da OCDE..... | 110 |
| 3.2. O estabelecimento permanente pós-BEPS..... | 116 |
| 3.2.1. O conceito de estabelecimento virtual e a necessi- dade de um novo nexos | 116 |
| 3.2.2. Uma visão pragmática e um nexos sem estabeleci- mento..... | 123 |

Capítulo 4

O Princípio de Fonte

| | |
|---|-----|
| 4.1. Debates históricos sobre fonte | 132 |
|---|-----|

| | |
|---|-----|
| 4.1.1. A teoria da pertença econômica..... | 132 |
| 4.1.2. A teoria do benefício | 133 |
| 4.1.3. A teoria da origem econômica da renda: fonte de produção × fonte de pagamento | 136 |
| 4.2. Debates atuais sobre a retenção como meio de aplicação do princípio de fonte | 139 |
| 4.2.1. A retenção como medida de eficiência para o <i>com- pliance</i> fiscal e a arrecadação..... | 139 |
| 4.2.2. A retenção e os princípios da neutralidade, da efi- ciência e da equidade | 140 |
| 4.3. Países em desenvolvimento: a importância da retenção para garantir a tributação | 145 |
| 4.4. A primazia da retenção para a aplicação do princípio de fonte – Revisão dos modelos de tratado da ONU e da OCDE ou nova convenção multilateral | 148 |
| Conclusão | 153 |
| Referências | 159 |

Prefácio

É muito difícil acompanhar a atualidade, especialmente no que respeita à tributação internacional da inovadora economia digital, tendo em conta a variedade de novas propostas de tributação da renda corporativa, a velocidade com que elas se modificam e o nível de complexidade alcançado no atual debate internacional sobre essas soluções. Todos esses fatores se apresentam como um grande desafio dos tempos atuais para qualquer pessoa, entidade ou país que procure acompanhar, se manter atualizado e atuar de forma decisiva e com liderança nesse cenário.

A implementação de medidas para a tributação da renda internacional alinhada com as propostas dos dois pilares da OCDE representa atualmente o ápice de uma discussão que se iniciou focada no problema da erosão da base tributável no contexto de empresas atuantes na economia digital e progressivamente se expandiu para cobrir outros setores da economia. Um primeiro passo buscou incluir um novo universo setorial, cobrindo também as empresas de negócios voltados ao consumidor (*consumer-facing businesses*), que se beneficiam do comércio eletrônico e geralmente utilizam intangíveis e mineram dados de consumidores para a construção de valor. Todavia, no formato atual, as medidas formuladas no contexto dos dois pilares não mais encontram barreiras setoriais e buscam cobrir empresas de quaisquer setores, segregadas apenas por patamares mínimos de receitas que podem perfeitamente vir a ser modificados no futuro.

Quando Vanessa Bulara se propôs a investigar com profundidade o princípio da fonte a fim de propor uma solução multilateral permanente aos problemas de erosão da base tributável internacional, não havia muita visibilidade sobre quais soluções seriam privilegiadas para combater os problemas de erosão da base tributável e alocação de lucros para países de baixa tributação. O projeto BEPS havia entregado a Ação 1 com uma contribuição maior à constatação dos problemas do que propriamente na formulação de propostas concretas para a sua solução.

Na prática internacional, já proliferavam medidas legislativas unilaterais voltadas a capturar parte da renda corporativa de empresas da economia digital que atuam no mercado consumidor de determinados países sem o estabelecimento de presença econômica significativa. Tais iniciativas continuam vigentes nos dias de hoje e estão visivelmente estruturadas no critério de fonte como nexos suficientes a justificar a tributação no mercado. Entretanto, tendo em vista suas limitações, essas iniciativas reforçam a necessidade de alinhamento entre os países e o aprimoramento de medidas multilaterais voltadas à adequada captura da renda corporativa potencialmente desviada por multinacionais que operam globalmente.

Ao se posicionar na fronteira do conhecimento, Vanessa Bulara enfrentou tanto as dificuldades de lidar com um objeto de pesquisa inconstante quanto os desafios de se impor uma limitação de escopo na análise empreendida. A cada nova versão do trabalho, o campo de pesquisa havia se alterado profundamente em qualidade e refinamento de propostas, oferecendo um volume exponencial de novos materiais produzidos pelos grupos de trabalho da OCDE.

O resultado final, apresentado para o público neste livro ora lançado na Série Tributação Aplicada do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT), proporciona um rico panorama de iniciativas concretas adotadas por países ao redor do globo e também adentra no exame de propostas legislativas sofisticadas para a tributação baseada em métodos de divisão global de lucros, fluxo de caixa e estabelecimento permanente virtual. Muitas dessas propostas eram apenas formulações acadêmicas no momento em que Vanessa empreendeu sua análise em busca do fortalecimento do princípio de fonte como justificativa para tributação nos países dos mercados consumidores.

A publicação deste livro é um acontecimento que enche de orgulho o programa do Mestrado Profissional em Direito Tributário Internacional e Comparado do IBDT, por refletir uma preocupação constante com a inovação, a pesquisa e a liderança nos temas importantes da prática empresarial e profissional. Ao trazer ao público reflexões sobre potenciais soluções para as lacunas da tributação corporativa na economia digital, Vanessa Bulara apresenta propostas importantes para os debates atuais de reforma tributária do imposto de renda no Brasil.

Correndo o risco de estar desatualizado, por não proporcionar um exame aprofundado das atuais propostas dos dois pilares do OCDE, esta obra propicia um retorno às origens dessa discussão para resgatar a importância do princípio da fonte e do equilíbrio na distribuição de competências tributárias em nível internacional. Escrito originalmente em 2019 e atualizado recentemente para fins de publicação, este livro enfoca um elemento significativo do debate da divisão equitativa de bases tributáveis entre os países, ao reforçar a importância dos países de fonte e a necessidade de concepção de soluções multilaterais equitativas.

No formato mais atual, as propostas da OCDE, erigidas em dois pilares, têm privilegiado nitidamente o princípio da residência como forma definitiva de captura de lucros desviados internacionalmente. As regras antierosão global da base tributável (*GloBE rules*) suscitam discussões sobre uma possível inversão na ordem normal de aplicação das regras de fonte e residência (*rule order*), de modo a enfraquecer o poder de países de fonte na competição internacional. Este tema certamente se coloca como um limite da pesquisa empreendida por Vanessa e pode ser mencionado aqui como sugestão para pesquisas futuras, quiçá em outros trabalhos em andamento por pesquisadores e alunos do IBDT.

Curiosamente o Brasil não tem buscado a adoção de nenhuma das três principais modalidades de medidas unilaterais abordadas por Vanessa Bulara no Capítulo 1. Afora algumas propostas legislativas, envolvendo CIDEs ou contribuições sociais sobre serviços digitais, que não ganharam ainda muita atenção no Congresso Nacional, não parece haver uma sensação de urgência pela perspectiva brasileira em razão da perda da base tributável pertinente a empresas multinacionais atuantes no setor de economia digital. Também os temas de estabelecimento permanente virtual ou a criação de um tributo específico de equalização ganharam pouca ou nenhuma atenção no cenário nacional nos últimos anos.

Suprindo essa deficiência com distinção, Vanessa Bulara percorre as principais modalidades de medidas unilaterais, assim como aborda com profundidade algumas variáveis adicionais apresentadas no debate internacional e que justificariam o reconhecimento de um novo nexu – ou fortalecimento do tradicional princípio da fonte – para os países onde localizados o mercado consumi-

dor, os usuários ou a presença econômica significativa de empresas multinacionais.

A inércia do Brasil nesta frente contrasta com a rápida e variada reação dos países na implementação de medidas unilaterais para captura e tributação de uma parcela do valor criado por empresas atuantes na economia digital. Algumas das principais medidas unilaterais foram examinadas com acuidade no Capítulo 2 desta obra, permitindo-se verificar comparativamente seus contornos, vantagens e desvantagens. Não se sabe ao certo qual será o destino de tais iniciativas, que hoje se encontram numa encruzilhada, tendo em vista a proposta concreta de sua substituição para a cobrança, multilateral e coordenada, de um valor adicional de tributo à luz do Pilar 1 e sob a forma do chamado “montante A”. Tanto as medidas unilaterais quanto o “montante A” buscam capturar uma parcela dos lucros de grandes grupos empresariais e que atualmente não vem sendo capturado pelas regras tradicionais de tributação internacional.

Uma possibilidade ainda pouco explorada pela legislação e prática tributária brasileira consiste na aplicação do conceito de estabelecimento permanente, o qual pode sofrer adaptações a fim de permitir a tributação de multinacionais que atuam no mercado consumidor brasileiro sem o mínimo de estrutura física e de pessoal.

Vanessa Bulara aborda esse tema no Capítulo 3, indicando os requisitos cabíveis para a implantação de um conceito de estabelecimento permanente virtual e discutindo seus limites em vista da rede de tratados brasileira. Nesse ponto, a autora apresenta uma contribuição marcante ao debate ao sustentar a necessidade de reconhecimento de umnexo sem estabelecimento. Na proposta prática explorada neste livro, a alocação de competência tributária poderia se basear em mecanismo de retenção na fonte, complementada por cobrança extraterritorial baseada em divisão formular do lucro global.

Como reconhece, afinal, a autora, é possível vislumbrar o atendimento dessas demandas no caminho tomado pelas propostas dos dois pilares da OCDE. Entretanto, o reconhecimento de um novo espaço para exercício de competência tributária dos países de fonte, na parcela dos lucros não capturados pelas regras tradicionais

de alocação, reclama ainda por uma divisão equitativa e equilibrada entre os países.

Permanece muito atual o debate sobre a importância e a relevância da fonte como elemento de conexão a justificar a tributação da renda. Conhecer precisamente as justificativas do princípio de fonte, o seu desenvolvimento histórico e as fronteiras da sua aplicação são demandas importantes no cenário presente. Este livro oferece um rico suporte para aqueles interessados em adentrar o tema, encontrando-se, no Capítulo 4, um amplo panorama do tema com intrincados debates, reflexões sobre a importância do princípio de fonte para países em desenvolvimento e também sugestões concretas para adaptação das Convenções-Modelo a fim de aperfeiçoar a tributação em atividades desmaterializadas.

Natal de 2022

Victor Polizelli

*Coordenador do Curso de Especialização
em Direito Tributário Internacional e
Professor do Mestrado Profissional do IBDT.*

Introdução

Esta obra é resultado de meu trabalho de dissertação apresentado ao Instituto Brasileiro de Direito Tributário em 2019. Sugere uma reflexão sobre as atuais propostas de tributação *direta* da renda corporativa à luz da economia digital¹, no contexto internacional dos modelos de negócios realizados sob a forma *business to business* (B2B).

Este trabalho se limita a perseguir uma solução multilateral permanente, focado na tributação direta sobre a renda corporativa internacional e somente para operações B2B. E, nesse sentido, para uma melhor compreensão do tema a ser tratado, é importante esclarecer o sentido das expressões “economia digital” e/ou “comércio eletrônico” que são utilizados ao longo deste trabalho. Veja-se:

a ampla gama de atividades comerciais produzidas por meio do uso de computadores, incluindo comércio *online* de produtos e serviços, transferência de fundos eletrônicos, negociação *online* de instrumentos financeiros, troca de dados eletrônicos entre empresas e, internamente, por uma mesma empresa².

Nesse sentido, é possível afirmar que o termo “comércio eletrônico” se refere ao ciclo de produção de produtos (físicos ou virtuais) e de serviços, com a posterior distribuição, venda e entrega, pela internet. Para o caso de produtos físicos, a operação eletrônica denominada *offline* tem o processo da entrega feito pelos métodos tradicionais. Em contrapartida, o produto de natureza virtual, quando adquirido pela internet, tem sua disponibilidade simultaneamente já transferida ao comprador, a exemplo de mú-

¹ É usado também o termo “comércio eletrônico” como sinônimo de “economia digital”.

² DOERNBERG, Richard L.; HINNEKENS, Luc; HELLERSTEIN, Walter; LI, Jinyan. *Electronic Commerce and Multijurisdictional Taxation*. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 2. Tradução livre.

sicas, filmes, moedas virtuais e afins, denominando-se de operação *online*³.

O crescimento do comércio eletrônico força uma reavaliação das questões mais básicas de jurisdição tributária: *quem e onde*. Em muitos casos, o comércio eletrônico é uma forma alternativa de comércio que cria questões de neutralidade tributária entre produtos digitais e não digitais. Tomando-se como exemplo a venda de um livro de capa dura ou um *compact disc* (CD) e a venda de um livro digital ou um CD, devem as duas operações se sujeitar a diferentes tributos sobre o consumo ou imposto de renda⁴?

A partir dessa nova economia, da diversidade de negócios que dela decorrem, da forte erosão de base tributável e transferência de lucros para jurisdições com pouca ou nenhuma tributação realizada pelas multinacionais, o debate mudou.

Com isso, em 2013, para conter mais perda na arrecadação fiscal, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) e os países do G20⁵ elaboraram o Projeto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), dividido em quinze planos de ação.

Esse projeto, além de estipular os prazos e a metodologia para a implementação das quinze ações⁶, no contexto dos desafios tributários da economia digital, identificou, na Ação 1, as dificuldades e os desafios que esse tipo de economia traz para a aplicação das regras tributárias internacionais atualmente vigentes, apontando também algumas opções para lidar com essas dificuldades, para fins de tributação direta e indireta⁷.

³ PINTO, Dale. *Ecommerce and Source-Based Income Taxation*. Amsterdam: IBFD Doctoral, 2003, v. 6, .

⁴ DOERNBERG, Richard L.; HINNEKENS, Luc; HELLERSTEIN, Walter; LI, Jinyan. *Electronic Commerce and Multijurisdictional Taxation*. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 592.

⁵ Países que compõem o G20 além da União Europeia (UE): África do Sul, Alemanha, Arábia Saudita, Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, China, Coreia do Sul, Estados Unidos da América, França, Índia, Indonésia, Itália, Japão, México, Reino Unido, Rússia e Turquia. (G20. *Summit on Financial Markets and the World Economy*. Disponível em: <https://www.g20.org/en/summit/about/>. Acesso em: 20 dez. 2018).

⁶ Informação divulgada no *site* da OCDE. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions.htm>. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁷ Ressalta-se que este trabalho aborda, exclusivamente, a tributação direta incidente nas operações B2B.

De acordo com os dados da OCDE daquele ano⁸, 90% do valor das transações de comércio eletrônico mundial se referem a operações B2B; os 10% remanescentes se dividem em operações *business to consumer* (B2C), *business to government* (B2G) e *consumer to consumer* (C2C). Em razão da forte concentração da economia digital nas operações entre empresas, grande parte das iniciativas legislativas têm se focado exclusivamente na tributação dos lucros corporativos⁹, e não na do consumidor final. Portanto, a arrecadação nas relações B2B parece se tratar de uma alternativa mais eficiente e de mais simples implementação pelas autoridades fiscais.

O debate deste trabalho parte do reconhecimento em nível global de que a legislação internacional vigente não permite uma interpretação adequada para abarcar os negócios praticados no contexto da economia digital. Para além disso, essas normas não foram atualizadas no ritmo necessário a atender as rápidas mudanças atuais.

Outros pontos críticos são a crescente erosão da base tributável, a transferência de lucros para jurisdições com baixa ou nenhuma tributação, a dupla tributação da renda (ou não tributação) por falta de harmonização e cooperação na estrutura legal entre os Estados, além de outras práticas realizadas pelos contribuintes de forma prejudicial e abusiva. Todos esses fatores demonstram a urgente necessidade de mudança das normas internacionais atuais.

⁸ OECD. *Electronic and Mobile Commerce*. Paris: OECD Publishing, 2013, p. 4. (OECD Digital Economy Papers, n. 228). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/5k437p2gxw6g-en>. Acesso em: 15 dez. 2018.

⁹ Exemplos são as sugestões do relatório final da Ação 1 do Projeto BEPS, como estabelecimento permanente virtual, formulário de repartição (*formulary apportionment*) da UE, tributação baseada no fluxo de caixa no destino (*Destination-Based Cash Flow Taxation – DBCFT*) ou ainda as diretivas divulgadas em março de 2018 pela União Europeia, baseadas numa solução de caráter permanente (COM(2018) 148) e outra, de caráter temporário (COM(2018) 147). COMISSÃO EUROPEIA. *Proposta de diretiva do conselho que estabelece regras relativas à tributação das sociedades com uma presença digital significativa*. Bruxelas, 21 mar. 2018. COM(2018) 147 final. Disponível em: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/PT/COM-2018-147-F1-PT-MAIN-PART-1.PDF>. Acesso em: 17 nov. 2018.

A erosão de base e o fenômeno da dupla não tributação¹⁰ fizeram com que diversos países adotassem medidas unilaterais com vigência interna. Tais medidas, em especial adotadas por países europeus, procurou estancar as expressivas perdas na arrecadação fiscal por parte da União Europeia (UE)¹¹.

Assim, focando na prevenção de mais perdas, em outubro de 2015 a OCDE e o G20 divulgaram o relatório *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – Action 1-2015 Final Report*¹². Ato contínuo, em março de 2018, a União Europeia publicou duas diretivas tratando também da tributação da renda oriunda dessa economia¹³. Essas sugestões de medidas multilaterais e as Diretivas da União Europeia são apresentadas no Capítulo 1.

Todo o contexto do trabalho pioneiro da OCDE e do G20 baseou-se na prevenção e no estancamento da erosão da base fiscal. Essa erosão consiste na possibilidade de uma despesa alocada em certo país ser dedutível de sua base tributável e, em contrapartida, no país de residência, local onde deveria ser uma renda tributada, não sofrer a respectiva tributação. Essa não tributação é causada por dois fatores: ou pela transferência da renda para uma jurisdição que não a tribute, ou pelo descasamento das normas interna-

¹⁰ Dupla não tributação é caracterizada como uma redução ou eliminação de tributação tanto no país de fonte, onde a renda ou o ganho foram gerados, quanto no país de residência do favorecido da renda. GLABUSH, Julie Rogers. *IBFD International Tax Glossary*. 7. ed. Amsterdam: IBFD, 2015.

¹¹ A Comissão Europeia, em abril de 2016, afirmou que a evasão fiscal provocada por multinacionais que operam na Europa (incluindo as grandes corporações da economia digital) provocam uma perda de arrecadação fiscal aos membros da União Europeia de 50 a 70 bilhões de euros por ano. COMISSÃO EUROPEIA. *A Comissão Europeia propõe, para as empresas multinacionais, regras de transparência fiscal perante o público*. Estrasburgo, 12 abr. 2016. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1349_en.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

¹² OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1-2015: Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD, 2015. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

¹³ EUROPEAN COMMISSION. *Fair Taxation of the Digital Economy*. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/fair-taxation-digital-economy_en. Acesso em: 17 nov. 2018.

cionais, partindo de uma norma interna do país de residência que classifique a respectiva renda como não tributável.

Os modelos de tratados para evitar a bitributação da renda e grande parte das normas domésticas voltadas a esse assunto foram instituídos à época de um modelo de negócios estritamente presencial¹⁴. Naquela época, em razão do pouco ou inexistente avanço tecnológico que influenciasse, relevantemente, os modelos de negócios, a alocação da renda tributável pautava-se, basicamente, em regras de residência e da presença física da empresa. As exceções baseavam-se na aplicação do princípio de fonte, a depender da categorização específica de algumas rendas.

A legislação internacional de tratados herdou o modelo bilateral de convenção tributária da Liga das Nações e da OCDE, com a dominante tendência da alocação da tributação baseada no critério de residência da empresa¹⁵.

Transcorridas algumas décadas, com a digitalização da economia, o grande debate que se enfrenta hoje é a falta de uma legislação tributária que abarque os fatos jurídicos e econômicos predominantes do mundo digital, geradores de vultosos lucros, a exemplo das rendas oriundas da criação de valor em razão da participação do usuário¹⁶.

¹⁴ Uma economia tradicional conhecida como *brick-and-mortar business*.

¹⁵ Em 1928, o primeiro modelo de convenção sobre a dupla tributação da renda foi apresentado pela Liga das Nações e pautava-se na classificação do rendimento como a forma mais apropriada para a alocação da tributação. Em 1943, na cidade do México e com a participação de países latino-americanos, editou-se uma nova convenção-modelo, que dava mais relevância ao critério da fonte do rendimento para a atribuição de competência tributária. Já em 1946, em Londres, novo modelo foi editado com alteração da substância e predominância para a atribuição de competência tributária da fonte para a residência. ROCHA, Sergio André. *Interpretação dos tratados para evitar a bitributação da renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 43-44.

¹⁶ Conforme informação disponível no *site* da Comissão Europeia: “What are the main problems? Today’s international corporate tax rules are not fit for the realities of the modern global economy and do not capture business models that can make profit from digital services in a country without being physically present. Current tax rules also fail to recognise the new ways in which profits are created in the digital world, in particular the role that users play in generating value for digital companies. As a result, there is a disconnect – or ‘mismatch’ – between where value is created and where taxes are paid”. EUROPEAN COM-

Relatórios públicos emitidos por instituições internacionais, como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Parlamento Europeu, divulgaram informações de que as empresas de negócios digitais estão lucrando cada vez mais e pagando menos tributos, em comparação com as empresas da economia tradicional, seja por falta de normas internacionais que aloquem a tributação do lucro dessas atividades de forma precisa, seja pela própria erosão da base fiscal, intencionalmente praticada, pelos contribuintes. A falta dessa coordenação internacional tem agravado ainda mais a repartição desigual da renda fiscal entre países desenvolvidos e em desenvolvimento¹⁷.

Além disso, é premente a falta de neutralidade e equidade entre as empresas digitais e as empresas tradicionais. Ambas são geradoras de receitas no país do mercado consumidor, uma vez que as suas atividades são ali fornecidas, ali usadas, têm ali seus resultados concluídos e verificados. Mas se nota o descasamento do tratamento tributário entre os fornecedores estabelecidos dentro do mercado consumidor e os fornecedores estrangeiros que ali atuam, ainda que virtualmente.

Essa falta de neutralidade e equidade também é verificada quando se analisam os países signatários de tratados internacionais contra a bitributação pautados no modelo de convenção da OCDE. Por se tratar de um modelo que delimita a alocação fiscal com base na residência da empresa, acaba por privilegiar os países desenvolvidos exportadores de capital, em desfavor dos países em desenvolvimento, predominantemente importadores de capital¹⁸. Nesse

MISSION. *Fair Taxation of the Digital Economy*. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/fair-taxation-digital-economy_en. Acesso em: 17 nov. 2018.

¹⁷ Ver UNITED STATES OF AMERICA. *International Monetary Fund, Policy Paper: Spillovers in International Corporate Taxation*. 2014. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019; e UNITED STATES OF AMERICA. *International Monetary Fund. Working paper "Base erosion, profit shifting and developing countries"*. May 2015. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2015/wp15118.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

¹⁸ TANG, Paul; BUSSINK, Henri. *EU Tax Revenue Loss from Google and Facebook. PodA and Group of the Progressive Alliance of Socialists & Democrats in the European Parliament (S&D)*. Disponível em: <https://static.financieel-management.nl/docu>

modelo de tratado, no caso dos lucros das empresas, a erosão de base também seria incentivada, pois o ente pagador pode deduzir a despesa da sua base tributável no país de fonte, sem que esse país tenha o direito à alocação da tributação dessa renda, que caberá ao país da residência do fornecedor¹⁹.

O Capítulo 1 aborda também os relatórios divulgados pela OCDE e pelo G20. O relatório inicial, intitulado *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – Action 1-2015 Final Report*, é comentado para esclarecer as três alternativas de tributação multilateral sugeridas: (i) a alteração do atual conceito de estabelecimento permanente (EP) com um novo nexo de presença econômica significativa (*significant economic presence – SEP*); (ii) a imposição de retenção de fonte, exclusivamente, sobre os serviços digitais; e (iii) a criação de um tributo de equalização, no original denominado *equalisation levy*²⁰. Essas três alternativas foram reiteradas num segundo relatório, intitulado *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*.

Além disso, o item 1.1.1 esclarece os critérios necessários para a configuração de uma SEP, com base na Ação 1 do Projeto BEPS, os quais foram definidos por meio de testes quantitativos e qualitativos medidos por (i) valores mínimos de receita; (ii) quantidades mínimas de usuários; e (iii) presença digital comprovada pelo uso de plataformas digitais, pagamentos eletrônicos, domínio local, dentre outros²¹.

Ainda como solução multilateral, o tópico 1.1.1 trata das alternativas multilaterais da Ação 1 consistentes na retenção de im-

ments/16690/EU-Tax-Revenue-Loss-from-Google-and-Facebook.pdf. Acesso em: 15 jan. 2019.

¹⁹ CASTELON, Marta. *International Taxation of Income from Services under Double Taxation Conventions: Development, Practice and Policy*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2018, p. 403.

²⁰ OECD. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD, 2018, . Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>. Acesso em: 15 nov. 2018.

²¹ OECD. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD, 2018, e. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>. Acesso em: 15 nov. 2018.

posto sobre serviços digitais e na criação de um tributo de equalização.

Paralelamente ao Projeto BEPS, a União Europeia publicou duas diretivas que trazem também a aplicação dos mesmos testes anteriormente mencionados e são tratadas no item 1.1.3. Discute-se a utilização desses testes para a caracterização de SEP na proposta de tributação temporária apresentada pela União Europeia, baseada numa retenção de imposto, exclusivamente, sobre serviços digitais (COM 2018-148)²².

Em relação à medida permanente da UE, o tópico 1.1.3.2 trata da criação de um tributo pautado num método de divisão do lucro, além de uma nova proposta baseada na consolidação comum da base tributária de lucros corporativos, denominado “Base Tributária Corporativa Comum Consolidada” (*Common Consolidated Corporate Tax Base – CCCTB*).

Numa outra frente, o Capítulo 2 trata das medidas unilaterais que têm sido adotadas por alguns países, em sua maioria europeus, como Hungria, Itália e Reino Unido. Essas alternativas baseiam-se (i) no tributo de equalização; (ii) na retenção de imposto sobre os serviços digitais (*Digital Services Tax – DST*); (iii) na tributação dos lucros desviados (*Diverted Profits Tax – DPT*); (iv) na tributação sobre o fluxo de caixa no destino (*Destination-Based Cash Flow Taxation – DBCFT*); e, por fim, (v) no método de alocação de um lucro residual (*profit split method*).

E, apesar de mais céleres no debate e possível implementação, na maioria das vezes as medidas isoladas acabam por não respeitar, minimamente, os princípios gerais aplicáveis à tributação internacional, quais sejam: (i) neutralidade; (ii) eficiência; (iii) segurança e simplicidade; (iv) efetividade e justiça; (v) flexibilidade e sustentabilidade; e (vi) proporcionalidade²³. Além disso, não estabelecem

²² EUROPE. European Union Law. *Procedure 2018/0073/CNS*. Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2018_73. Acesso em: 20 dez. 2018.

²³ Trata-se dos princípios de tributação internacional aplicáveis ao comércio eletrônico, discutidos na Conferência Ministerial realizada em Ottawa, em 1998, pela OCDE. No *Relatório final da Ação 1 do Projeto BEPS – OCDE/G20* foi esclarecido que, para a análise das opções de tributação, a Força-Tarefa da OCDE

uma coordenação das normas entre os países, podendo, por exemplo, agravar os casos de dupla tributação e desestimular o investimento externo direto por discriminar fornecedores estrangeiros em relação aos nacionais, além de outros prejuízos.

Nesse sentido, o parlamento europeu já divulgou que medidas unilaterais de tributação prejudicam a harmonização e a cooperação tributária entre os países, aumentam a prática de regimes fiscais privilegiados e planejamentos tributários abusivos e afastam a possibilidade de acordos internacionais para a troca de informações e para uma justa e eficiente repartição da renda tributável²⁴.

Adicionalmente, o tópico 2.1.1 aborda a posição de vanguarda da Índia, que instituiu o tributo de equalização, o qual está vigente no país desde 1º de junho de 2016²⁵ e, por se enquadrar numa terceira categoria, não se classifica nem como imposto de renda, nem como tributo indireto ou sobre o consumo. Trata-se de uma exação sobre as transações digitais com fornecedores não estabelecidos na Índia, mas com critérios quantitativos e qualitativos bastante semelhantes aos da presença econômica significativa do relatório da Ação I.

Assim, o tributo de equalização da Índia, por ser uma “nova” categoria fiscal, não está contemplado no escopo dos tratados inter-

(Task Force on the Digital Economy – TFDE) concordou em partir de uma base que contemplasse os princípios tributários de neutralidade; eficiência; segurança e simplicidade; efetividade e justiça; flexibilidade e sustentabilidade; e proporcionalidade. OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action I-2015: Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD, 2015, p. 134-135. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

²⁴ Conforme resolução do Parlamento Europeu de 25 de novembro de 2015 sobre decisões fiscais e outras medidas de natureza ou efeito semelhantes (2015/2066 (INI)), p. 17 e 41. EUROPEAN UNION. *European Parliament 2014-2019*. P8-TA(2015)0408. Tax rulings and other measures similar in nature or effect. European Parliament resolution of 25 November 2015 on tax rulings and other measures similar in nature or effect (2015/2066(INI)). Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0408+0+DOC+PDF+V0//EN>. Acesso em: 12 fev. 2019.

²⁵ INDIA. *Budget 2016-2017*. Speech of Arun Jaitley, Minister of Finance. 29th Feb. 2016. Disponível em: <http://indiabudget.nic.in/ub2016-17/bs/bs.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.

nacionais contra a bitributação da renda, causando prejuízo aos contribuintes indianos e aos não residentes com estabelecimento permanente naquele país, em razão da impossibilidade de uso dos métodos de isenção ou crédito fiscal como medida de alívio à dupla tributação.

Alguns países da União Europeia também têm adotado medidas unilaterais, a despeito do debate ali existente sobre uma tributação baseada no mercado único digital²⁶. Reino Unido²⁷ e Itália²⁸ já publicaram leis instituindo a cobrança de imposto sobre os lucros digitais.

A medida unilateral em território italiano é tratada no tópico 2.1.2.3. O país introduziu o denominado *Web Tax*, decorrente da publicação da lei orçamentária de 2018, cuja vigência inicial foi estabelecida para janeiro de 2018²⁹. A norma nunca entrou em vigência em 2018, em razão da falta de publicação, em tempo hábil, de decreto que a regulamentasse. Para sanar esse erro e reinstaurar o tributo sobre serviços digitais, um ano depois, ou seja, em 31 de dezembro de 2018, o referido tributo foi incluído na redação da lei orçamentária de 2019, para início de vigência em 2019³⁰. O tributo refere-se à retenção de 3% sobre os valores pagos a título de remuneração de serviços digitais prestados para beneficiário italiano. O

²⁶ EUROPEAN COMMISSION. *Tallinn Digital Summit: Fair Taxation of the Digital Economy*. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/digital-taxation-factsheet-tallinn_en.pdf. Acesso em: 17 nov. 2018.

²⁷ UNITED KINGDOM. *Policy Paper Diverted Profits Tax Amendments*. 29 Oct. 2018. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/diverted-profits-tax-changes/diverted-profits-tax-amendments>. Acesso em: 12 fev. 2019.

²⁸ Lei orçamentária de 2018: ITALIA. *Legge 27 dicembre 2017, n. 205*. Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020. Disponível em: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2017/12/29/302/so/62/sg/pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018. G.U. n. 302 del 29-12-2017 – Suppl. Ordinario n. 62 – art. 1, commi 1011-1019, 9. 302.

²⁹ Como 1017 da Lei 27 de dezembro de 2017, n. 205: “1017. Le disposizioni di cui ai commi da 1011 a 1016 si applicano a decorrere dal 1º gennaio dell'anno successivo a quello della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto di cui al comma 1012”.

³⁰ Lei n. 145/2018. ITALIA. *Legge 30 dicembre 2018, n. 145*. Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021. Disponível em: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2018/12/31/302/so/62/sg/pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

contribuinte é a empresa ou o grupo de empresas que, durante o ano fiscal, atinja a receita anual total mínima de 750 milhões de euros e a receita mínima anual oriunda do fornecimento dos serviços digitais no território italiano de 5,5 milhões de euros. Pelos dois critérios quantitativos usados, verifica-se que a medida italiana objetiva tributar o lucro das grandes corporações digitais, que, até então, não têm recolhido seus tributos em favor daquele território pela ausência de legislação que permita a retenção em favor do país de fonte.

O tópico 2.1.2.4 trata da medida unilateral implementada pela Arábia Saudita vigente desde 1º de janeiro de 2018. O país instituiu um imposto retido sobre a renda dos serviços digitais, que deve ser recolhido por um estabelecimento virtual localizado naquele território e configurado, unicamente, por um critério temporal. Pela ficção da lei saudita, caso a prestação de serviço se prolongue por mais de 183 dias naquele território, mesmo sem qualquer presença física de funcionários, trabalhadores ou estrutura tangível de negócio, reconhece-se como configurado um EP, sendo necessário efetuar a retenção³¹⁻³².

No contexto internacional, o art. 5º da Convenção-Modelo (CM) da Organização das Nações Unidas (ONU) e o art. 5º da Convenção-Modelo da OCDE determinam que o estabelecimento permanente é um elemento de conexão para a delimitação da competência tributária em favor do país de fonte, ainda que sua redação atual não contemple as possibilidades de negócios digitais. Por essa razão, o Capítulo 3 aborda esse nexos no contexto da economia tradicional, na esfera da política fiscal brasileira e de países da América Latina e no contexto da redação dos modelos de tratados da ONU e da OCDE.

O tema do EP é contextualizado em dois momentos diversos: inicialmente é tratado no tópico 3.1 dentro da perspectiva da eco-

³¹ Tal como previsto no art. 5 da Convenção Modelo da Organização das Nações Unidas (ONU).

³² Ver ERNEST&YOUNG. Saudi Arabian Tax Authorities Introduce Virtual Service PE Concept. *Global Digital Tax Developments Review*, p. 44, Nov. 2015. Disponível em: <https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-global-digital-tax-developments/%24FILE/EY-global-digital-tax-developments.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

nomia tradicional; posteriormente, o tópico 3.2 contextualiza o instituto na era pós-BEPS. Dessa forma, é possível questionar sobre a adequação do conceito de EP previsto no art. 5º dos atuais modelos de tratados internacionais e se, de fato, existe uma real necessidade de instituir um novo nexo atrelado a um EP em razão da intangibilidade desse tipo de negócio.

De acordo com a Ação 1, a sugestão de alteração do conceito de estabelecimento permanente atrelado a um novo nexo de SEP implica alterar a redação do art. 5º da CM-OCDE. Tal medida adequaria o art. 5º aos novos modelos de negócios do comércio eletrônico, contemplando situações de estabelecimentos que desenvolvem negócios sem a presença física, produzindo renda no mercado de consumo, de modo a abranger os fatos tributários já praticados pelas grandes multinacionais digitalizadas, como Alibaba, Amazon, Facebook, Google e outras.

A economia digital tem permitido a condução de relevantes negócios globais sem a necessidade de presença física no local de realização das atividades, no país do mercado consumidor, tanto na área da prestação de serviços quanto na de venda de produtos. Nesses diversos segmentos, há casos inclusive de desempenho de negócios que dispensam a participação humana e/ou de ativos físicos na jurisdição do mercado adquirente. É o caso, por exemplo, de um servidor a distância que pode funcionar por si só, sem a intervenção humana, coletando dados e os transferindo a terceiro país, num determinado setor que não seja um serviço acessório, e sim principal³³.

Por essas razões, o art. 5º da CM-OCDE, na redação atualmente vigente sobre estabelecimento permanente, encontra-se defasado³⁴. A pergunta que se faz é: numa prática de negócios virtuais, a caracterização de um EP seria ainda significativa ou o elemento de conexão no contexto da economia digital estaria mais atrelado a

³³ DOERNBERG, Richard L.; HINNEKENS, Luc; HELLERSTEIN, Walter; LI, Jinyan. *Electronic Commerce and Multijurisdictional Taxation*. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 206-207.

³⁴ Críticas também estendidas ao art. 5º do modelo de Tratado das Nações Unidas.

um critério de equidade e eficiência econômica, em detrimento da natureza “física” dos negócios?

Na atual redação das convenções-modelo da ONU e da OCDE, o conceito de EP é definido como toda instalação fixa de negócios que serve para a realização das atividades da empresa, excepcionando-se tal definição, conforme o art. 5(4), em seis situações:

- (i) se usado para instalações unicamente com fins de armazenagem, de exposição ou de entrega de bens ou mercadorias pertencentes à empresa;
- (ii) se usado para a manutenção de estoque de bens ou mercadorias pertencentes à empresa unicamente para fins de armazenagem, de exposição ou de entrega;
- (iii) se usado para a manutenção de estoque de bens ou mercadorias pertencentes à empresa unicamente para fins de transformação por outra empresa;
- (iv) se existente para a manutenção de instalação fixa de negócios unicamente para fins de aquisição de bens ou mercadorias ou de obtenção de informações para a empresa;
- (v) se existente para a manutenção de instalação fixa de negócios unicamente para fins de desenvolvimento, para a empresa, de qualquer outra atividade de caráter preparatório ou auxiliar;
- (vi) se usado para a manutenção de instalação fixa de negócios unicamente para fins de qualquer combinação das atividades mencionadas nos itens “i” a “v” ou se o conjunto das atividades da instalação fixa de negócios resultante dessa combinação for de caráter preparatório ou auxiliar³⁵.

Uma revisão desse artigo, alterando a exclusão das atividades elencadas como preparatórias e auxiliares³⁶ e reconhecendo a exist-

³⁵ OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*. 2017. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en. Acesso em: 23 mar. 2019.

³⁶ Art. 5º da CM-OCDE. OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*. 2017. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/>

tência de um estabelecimento permanente (virtual) compatível com as práticas da economia digital, pode prevenir a erosão da base tributável, ajustando-se melhor a alocação da renda fiscal entre os países, além de atender aos princípios da neutralidade e da equidade, atualmente desprestigiados pela estrutura legal internacional.

De outro lado, reconhecendo-se um esvaziamento da necessidade do EP, exclusivamente físico, como elemento de conexão para a alocação da tributação direta nas rendas internacionais da economia digital, o Capítulo 4 trata da alocação da renda baseada no princípio de fonte, como uma alternativa válida e aconselhável.

O princípio de fonte é apresentado em dois contextos temporais diferentes: na economia tradicional e nos debates atuais de digitalização de atividade. Na economia tradicional, o tópico 4.1 apresenta os fundamentos que embasam o apoio ao princípio de fonte. O apoio a esse princípio se sustenta em três teorias: da pertença econômica, do benefício e da origem econômica da renda. Já em relação ao tema no contexto dos debates atuais, o tópico 4.2 discorre sobre a retenção do imposto sobre a renda como um mecanismo eficiente para a aplicação do princípio de fonte.

A seção 4.3 aborda a importância da retenção para garantir a arrecadação pelos países em desenvolvimento, sob a perspectiva fiscal e econômica. Discorre-se sobre a importância do mecanismo de retenção do imposto em razão da facilidade operacional de sua implementação, otimizando o trabalho da administração pública e do *compliance* fiscal³⁷. Além disso, é um mecanismo já expressamente previsto nos acordos-modelo da OCDE e da ONU.

De forma conclusiva, o trabalho traz reflexões sobre questões críticas e dificuldades práticas do tema em questão. A despeito do reconhecimento de prejuízos decorrentes de *ring-fencing*, por conta de uma eventual separação econômica e jurídica voltada exclusivamente para a tributação das rendas digitais, o capítulo reitera a necessidade de criação de normas especiais, mas aplicáveis para os

taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en. Acesso em: 23 mar. 2019.

³⁷ MALAN, Monique T. New Article 12A of the UN Model Regarding Fees for Technical Services: Ahead of Its Time or a Step Too Far? *OECD/United Nations Bulletin for International Taxation*, p. 58-68, Feb. 2019.

lucros corporativos em geral, de forma permanente e global, sem restrição apenas aos lucros gerados na economia digital. Trata-se de aplicar a neutralidade, princípio geral de tributação internacional, também à economia digital.

Nesse sentido, as autoridades e os especialistas (inclusive a OCDE) criticam essa abordagem de isolamento tributário justificando a impossibilidade de segregação das transações digitais das tradicionais, já que uma está contida na outra. A digitalização é a própria economia³⁸, e tentar separá-las implica criar um cerceamento sem objetivo lógico em termos de globalização, além de ser discutível em termos de igualdade, neutralidade e discriminação frente aos princípios da Organização Mundial do Comércio (OMC).

A OCDE reconhece que as propostas apresentadas em seus relatórios podem afetar não apenas o grupo de empresas altamente digitalizadas, mas também um grupo mais amplo de outras empresas que realizem operações transfronteiriças e sejam titulares de lucros oriundos de intangíveis de *marketing*, com estruturas fragmentadas em mais de uma jurisdição. Reconhece também a grande necessidade de um trabalho técnico por conta da relevância do tema, que apresenta uma alta diversidade do modelo de negócios, com segmentação econômica peculiar, com desafio em relação aos mecanismos métricos desse lucro e sua forma de alocação, além das definições dos novos elementos de conexão inseridos nos tratados de bitributação³⁹.

HONGLER e PISTONE, em artigo de 2015⁴⁰, esclareceram que o novo nexos sugerido pela Ação 1 do Projeto BEPS, por ser aplicável

³⁸ OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015*: Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD, 2015, e. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

³⁹ OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy: Policy Note As approved by the Inclusive Framework on BEPS on 23 January 2019*. 2019, p. 2. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/policy-note-beps-inclusive-framework-addressing-tax-challenges-digitalisation.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2019.

⁴⁰ HONGLER, Peter; PISTONE, Pasquale. *Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy*. (WU International Taxation Research Paper Series n. 2015-15), . Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2591829>. Acesso em: 3 jan. 2019.

apenas se a atividade for totalmente desmaterializada, conforme os critérios a seguir, não atenderia a neutralidade entre negócios, empresas e países. Destaca-se:

- (i) o negócio principal da empresa depende completamente, ou em parte considerável, de bens digitais ou serviços digitais;
- (ii) não há elementos físicos ou atividades físicas envolvidos na real criação dos bens ou dos serviços e na correlata entrega, salvo a existência, o uso ou a manutenção de servidores e *sites* ou outras ferramentas de tecnologia da informação (TI) e a coleta, o processamento e a comercialização de dados locais relevantes;
- (iii) os contratos são geralmente celebrados remotamente por meio da internet ou por telefone;
- (iv) os pagamentos são feitos exclusivamente via cartões de crédito ou outros meios eletrônicos usando formulários *online* ou plataformas ligadas ou integradas aos respectivos *sites*;
- (v) os *sites* são os únicos meios usados para estabelecer um relacionamento com a empresa; não existem lojas físicas ou agências para o desempenho das atividades principais, mas tão somente escritórios localizados na matriz ou nos países da empresa operadora;
- (vi) todos os lucros (ou a grande maioria deles) são atribuíveis ao fornecimento de bens ou serviços digitais;
- (vii) a residência legal ou fiscal e a localização física do vendedor são desconsideradas pelo cliente, não sendo relevantes para a decisão da compra;
- (viii) a utilização efetiva do bem digital ou o desempenho do serviço digital não exigem a presença física ou o envolvimento de um produto físico que não seja o uso de um computador, dispositivos móveis ou outras ferramentas de TI.

Na visão desses autores, abordar todos esses critérios como um tipo de economia separada para uma tributação especial é isolar muitas empresas do resto da economia; concluem que não é importante se os serviços digitais formam uma parte importante ou ape-

nas pequena parte dos negócios de uma empresa específica. Esse olhar segregado, inclusive, seria um descumprimento ao princípio de tributação internacional da neutralidade.

A atual realidade de negócios que se apresenta não permite fazer uma segregação do que está inserido na economia digital e o que é economia tradicional. Elas estão inter-relacionadas e se complementam. A despeito de a OCDE já ter concluído isso⁴¹, o órgão tem demonstrado reais dificuldades em encontrar uma solução.

A coordenação multilateral proporciona mais eficiência na arrecadação por parte dos Estados, por permitir, de forma global, o acesso e a troca de informações e dados sobre os negócios e sobre a geração das rendas. Além disso, previne-se de maneira mais eficiente a dupla tributação da mesma renda e otimiza-se a coordenação na troca de informações entre os países, impedindo-se também a dupla tributação e a erosão da base fiscal.

Diante dessa análise, acredita-se que o princípio de fonte tem primazia em relação ao critério de residência, que hoje é estabelecido na CM da OCDE e na da ONU como a regra predominante para a tributação dos lucros das empresas. O tópico 4.4 discorre sobre a primazia da retenção para a aplicação do princípio de fonte, mostrando-se mais eficiente como política fiscal internacional em razão da (i) facilidade de implementação e cobrança do imposto direto; (ii) justificativa da alocação fiscal internacional mais nivelada economicamente, visto que no país do mercado consumidor houve, realmente, uma contribuição para a renda global da empresa e para a participação econômica daquele país; e (iii) neutralidade respeitada entre fornecedores domésticos e fornecedores estrangeiros (ainda que haja bases de cálculo diferentes – bruta e líquida – entre referidos contribuintes). Além disso, aborda o uso da retenção de imposto somado a um limiar quantitativo de presença eco-

⁴¹ OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015: Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD, 2015, p. 11. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018. “Because the digital economy is increasingly becoming the economy itself, it would be difficult, if not impossible, to ring-fence the digital economy from the rest of the economy for tax purposes.”

nômica significativa na jurisdição de fonte, como um instrumento de aplicação do critério de fonte.

A retenção é medida defendida por autores como BÁEZ e BRAUNER⁴², DALE PINTO⁴³ e KLAUS VOGEL⁴⁴. Para alguns desses autores, a retenção na fonte se justificaria em razão da teoria do benefício anteriormente citada, segundo a qual o Estado em que a renda foi gerada tem o direito à tributação de parte, pelo menos, dessa renda pois houve o fornecimento e a disponibilização de infraestrutura estatal e rede de serviços públicos a certos fornecedores não residentes, que lucraram por conta dos consumidores ali estabelecidos. Trata-se de uma abordagem justa, do ponto de vista da argumentação, mas difícil e, para alguns, até injusta na implementação.

O trabalho apresenta uma forte tendência à ruptura do nexo pautado na necessidade de presença física da empresa e na regra da residência, para que o país seja o detentor do direito de tributar a renda. Nesse sentido, é um trabalho que, ao apoiar a dispensa do critério de presença física sob o fundamento do princípio da integração econômica, considera que o país tem o direito de tributar a renda em razão do respectivo mercado ter sido afetado pelo negócio⁴⁵.

Trata-se de uma possibilidade real de mudança permanente e global das normas aplicáveis à tributação direta das rendas em geral, que poderá também servir como uma adequação mais equânime à divisão dessa tributação global, possibilitando, consequentemente, a ampliação da arrecadação fiscal em favor dos países em desenvolvimento.

Toda essa transformação na economia global implica reflexões profundas sobre (i) conceito de comércio eletrônico e a consequen-

⁴² BRAUNER, Y.; MORENO, A. B. Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy – IBFD. *WU International Taxation Research Paper Series*, v. 14, 2015, p. 6-7, 13-16.

⁴³ PINTO, Dale. *Ecommerce and Source-Based Income Taxation*. Amsterdam: IBFD Doctoral, 2003, v. 6, (Doctoral Series).

⁴⁴ VOGEL, Klaus. Worldwide vs Source Taxation of Income: A Review and Re-evaluation of Arguments (Part III). *Intertax*, v. 11, 1988, p. 394.

⁴⁵ CASTELON, Marta. *International Taxation of Income from Services under Double Taxation Conventions: Development, Practice and Policy*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2018, p. 401.

te necessidade de reavaliação da tributação multijurisdicional; (ii) cooperação e consenso internacional; (iii) ambiente internacional harmonioso que permita desenvolver plenamente o comércio eletrônico e, ao mesmo tempo, servir de instrumento para que as administrações tributárias protejam suas bases fiscais; (iv) priorização da criação de novas regras para a tributação internacional, reconhecendo que a mera adaptação das normas já existentes talvez não seja a melhor resposta para todos os casos; (v) reconhecimento de que qualquer estrutura tributária a ser desenvolvida deve se pautar nos princípios gerais de tributação internacional do comitê da OCDE⁴⁶; (vi) ritmo das mudanças tecnológicas nos negócios *versus* capacidade tecnológica dos contribuintes e dos governos, avaliando-se a burocratização e o aumento de custos de *compliance* na falta de uma integração entre os países (que pode ser alcançada via tratados de troca de informações) ou entre os fornecedores não residentes de um país e os entes fazendários globais (via compartilhamento de registro por um banco de dados global que facilite a integração e o acesso das informações); (vii) priorização da cooperação internacional para garantir a execução das normas, a fim de evitar situações de dupla tributação, evasão ou erosão da base tributável, de garantias de métodos de crédito ou isenção fiscal para alívio de bitributação; e (viii) procedimentos mais eficazes, como arbitragem e apelações judiciais voltadas para a solução de controvérsias tributárias, garantindo certeza e a agilidade nos resultados fiscais mais previsíveis para contribuintes e agentes arrecadadores⁴⁷.

É oportuno afirmar que o objetivo deste estudo é pontuar as alternativas multilaterais de tributação sugeridas pela OCDE, pelo G20 e pela União Europeia, estritamente em relação às operações B2B, apresentar as medidas unilaterais adotadas por alguns países

⁴⁶ Princípios de tributação internacional aplicáveis ao comércio eletrônico: neutralidade; eficiência; segurança e simplicidade; efetividade e justiça; flexibilidade e sustentabilidade; e proporcionalidade, que foram discutidos na Conferência Ministerial realizada na cidade de Ottawa, no Canadá, em 1998.

⁴⁷ DOERNBERG, Richard L.; HINNEKENS, Luc; HELLERSTEIN, Walter; LI, Jinyan. *Electronic Commerce and Multijurisdictional Taxation*. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 591-596.

desenvolvidos e em desenvolvimento, esclarecer as novas premissas e os novos conceitos, atualmente debatidos, por conta da digitalização dos negócios, como o estabelecimento permanente, com o objetivo de demonstrar, ao final, uma alternativa de solução global e permanente à tributação direta da renda internacional.

Muito embora este estudo faça referência à renda gerada na economia digital, o que se faz necessário até para a delimitação do tema, é oportuno esclarecer que a solução sugerida é voltada para a tributação internacional da renda corporativa em geral, evitando-se a criação de normas segregadas e aplicáveis apenas à economia digital, o que daria causa a um desaconselhável *ring-fencing*.

Por fim, para a adequada compreensão histórica deste trabalho, é importante esclarecer que os argumentos e citações aqui contidos, a exemplo dos atos legais, consultas públicas e diretivas emitidas pelos organismos e autoridades, estão atualizados até o final do ano de 2022, observando-se que não há ainda uma conclusão final, voltada à redação de um regramento internacional como resultado do Projeto BEPS – Ação 1.

Capítulo 1

Propostas Globais para a Tributação da Renda Corporativa na Economia Digital

1.1. Adoção de medidas multilaterais

1.1.1. As sugestões iniciais da Ação 1 do Projeto BEPS da OCDE e do G20

A OCDE e os países do G20, por meio da Ação 1 do Projeto BEPS, têm trabalhado numa solução permanente e multilateral sobre a tributação internacional da economia digital. O projeto visa à prevenção da erosão da base tributável mediante o desvio de lucros tributáveis a países que não tributem a renda ou que a tributem com alíquotas reduzidas. Pretende ainda estabelecer uma atualização dos princípios tributários vigentes e apontar soluções aos outros planos de ação, já em curso de implementação, que apresentarem descasamento nas normas de tributação por conta do contexto digital¹.

Nesse sentido, a instituição de uma nova política fiscal internacional, por meio dessa Ação 1, pauta-se em dois pilares: o primeiro, fundamentado na criação de novos conceitos, como os intangíveis de mercado, na contribuição do usuário e na presença econômica significativa, que servirão para modernizar o sistema tributário internacional. O segundo pilar baseia-se em medidas que visem solucionar questões de não tributação ou de baixa tributação da renda oriunda do mundo digitalizado².

¹ OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015: Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD, 2015. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

² OECD; G20. *Base Erosion and Profit Shifting Project Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy: Policy Note* As approved by the Inclusive Framework on BEPS on 23 January 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/>

Para melhor compreender a cronologia dos fatos, esclarece-se que o primeiro relatório da Ação 1 foi apresentado em setembro de 2014, seguido pelo relatório final em 2015, denominado *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy – Action 1-2015 Final Report*. A despeito de se intitular final, o relatório de 2015 não trouxe conclusões e resultados significativos ao propósito da Ação 1.

Em outubro de 2017, a OCDE realizou uma consulta pública para que empresas e organizações interessadas no assunto apresentassem sugestões, comentários e contribuições à solução permanente³. Em novembro do mesmo ano, por meio da Força-Tarefa (*Task Force on the Digital Economy – TFDE*) da OCDE⁴, o resultado da consulta pública foi divulgado⁵, seguido da apresentação do relatório intermediário, em março de 2018, intitulado *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*⁶.

De acordo com o propósito da Ação 1, a criação de uma solução multilateral de longo prazo para a tributação digital pauta-se em três possibilidades, até então apresentadas em 2018: (i) alteração do atual conceito de estabelecimento permanente com um novo nexo de SEP; (ii) imposição de retenção de fonte exclusivamente sobre os serviços digitais; e (iii) criação de um tributo de equalização⁷.

beps/policy-note-beps-inclusive-framework-addressing-tax-challenges-digitalisation.pdf. Acesso em: 10 jan. 2019.

³ OECD. *OECD Invites Public Input on the Tax Challenges of Digitalization*. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/oecd-invites-public-input-on-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>. Acesso em: 15 nov. 2018.

⁴ OECD. BEPS. *Public Consultation on the Tax Challenges of Digitalisation*. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-on-tax-challenges-of-digitalisation-1-november-2017.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.

⁵ OECD. BEPS. *Public Comments Received on the Tax Challenges of Digitalization, 2017*. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>. Acesso em: 15 nov. 2018.

⁶ OECD. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>. Acesso em: 15 nov. 2018.

⁷ Item 4.2, p. 134 do relatório OECD. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>. Acesso em: 15 nov. 2018.

Muitos conceitos que foram apontados tanto no relatório final de 2015 quanto no de março de 2018 não foram abordados com a riqueza técnica esperada, além de terem sido apresentadas premissas inviáveis à implementação prática⁸. Essa situação permitiu afirmar que referidos relatórios são inconclusivos. Como exemplo, pode-se citar a sugestão prevista nos relatórios da OCDE sobre nexo pautado na criação de valor gerado pelo usuário ou pelos intangíveis de mercado, e, que até 2018, não traziam clareza nas métricas a serem usadas ou nos limites aplicáveis.

Diante disso, dando prosseguimento ao trabalho, em 13 de fevereiro de 2019, a OCDE divulgou o documento intitulado *2019 OECD Public Consultation Document*⁹, solicitando a participação da sociedade por meio do envio de comentários públicos, cujos debates finais para consolidação da participação social ocorreram nos dias 13 e 14 de março daquele mesmo ano.

Mas foi após o longo período da pandemia de Covid-19, em 4 de novembro de 2021, que, dando sequência aos trabalhos, os 137 países-membros do Quadro Inclusivo da OCDE discutiram e aprovaram uma Declaração de solução pautada em dois pilares. Apesar da aprovação, nem todos os membros do Quadro Inclusivo têm aderido à Declaração. Os Pilares 1 e 2 serão mais bem abordados nos subtópicos do item 1.1.2.

Em relação à criação das medidas até então discutidas entre 2015 e 2019, especificamente sobre a criação de valor pelos intangíveis de *marketing* e pela participação do usuário, destaca-se a possibilidade de um aumento da burocratização e, com isso, aumento dos custos administrativos e de *compliance* para as empresas, em razão do cumprimento de novas normas que venham a ser criadas.

Compartilhando da mesma compreensão, SERGIO ANDRÉ ROCHA menciona que tais medidas de atendimento de novas exigên-

⁸ TURINA, Alessandro. Which “Source Taxation” for the Digital Economy? *Inter-tax*, v. 46, n. 6/7, 2018, p. 501.

⁹ Cf. OECD. *Base Erosion and Profit Shifting Project Public Consultation Document: Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – 13 February – 6 March 2019*. 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.

cias impactarão ainda mais o custo administrativo das empresas, considerando a necessidade de adaptação de seus sistemas e as obrigações acessórias. O autor esclarece que tais sugestões podem dificultar a adaptação dos tratados internacionais, especificamente em relação a um novo conceito de estabelecimento permanente virtual com base na presença digital significativa¹⁰.

Os próximos tópicos abordam, individualmente, cada uma das sugestões de tributação, até então, propostas pela OCDE.

1.1.1.1. Conceito de estabelecimento permanente e de presença econômica significativa

Atualmente, o conceito de estabelecimento permanente está contemplado no art. 5º da CM da OCDE e no art. 5º da CM da ONU¹¹. Essa redação não contempla os modelos de negócios altamente digitalizados. Trata-se de uma nova situação que permite que as empresas participem da vida econômica de diferentes jurisdições sem a necessidade de ter uma presença física em cada território. Nesse sentido, a Ação 1 pretende alterar o conceito de EP, atrelando-o a um novo elemento de conexão, a presença econômica significativa, baseado em certos critérios quantitativos e qualitativos.

Nesse sentido, PASQUALE PISTONE e PETER HONGLER sugerem uma nova redação ao art. 5º da CM-OCDE, conforme se destaca¹²:

Se uma empresa residente em um Estado Contratante fornecer acesso a (ou oferecer) um aplicativo eletrônico, banco de dados, mercado *online* ou sala de armazenamento ou oferecer serviços de publicidade em um *site* ou em um aplicativo eletrônico usado por mais de 1.000 usuários individuais por mês domiciliados em outro Estado contratante, a empresa será considerada como tendo

¹⁰ OCDE. In: PISCITELLI, Tathiane (coord.). *Tributação da economia digital*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 30.

¹¹ OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*. 2017,. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en. Acesso em: 23 mar. 2019.

¹² HONGLER, Peter; PISTONE, Pasquale. *Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy*. (WU International Taxation Research Paper Series n. 2015-15). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2591829>. Acesso em: 3 jan. 2019. Tradução livre.

um estabelecimento permanente no outro Estado contratante se o montante total de receita da empresa devido aos serviços mencionados no outro Estado contratante exceder XXX (EUR, USD, GBP, CNY, CHF, etc.) por ano.

Por essa redação, o autor entende que o conceito de estabelecimento permanente seria alterado de maneira objetiva, afastando interpretações vagas no contexto do tratado. E, em decorrência do novo nexos referente à presença econômica significativa, a tributação pode ser deslocada em favor do local da realização das atividades econômicas que geram a renda¹³.

A presença econômica significativa é baseada na realização de um teste para aferir a presença digital¹⁴ existente na atividade exercida em determinada jurisdição. O teste pode se basear em critérios¹⁵ quantitativos ou qualitativos, referentes a: (i) percentual da digitalização no fornecimento de serviços, ou seja, se são desmaterializados; (ii) atendimento de um limite mínimo de usuários; (iii) realização de operações que ocorram num determinado limite de tempo; e (iv) valor mínimo de receita obtida com vendas locais¹⁶.

A necessidade de se caracterizar a SEP é justificada para garantir a soberania da jurisdição onde, de fato, ocorre a produção

¹³ OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015: Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD, 2015, . Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

¹⁴ Critérios citados no relatório OECD. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD, 2018, . Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>. Acesso em: 15 nov. 2018.

¹⁵ Os critérios não são taxativos, visto que Israel, por exemplo, por ocasião de sua Circular Administrativa n. 04/2016, não estabeleceu um limite mínimo de receita bruta auferida com vendas locais. Cf. ISRAEL. *The Israeli Tax Authority Published Guidelines Regarding Taxation of Foreign Corporation Activity in Israel Via the Internet*. Disponível em: https://taxes.gov.il/English/About/SpokesmanAnnouncements/Pages/Ann_11042016.aspx. Acesso em: 20 nov. 2018.

¹⁶ OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015: Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD, 2015, . Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

das atividades econômicas, onde a atividade foi realizada e produziu resultados. Trata-se de tornar mais amplo o debate fonte *versus* residência, focando na jurisdição de mercado da origem econômica dos rendimentos (produção da renda), na jurisdição de destino da atividade.

Há também que se ressaltar uma dificuldade em conciliar os conceitos antigos com os atuais debates em razão de premissas, até então usadas, não se flexibilizarem às novas modelagens de negócios¹⁷ – por exemplo, a aplicação da premissa “fonte e residência” e os novos parâmetros de “origem dos rendimentos e destinação” ou “fonte e residência” e “criação de valor”.

A atual digitalização da economia permite reconhecer que a atividade comercial tem gerado riqueza não somente na jurisdição da produção do produto ou serviço (baseando-se na residência da empresa), mas também no mercado de consumo, jurisdição onde se cria valor ao negócio por meio das vendas ao mercado de consumo, onde a demanda é existente, e onde os resultados são verificados¹⁸⁻¹⁹.

Conseqüentemente, a jurisdição que detém o direito de tributar a renda obtida com um mercado consumidor específico é onde, de fato, ocorre a atividade econômica, ainda que virtualmente. Essa situação ratifica a necessidade de revisão da tributação baseada no critério de residência da empresa, para os lucros corporativos, em razão do descasamento entre essa regra e o contexto digital. O debate confirma a desatualização da regra de tributação pautada na residência da empresa que, hoje, é predominante nos modelos de tratado da OCDE e da ONU (art. 7º)²⁰. O lucro corporativo é gera-

¹⁷ TURINA, Alessandro. Which “Source Taxation” for the Digital Economy? *Inter-tax*, v. 46, n. 6/7, 2018, p. 495-519.

¹⁸ CHAND, Vikram; DAS, Pitambar. From a FAR to a FARM Analysis with Respect to Profit Attribution to the Indian Significant Economic Presence (SEP) Test. *Kluwer International Tax Blog*. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2018/07/09/far-farm-analysis-respect-profit-attribution-indian-significant-economic-presence-sep-test/>?print=print. Acesso em: 23 mar. 2019.

¹⁹ CASTELON, Marta. *International Taxation of Income from Services under Double Taxation Conventions: Development, Practice and Policy*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2018, p. 402.

²⁰ OCDE, CM-OCDE, art. 7º. OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*. 2017. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.com/>.

do não em razão da presença física da empresa, e sim por conta da presença econômica da empresa no mercado consumidor.

O contexto relatado fica bastante evidente pela leitura dos relatórios da OCDE. Os argumentos trazidos no relatório da Ação 1, reiteradamente, se pautam na expectativa de que os lucros sejam reportados onde as atividades econômicas são realizadas e onde o valor é criado²¹.

Um ponto também importante em relação ao desconexo contexto da redação do art. 5º da CM-OCDE²² diz respeito às suas exceções. O art. 5(4) excepciona a caracterização de um PE em seis situações que são exclusivamente aplicáveis ao contexto da economia tradicional. Quando se analisa uma operação de comércio eletrônico, a aplicabilidade do artigo é prejudicada justamente pela inadequação das premissas ali dispostas.

Basicamente, as exceções de atividades ditas “preparatórias” ou “auxiliares” que não caracterizam um EP são: (i) uso para instalações unicamente com fins de armazenagem, de exposição ou de entrega de bens ou mercadorias pertencentes à empresa; (ii) uso para a manutenção de estoque de bens ou mercadorias pertencentes à empresa unicamente para fins de armazenagem, de exposição ou de entrega; (iii) uso para a manutenção de estoque de bens ou mercadorias pertencentes à empresa unicamente para fins de transformação por outra empresa; (iv) existência para a manutenção de instalação fixa de negócios unicamente para fins de aquisição de bens ou mercadorias ou de obtenção de informações para a empresa; (v) existência para a manutenção de instalação fixa de negócios unicamente para fins de desenvolvimento, para a empresa, de qualquer outra atividade de caráter preparatório ou auxiliar; (vi) uso para a manutenção de instalação fixa de negócios unicamente para fins de qualquer combinação das atividades menciona-

org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en. Acesso em: 23 mar. 2019.

²¹ OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015*: Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD, 2015. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

²² Críticas também estendidas ao art. 5º do modelo de tratado das Nações Unidas.

das nos itens “i” a “v”, ou conjunto das atividades da instalação fixa de negócios resultante dessa combinação de caráter preparatório ou auxiliar²³.

Nesse sentido, é possível verificar que grande parte das atividades classificadas como preparatórias e auxiliares são, em verdade, desempenhadas como principais no comércio eletrônico, a exemplo da estocagem de produtos vendidos pela internet.

Outro ponto sobre o qual também se discorre no relatório da Ação I é a criação de valor como parte da caracterização da SEP. O referido relatório não aprofundou o tema, especificamente, onde se nota a falta de clareza sobre os pressupostos de qualificação da criação de valor e os respectivos testes para sua verificação ou métricas. Esse ponto crítico é tratado na subseção 1.1.2, adiante.

Assim, uma das sugestões apontadas pela OCDE para mudar a tributação seria a alteração, no corpo dos tratados da OCDE e da ONU, do conceito de estabelecimento permanente, o que se mostra uma opção interessante em termos de política fiscal internacional²⁴, aplicando-se, inclusive, os princípios gerais de tributação ao comércio eletrônico que foram aprovados na Conferência de Ottawa, no Canadá, em 1998²⁵, consistentes na (i) neutralidade; (ii) eficiência; (iii) segurança e simplicidade; (iv) eficácia e justiça; e (v) flexibilidade²⁶.

²³ OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*. 2017. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en. Acesso em: 23 mar. 2019.

²⁴ OLBERT, Marcel; SPENGLER, Christoph. International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted? *World Tax Journal*, v. 9, n. 1, Feb. 2017, p. 16 e nota de rodapé 78.

²⁵ Em 1998, na cidade de Ottawa (Canadá), a TFDE da OCDE discutiu os resultados da Conferência Ministerial, concluindo pela aplicação de princípios gerais de tributação ao comércio eletrônico, cujos resultados foram publicados no relatório *Comércio eletrônico: condições de estrutura tributária* (OECD, 2001). Esses princípios são amplamente aplicados ao direito tributário internacional, e não somente ao e-commerce. OECD. *Electronic Commerce: Taxation framework conditions. A Report by the Committee on Fiscal Affairs as presented to Ministers at the OECD Ministerial Conference, “As Borderless World: Realising the Potential of Electronic Commerce” on 8 October 1998*. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/consumption/1923256.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

²⁶ Ver p. 4 do Box 2. Broad taxation principles which should apply to electronic commerce. OECD. *Electronic Commerce: Taxation framework conditions. A Re-*

Os comentários existentes na atual redação do art. 5(1) esclarecem que, “no passado”, poderia haver uma vinculação da existência de estabelecimento a uma característica produtiva, como contribuir para a geração de lucros da empresa relacionada, tomando como base a teoria da realização. Porém, os mesmos comentários esclarecem que, atualmente, esse argumento não se mostra razoável para reconhecer a existência de um estabelecimento permanente, que, de fato, está caracterizado se as suas instalações estão inseridas na economia de um país, fundamentando-se na teoria da pertença econômica, independentemente de seu caráter imediatamente produtivo^{27,28}.

ALBERTO XAVIER afirma que as convenções sobre a dupla tributação que seguem de perto o art. 5º do modelo da OCDE consagram a teoria da pertença econômica, muito embora lhe introduzam algumas limitações em nome da teoria da realização²⁹.

Nesse raciocínio, verifica-se que a teoria da pertença econômica se apresenta bastante alinhada ao contexto de um SEP e de um estabelecimento permanente virtual, se forem analisadas as instalações inseridas em determinada economia de um Estado, sob a ótica de instalações virtuais, intangíveis ou compartilhadas ali presentes.

port by the Committee on Fiscal Affairs as presented to Ministers at the OECD Ministerial Conference, “As Borderless World: Realising the Potential of Electronic Commerce” on 8 October 1998. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/consumption/1923256.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

²⁷ OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital*: Condensed Version 2017. 2017. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en. Acesso em: 23 mar. 2019; UNITED NATIONS. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries 2017 Update*. 2017. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf. Acesso em: 1º maio 2019.

²⁸ O princípio da pertença econômica se assemelha também ao princípio da integração econômica relatado por MARTA CASTELON (CASTELON, Marta. *International Taxation of Income from Services under Double Taxation Conventions: Development, Practice and Policy*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2018, p. 398-402).

²⁹ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 552-554.

Nos debates da Ação 1 do BEPS, para a possibilidade de uma tributação no contexto de um estabelecimento permanente virtual atrelado aonexo de presença econômica significativa, fica claro que a medida só se mostra exequível como solução global se houver alteração na redação do art. 5º, tanto do modelo da OCDE quanto do da ONU.

1.1.1.2. Conceito de retenção de imposto sobre serviços digitais

Alternativamente, a Ação 1 da OCDE e do G20 sugere uma retenção de fonte sobre os pagamentos de transações digitais, inerentes à aquisição de produtos e serviços do comércio eletrônico, de fornecedores não residentes em determinada jurisdição. A base tributável é delimitada como bruta, e não há apontamentos específicos sobre a alíquota aplicável, muito embora a prática adotada seja, em casos de uma base bruta maior, a aplicação de uma alíquota menor.

Em relação à falta de neutralidade e ao tratamento, eventualmente, desigual entre fornecedor nacional e estrangeiro por conta de diferenças na base tributável aplicada (a retenção incidiria sobre a base bruta, enquanto o fornecedor nacional pagaria o lucro sobre uma base líquida), existe a preocupação de que a medida de retenção sobre as transações digitais possa ferir disposições do tratado de comércio e de serviços internacionais da OMC, além dos direitos de comércio internacional protegidos pela União Europeia. Nesse sentido, a OCDE sugere medidas de aproximação entre as bases tributáveis a que um fornecedor não residente estaria sujeito e aquelas a que o fornecedor nacional está, ainda que isso seja feito por meio de uma análise estatística e com margens predeterminadas³⁰.

Assim, a retenção na fonte pode se apresentar como uma medida de fácil execução, por se tratar de uma retenção padrão, mas merece atenção. Há pontos de dificuldades na execução dessa su-

³⁰ OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015: Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD, 2015. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

gestão, tais como (i) a delimitação de certas atividades digitais pode implicar uma desigual neutralidade se praticada somente em relação aos fornecedores estrangeiros, como de fato se propõe a fazer; (ii) a delimitação dos tipos digitais objeto de retenção pode provocar uma mudança de classificação, intencionalmente, pelos fornecedores estrangeiros, a fim de evitar a sujeição a retenção, sobretudo se estiverem localizados em países sem tratado que evite a dupla tributação; e (iii) a lista delimitadora das transações digitais pode perder sua eficiência e sua clareza, rapidamente, visto que a tecnologia é também rapidamente modificada³¹.

Além disso, a retenção, na forma como sugerida pela OCDE e pelo G20, pode implicar uma segregação da tributação desse tipo de economia, em prejuízo à neutralidade tributária, dada a aplicação da retenção de fonte *apenas* sobre a receita dos serviços digitais e, especificamente, os ligados à publicidade. Trata-se de um foco limitado para solucionar um desafio de grande impacto e amplitude. Não parece ser uma medida abrangente e que resguarde a necessária segurança jurídica.

1.1.1.3. Conceito de tributo de equalização (*equalisation levy*)

O tributo de equalização proposto pela OCDE baseia-se numa imposição fiscal como forma de assegurar um tratamento tributário igualitário e equalizado, propriamente dito, entre um fornecedor não residente e um fornecedor nacional de determinada jurisdição, incidente sobre as receitas da atividade digital.

A cobrança incidirá sobre o fornecedor estrangeiro, sendo o tributo recolhido pelo próprio fornecedor não residente mediante um registro específico a ser criado para esse fim ou, ainda, recolhido por um terceiro eventualmente designado.

A sugestão feita pela Ação 1 é bastante vaga. Percebe-se que a medida está em fase bastante inicial, pois não há precisão nos pressupostos ou nas métricas apresentadas por aquele órgão, que se li-

³¹ OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015: Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD, 2015. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

mitou a dar indicações de modos como o tributo pode ou não ser instituído³².

As possibilidades apresentam-se como: (i) poderá incidir sobre as transações digitais, mas sem limitar a uma ou outra transação como foi feito na hipótese de retenção de fonte do subcapítulo anterior; (ii) poderá incidir somente se, cumulativamente, houver uma resposta positiva de teste que comprove a presença econômica significativa no país do mercado; (iii) poderá incidir sobre transações realizadas apenas por meio de um contrato digital ou de uma plataforma ou, alternativamente, incidir sobre qualquer modalidade de contratação; e (iv) poderá incidir sobre uma base bruta do pagamento da transação ou, alternativamente, sobre uma quantidade mensal de usuário do mercado consumidor ou sobre o volume de dados coletados dos usuários do país de consumo³³.

Nesse sentido, o tributo de equalização sugerido pela Ação 1 mostra-se bem distante da realidade da Índia, que foi o país pioneiro na adoção dessa medida, mas de forma unilateral. Talvez a experiência indiana possa servir de caso prático, a fim de aprofundar os debates em termos de uma adoção multilateral.

É interessante também avaliar a experiência da União Europeia, a exemplo da criação do mercado digital único³⁴, demonstrando que o bloco já enfrentou alguns desafios que podem auxiliar no amadurecimento das frágeis abordagens anteriormente relatadas na Ação 1 da OCDE e do G20.

³² OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015*: Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD, 2015, p. 116. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

³³ OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015*: Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD, 2015, p. 116. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

³⁴ Verificada pela criação da estratégia política denominada *single digital market* (“The Digital Single Market strategy aims to open up digital opportunities for people and business and enhance Europe’s position as a world leader in the digital economy”). EUROPEAN COMMISSION. *Digital Single Market*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en>. Acesso em: 17 nov. 2018.

1.1.2. Novos debates advindos da consulta pública OCDE/G20 de 2015 a 2019

A consulta pública realizada pela OCDE em fevereiro de 2019, cujo relatório gerado foi intitulado *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy: Public Consultation Document*³⁵, introduziu um novo pilar para a alocação dos direitos tributários, composto de dois elementos: a alocação do lucro e um novo nexos. O documento esclarece que tanto a alocação do lucro quanto o novo nexos são variáveis em razão de três fatores determinantes para a criação de valor: (i) a participação do usuário; (ii) os intangíveis de *marketing*; e (iii) a SEP.

De acordo com a OCDE, as três características frequentemente observadas nos negócios altamente digitalizados são: uma escala sem massa (no original, *scale without mass*)³⁶, uma alta dependência de ativos intangíveis e a participação do usuário e de seus dados³⁷.

A OCDE esclarece que a escala sem massa impacta a distribuição dos direitos tributários sobre o tempo em razão da redução do número de jurisdições onde um direito de tributação incidiria sobre o lucro. A grande dependência de ativos intangíveis acaba en-

³⁵ OECD. *Base Erosion and Profit Shifting Project Public Consultation Document: Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy* – 13 February – 6 March 2019. 2019, p. 9-17. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.

³⁶ Expressão usada no relatório da OCDE para designar o aumento substancial do tamanho e do alcance das empresas com um mínimo de pessoas para gerenciar o dia a dia da operação; a habilidade de ter uma presença econômica significativa no país sem ter uma principal presença física. OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015: Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD, 2015, p. 66. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018.

³⁷ “The three characteristics identified in the Interim Report – scale without mass, a heavy reliance on intangible assets, and the role of data and user participation – work together to enable highly digitalised businesses to create value by activities closely linked with a jurisdiction without needing to establish a physical presence”. OECD. *Base Erosion and Profit Shifting Project Public Consultation Document: Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy* – 13 February – 6 March 2019. 2019, 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: 19 mar. 2019.

viesando as regras para a alocação da renda oriunda desses ativos intangíveis entre diferentes partes de um grupo multinacional, criando incertezas e oportunidades para alocação das rendas em entidades de baixa ou nenhuma tributação. Em relação à definição do nexos e das regras de alocação do lucro decorrente da geração de dados e da participação do usuário, há grandes desafios a se enfrentar; e parte dos desafios está na própria dificuldade de alocar a tributação à jurisdição onde há pouca ou nenhuma presença do negócio digital, justamente onde se encontra o usuário³⁸.

A OCDE entendeu por bem compartilhar o assunto por meio de uma consulta pública, realizada em março de 2019, permitindo a participação de empresas, contribuintes e entidades de diversos países. Por se tratar de um assunto muito polêmico, os debates traduziram a repercussão que o assunto merece, com pouca uniformidade de solução, como visto diante.

1.1.2.1. A criação de valor pelos intangíveis de *marketing*³⁹

A Ação 1 do Projeto BEPS esclarece que os intangíveis que se relacionam diretamente com as atividades de *marketing* e a exploração de uma jurisdição de mercado agregam valor ao negócio digital, estando, portanto, diretamente conectados ao exercício de tributação dessa jurisdição.

A proposta da OCDE baseia-se em tributar exclusivamente no país de mercado o lucro residual que é gerado na atividade digita-

³⁸ OECD. *Base Erosion and Profit Shifting Project Public Consultation Document: Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy* – 13 February – 6 March 2019. 2019, p. 6. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.

³⁹ O termo “*marketing intangibles*”, usado neste trabalho, tem o mesmo sentido descrito no documento da OCDE *Transfer Pricing Guidelines*: “an intangible [...] that relates to marketing activities, aids in the commercial exploitation of a product or service and/or has an important promotional value for the product concerned. Depending on the context, marketing intangibles may include, for example, trademarks, trade names, customer lists, customer relationships, and proprietary market and customer data that is used or aids in marketing and selling goods or services to customers” (OECD. *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*. Paris: OECD, 2017, p. 27).

lizada. Embora se trate de uma sistemática semelhante à da participação do usuário, diferencia-se em razão da necessidade de divisão das funções e dos riscos realizados com os intangíveis, segregando-os em rotineiros e não rotineiros, tal como ocorre com as regras de preços de transferência e com a tributação baseada no destino. Após aferir a base tributável, ela deve ser segregada em razão das funções realizadas pelos intangíveis e dos riscos assumidos, em cada jurisdição, permitindo, assim, distribuir a parcela do lucro para cada país de mercado envolvido.

A OCDE apresentou três padrões fundamentais que sofrem impactos com a proposta de *marketing* de intangíveis.

1º) Onde alocar a receita dos intangíveis de *marketing* sem uma presença tributável no mercado consumidor.

A OCDE esclarece que os lucros residuais seriam alocados na jurisdição de mercado até mesmo sem a presença da empresa altamente digitalizada. Os intangíveis de *marketing* podem gerar lucros a partir de ferramentas de busca gratuita, *e-mails* gratuitos, armazenamento digital gratuito e semelhantes.

Trata-se de uma mudança do nexo de tributação garantindo ao mercado de consumo o direito de tributar o lucro gerado, independentemente do atual nexo de presença de um EP⁴⁰.

O resultado dessa proposta é bastante semelhante ao do item 1.1.2.2, adiante, embora as premissas usadas sejam diferentes.

2º) Onde alocar a receita dos intangíveis com presença local operando como distribuidor de risco limitado (LRD)⁴¹.

Essa possibilidade se assemelha à anterior, pois permite também que a jurisdição de mercado tribute os lucros residuais obtidos com a atividade dos intangíveis de mercado. A diferença é que as atividades são realizadas por meio de um distribuidor de risco limitado, estabelecido no local de mercado consumidor.

⁴⁰ OECD. *Base Erosion and Profit Shifting Project Public Consultation Document: Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy* – 13 February – 6 March 2019. 2019, p. 40, parag. 40. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.

⁴¹ *Limited risk distributor*, ou LRD, entendido como distribuidor de risco limitado (tradução livre).

O distribuidor de risco limitado atua como uma espécie de comissionário ou agente dependente (um EP) na jurisdição de mercado, responsável pela geração de baixos lucros residuais, com baixos riscos a ele atrelados⁴².

3º) Onde alocar a receita de um produto de consumo decorrente de um negócio tradicional operado remotamente ou como uma estrutura de LRD.

Essa possibilidade esclarece que um produto consumido na jurisdição de mercado, por meio de uma estrutura remota ou de LRD, cuja fabricação e cuja criação foram pensadas e produzidas por uma empresa de economia tradicional, deve se sujeitar às mesmas regras de tributação aplicáveis aos negócios altamente digitalizados, em atendimento à equidade, à coerência e à neutralidade⁴³.

1.1.2.2. A criação de valor pela participação do usuário

De acordo com o documento que consolidou a consulta pública de 2019, a participação remota do usuário na economia doméstica ocorrida em razão dos meios digitais e dispensando uma presença física tributável é vista como o ponto central do debate⁴⁴. Essa participação estaria identificada em três desdobramentos: (i) intensificação dos efeitos do *network*; (ii) facilitação da mineração dos dados; e (iii) engajamento no conteúdo da produção digital⁴⁵.

⁴² OECD, Report on the transfer pricing aspects of business restructurings, Chapter IX of the transfer pricing guidelines, 22 jul. 2010, parag. 9.10. OECD. *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*. Paris: OECD, 2017.

⁴³ A OCDE menciona equidade, coerência e mesmas regras de jogo (*level playing field*). Ver: OECD. *Base Erosion and Profit Shifting Project Public Consultation Document: Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – 13 February – 6 March 2019*. 2019, parag. 42. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.

⁴⁴ OECD. *Base Erosion and Profit Shifting Project Public Consultation Document: Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – 13 February – 6 March 2019*. 2019, 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: 19 mar. 2019.

⁴⁵ BECKER, Johannes; ENGLISCH, Joachim. Taxing Where Value Is Created: What's 'User Involvement' Got to Do with It? *Intertax*, v. 47, n. 2, 2019, p. 166.

Trata-se de uma tributação residual atribuída à jurisdição em que o usuário está estabelecido. A sua participação ativa pode agregar valor ao negócio, inclusive, sem qualquer participação humana, a exemplo de estruturas que funcionam somente com algoritmos e inteligência artificial, interagindo com os usuários sem qualquer presença física, tal como um servidor que esteja à disposição da empresa⁴⁶.

Uma das propostas discutidas pela OCDE é a tributação baseada na criação de valor gerado pelo engajamento ativo do usuário em relação aos seus dados e suas contribuições em relação ao negócio altamente digitalizado. As atividades do usuário acabam por contribuir para a criação da marca, a geração de dados de valor e a geração de uma massa crítica de outros usuários que fortalecem o poder de mercado do negócio.

A OCDE menciona que o tipo de participação do usuário que cria valor para o negócio pode ser instrumentalizado por três maneiras⁴⁷.

- (i) Plataformas de mídia social: são ferramentas que se utilizam de – e incentivam – uma base ativa de usuários, encorajando-os a contribuir ativamente, e que, consequentemente, agregam valor ao negócio.
- (ii) *Sites* de busca: refere-se ao valor do negócio em rede na economia compartilhada, funcionando de forma semelhante à plataforma de mídia social, em razão do próprio *site* de busca ser fomentado, direta ou indiretamente, pelos usuários. O negócio digital gera receita em razão do acesso que o *site* tem sobre os dados dos usuários que participam ativamente da plataforma, dados esses que acabam sendo convertidos em informações direcionadas aos

⁴⁶ O tópico 4.1.3 aborda o servidor e os aspectos tributários relacionados a um estabelecimento permanente.

⁴⁷ OECD. *Base Erosion and Profit Shifting Project Public Consultation Document: Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy* – 13 February – 6 March 2019. 2019. . Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.

próprios usuários, otimizando o desempenho da ferramenta para novos usuários e a venda de publicidade direcionada.

- (iii) Plataformas de compra e venda (*marketplace*): usuários vendem e compram produtos e serviços, com a intermediação da plataforma. O usuário acaba por gerar valor na cadeia de produtos e serviços ali fornecidos ao divulgar publicamente na plataforma sua análise acerca dos itens vendidos e comprados e sua avaliação sobre a qualidade deles.

A forma de tributação da renda gerada com a participação do usuário é baseada na apuração de um lucro residual. Esse tipo de tributação depende da criação de regras de tributação específicas e aplicáveis isoladamente para essas atividades. Essa situação de isolamento (*ring-fencing*) é desaconselhada pela própria OCDE por causar prejuízos a um sistema tributário internacional coeso e com cooperativismo. Além disso, o descasamento entre normas tributáveis para duas economias apartadas pode agravar casos de dupla tributação e outras inconsistências legais.

O documento de consulta pública da OCDE apresenta omissões em relação aos limites fundamentais para o uso da participação do usuário como um nexo à alocação da tributação da renda para a economia digital. Debates como a apuração de um lucro residual, que seria calculado após o cômputo das perdas do tipo de negócio, podem não resultar numa alocação tributariamente justa, ou seja, o lucro residual pode, eventualmente, em verdade ser um prejuízo se os custos dessas atividades superarem a receita gerada, a despeito da real ocorrência da participação ativa do usuário.

O custo significativo de desenvolver algoritmos e inteligência artificial, especialmente se combinado com as atuais políticas de baixo lucro dos negócios digitalizados, podem levar a uma baixíssima alocação dos direitos tributários para o país onde os usuários estão estabelecidos, especialmente se comparados ao real nível de contribuições feitas pelos usuários para os lucros derivados por essas companhias em razão delas variarem conforme o grupo de empresas envolvidas e o nível da empresa. Assim, é possível que esse

lucro residual nem seja suficiente para reconhecer, adequadamente, o valor agregado pelo usuário⁴⁸.

Um outro ponto de indagação até então não esclarecido pela OCDE e sem aprofundamento por outras frentes é: onde está o real valor dos dados fomentados pelo usuário? COCKFIELD esclarece que as autoridades tributárias têm ainda pela frente um grande desafio, que é entender o termo “criação de valor” para a cadeia de suprimentos no contexto digital global⁴⁹.

Refletindo sobre o tema, o autor usa o exemplo do Facebook, cujo modelo de negócios baseia-se no direcionamento *online* de publicidade para os consumidores que usam a plataforma da rede social, e indaga em qual país estaria a criação de valor: (i) no da coleta e da consolidação dos dados pessoais?; (ii) no da aplicação de dados analíticos para essa informação coletada servir de material para a criação de anúncios que aí, sim, geram valor superior?; (iii) no do desenvolvimento do *software*, devendo a tributação ser alocada onde os inovadores estão baseados?; (iv) no local da plataforma de mídia social (tal como o Facebook), pois seria a real criadora de valor dentro das transações internacionais?; (v) no de fonte da participação do usuário?; e (vi) no de fonte de fornecimento de tecnologia local ou outros recursos de infraestrutura, por serem considerados valores adicionais?

Em 2016, com a finalidade de implementar, globalmente, as propostas do projeto BEPS, a OCDE criou a Estrutura Inclusiva, permitindo que países e jurisdições trabalhem conjuntamente com a OCDE e o G20 para a implementação, a revisão e o monitoramento das medidas indicadas no Projeto BEPS. Seus membros, em 2018, reconheceram as três características frequentemente observadas nos negócios digitalizados (“escala sem massa”; confiança nos ativos intangíveis, incluindo propriedade intelectual [PI]; dados, participação do usuário e respectiva sinergia com PI), apontando,

⁴⁸ PISTONE, Pasquale; NOGUEIRA, João Félix Pinto; ANDRADE, Betty. *Comments Submitted by The International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD): Task Force on the Digital Economy*. Mar. 2019. Disponível em: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/itaxs_2019_01_e2_1. Acesso em: 3 jan. 2019.

⁴⁹ COCKFIELD, Arthur J. Tax Wars: The Battle Over Taxing Global Digital Commerce. *Tax Notes International*, v. 161, Dec. 10th, 2018, p. 1071.

entretanto, que não são relevantes ou importantes para a localização da criação de valor e a identificação do criador de valor⁵⁰.

Todas essas indagações e incertezas sugerem, neste momento, que a instituição de um nexos consistente na “criação de valor do usuário” pode implicar certa distorção do lucro tributável.

1.1.3. A solução de dois pilares da Declaração de 2021

Após o período de isolamento social deflagrado pela pandemia de Covid-19, em 4 de novembro de 2021, os 137 países-membros do Quadro Inclusivo aprovaram uma Declaração apresentando uma solução de dois pilares para enfrentar os desafios fiscais decorrentes da digitalização da economia. Apesar dos esforços, nem todos os membros do Quadro Inclusivo têm aderido a referida Declaração.

Em termos de conteúdo, a Declaração alterou significativamente o que até então havia sido debatido no Projeto BEPS, que será detalhadamente explicado nos dois subtópicos seguintes.

Primeiramente, o denominado Pilar 1 foi subdividido em Montantes A e B, tendo como escopo as empresas multinacionais com rendimento global acima de 20 bilhões de euros e lucratividade acima de 10% (lucro antes de impostos/receitas) calculado com base na média e no volume de negócios. Empresas de serviços financeiros regulados e indústria extrativa foram excluídas desse escopo.

Em relação ao limite quantitativo apresentado acima, ficou também estabelecida a faculdade de redução de 20 para 10 bilhões de euros, dependendo do sucesso da implementação dessa solução, incluindo as normas de previsibilidade fiscal sobre o Montante A.

Outra novidade contida na solução é uma possível revisão sobre referidos critérios, aplicável após 7 anos da entrada em vigor do acordo, com conclusão dessa revisão em no máximo um ano.

⁵⁰ OECD. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018*: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD, 2018, . Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>. Acesso em: 15 nov. 2018.

1.1.3.1. Pilar 1 – Montante A

O Montante A será implementado por meio de uma Convenção multilateral, cujo modelo pretende-se definir até metade de 2023, com vigência a partir de 2024⁵¹. A redação que se pretende deve abranger as diversas naturezas de serviço e renda, delimitando a competência tributária de forma mais técnica e precisa possível⁵².

Para além disso, o projeto exige que quaisquer outras medidas unilaterais até então adotadas pelos países que venham a aderir à convenção multilateral devem ser previamente revogadas e substituídas pela convenção multilateral. Além disso, esses países precisarão alterar suas leis domésticas para que guardem coerência e harmonização com a referida convenção.

O quadro a seguir reproduz, de forma resumida⁵³, os pontos apresentados nessa sugestão, para que as empresas se enquadrem no modelo de tributação apresentado pelo projeto BEPS:

| | |
|--------|--|
| Escopo | – aplicável às empresas multinacionais com rendimento global acima de 20 bilhões de euros e lucratividade acima de 10% (lucro antes de impostos/receitas) calculado com base na média, com o limiar do volume de negócios; |
|--------|--|

⁵¹ A linha do tempo dos trabalhos foi revisada pela OCDE em julho de 2022. Os prazos inicialmente estipulados foram ampliados considerando a complexidade do trabalho porque, além da participação dos países membros do Quadro Inclusivo, a Convenção Multilateral também é objeto de consulta pública aberta à sociedade civil. *OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS Cover Note by the Inclusive Framework to the Progress Report on Amount A of Pillar One: As approved by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on 1 July 2022*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-cover-note-to-the-progress-report-on-amount-a-of-pillar-one.pdf> Acesso em: 2 set. 2022.

⁵² Modelo estabelecendo dois artigos gerais, tratando respectivamente de (i) teste denexo e (ii) regras de fonte de renda; uma segunda lista delimitando as regras de fonte de receita divididas em 10 partes – categorias, a depender da natureza jurídica da renda e da transação. *Pillar One – Amount A: draft model rules for nexus and revenue sourcing OECD 2022*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-pillar-one-amount-a-nexus-revenue-sourcing.pdf> Acesso em: 2 set. 2022.

⁵³ Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/declaracao-sobre-uma-solucao-de-dois-pilares-para-enfrentar-os-desafios-fiscais-decorrentes-da-digitalizacao-da-economia-8-outubro-2021.pdf>. Acesso em: 2 set. 2022.

| | |
|---|--|
| | <ul style="list-style-type: none"> – o limite quantitativo poderá ser reduzido para 10 bilhões de euros, a depender de uma implementação bem-sucedida da solução, incluindo as normas de previsibilidade fiscal sobre o Montante A; – no prazo de 7 anos após a entrada em vigor do acordo, poderá ser revisto esse escopo, com conclusão em no máximo um ano; – serviços financeiros regulados e indústria extrativa estão fora desse escopo. |
| Novo nexos | <ul style="list-style-type: none"> – tem a finalidade especial de alocação do Montante A em favor de uma jurisdição de mercado, desde que a multinacional esteja dentro do escopo e obtiver pelo menos 1 milhão de euros em receitas provenientes dessa jurisdição; – o novo nexos fica reduzido para 250 mil euros para jurisdições menores, com PIB inferior a 40 bilhões de euros; – novo nexos tem como função determinar se uma jurisdição se qualifica para a alocação do Montante A; – custos de conformidade, incluindo rastreamento de pequenas quantidades de vendas, serão limitados ao mínimo. |
| Valores | <ul style="list-style-type: none"> – 25% do lucro residual definido como lucro acima de 10% da receita será alocado para jurisdições de mercado com nexos = alocação baseada em receita. |
| Fonte de receitas | <ul style="list-style-type: none"> – as receitas serão alocadas às jurisdições do mercado final onde os bens ou serviços são <i>usados</i> ou <i>consumidos</i>; – serão desenvolvidas regras de fonte detalhadas para categorias específicas de transações; – para aplicação das regras de origem, a multinacional dentro do escopo deve utilizar um método confiável com base nos fatos e circunstâncias específicos da determinada pela própria multinacional. |
| Base de cálculo | <ul style="list-style-type: none"> – lucros ou prejuízos da multinacional dentro do escopo serão determinados por referência à receita contábil financeira, com um pequeno número de ajustes a serem aplicados; – prejuízos fiscais serão reportáveis. |
| Segmentação | <ul style="list-style-type: none"> – apenas em circunstâncias excepcionais; – se o segmento atender às regras de escopo com base nos segmentos divulgados na contabilidade financeira. |
| Lucros de <i>marketing</i> e distribuição | <ul style="list-style-type: none"> – <i>safe harbour</i> de lucros de <i>marketing</i> e distribuição limitará os lucros residuais alocados à jurisdição de mercado por meio do Montante A já que os lucros residuais de uma multinacional dentro do escopo já são tributados em uma jurisdição de mercado; |

| | |
|--------------------------------|--|
| | <ul style="list-style-type: none"> – trabalhos adicionais serão realizados para elaboração do <i>safe harbour</i> |
| Eliminação da dupla tributação | <ul style="list-style-type: none"> – método de isenção ou de crédito; – a entidade (ou entidades) que obtiverem lucro residual é quem deverá arcar com o passivo tributário. |
| Previsibilidade | <ul style="list-style-type: none"> – mecanismos de prevenção e resolução de controvérsias de forma obrigatória e vinculante = evitará a dupla tributação sobre o Montante A, incluindo todas as questões relacionadas ao Montante A (por exemplo, controvérsias sobre preços de transferência e de lucros comerciais); – controvérsias sobre determinar se questões podem estar relacionadas ao Montante A serão resolvidas de maneira obrigatória e vinculante, sem causar atrasos com relação ao mecanismo de prevenção e resolução de controvérsias materiais; – para economias em desenvolvimento que são elegíveis para adiamento de sua avaliação por pares da Ação 14 do BEPS⁵⁴ e não têm controvérsias ou têm níveis baixos de controvérsias relativas ao procedimento amigável = haverá um mecanismo de resolução de controvérsias obrigatório e eletivo apenas para questões relacionadas ao Montante A; – a elegibilidade de uma jurisdição será revista regularmente; – as jurisdições consideradas inelegíveis em uma revisão permanecerão inelegíveis nos anos subsequentes. |

1.1.3.2. Pilar 1 – Montante B

Apesar de não ser objeto deste trabalho discorrer sobre o Montante B do Pilar 1, é importante descrevê-lo, ainda que de forma resumida, para fins de compreensão didática e contextualização geral, da Declaração aprovada em novembro de 2021.

O Montante B consiste na aplicação de regras de tributação especialmente para as atividades de *marketing* e distribuição, objetivando simplificar as regras pautada a partir do princípio *arm's length*. Além disso, pretende-se que referida simplificação de regras torne todo o procedimento fiscal mais eficiente, otimizado e menos custoso, sobretudo para os países em desenvolvimento. Com isso, a administração de arrecadação, recolhimento e *compliance* fiscal por

⁵⁴ A Ação 14 trata de Mecanismo de Resolução de Conflitos, de outubro de 2016.

parte das multinacionais abrangidas no escopo B será toda feita por uma única entidade.

Por fim, fica esclarecido que este trabalho não contempla o Pilar 2 da Declaração aprovada por se tratar de indicação de solução pautada em (i) duas regras domésticas interligadas; e (ii) uma regra baseada em tratado. A solução desse Pilar 2 visa garantir um mínimo de tributação em cada jurisdição que a empresa multinacional operar, cujo escopo se refere a uma alíquota mínima de 15%, com a aplicação dessa regra especificamente para as multinacionais que atinjam receita acima de 750 milhões de euros⁵⁵.

1.1.4. Diretivas da União Europeia

A União Europeia tem experimentado novos debates e desafios sobre a economia digital. Com a relevante perda de arrecadação provocada pelas gigantes da economia digital, a Comissão Europeia partiu para a criação de medidas legislativas que capturassem a receita até então não tributada, em favor dos países daquele bloco⁵⁶.

A economia digital é menos tributada do que a economia tradicional⁵⁷, dada a sua peculiaridade, como as rendas transfronteiriças de serviços sem uma presença física, a facilidade de transferência de intangíveis e os novos modelos de negócios com criação

⁵⁵ OECD. *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Commentary to the Global Anti-Base Erosion Model Rules (Pillar Two)*. Paris: OECD, 2022. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two-commentary.pdf>. Acesso em: 1º set. 2022.

⁵⁶ A Comissão Europeia, em abril de 2016, afirmou que a evasão fiscal provocada por multinacionais que operam na Europa (incluindo as grandes corporações da economia digital) provoca uma perda de arrecadação fiscal aos membros da União Europeia de 50 a 70 bilhões de euros por ano. COMISSÃO EUROPEIA. *A Comissão Europeia propõe, para as empresas multinacionais, regras de transparência fiscal perante o público*. Estrasburgo, 12 abr. 2016. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1349_en.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.

⁵⁷ THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE. *The 'EU Legislation in Progress' briefings: Interim Digital Services Tax on Revenues from Certain Digital Services*. 2. ed. 2018. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625132/EPRS_BRI\(2018\)625132_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625132/EPRS_BRI(2018)625132_EN.pdf). Acesso em: 20 dez. 2018.

de valor em outras jurisdições. Nesse sentido, como um mecanismo de solução global, em março de 2018 a Comissão Europeia publicou duas diretivas como possibilidade de tributação das rendas digitais, sendo uma de caráter temporário e outra permanente.

O parlamento europeu menciona que, em junho de 2018, uma pesquisa demonstrou que 40% dos lucros obtidos por multinacionais é transferido, todos os anos, para jurisdições com baixa ou nenhuma tributação e que referida perda é maior para a União Europeia e para os países em desenvolvimento⁵⁸.

A seguir são abordadas as duas medidas propostas pela UE, contextualizando suas vantagens e suas desvantagens.

1.1.4.1. Proposta temporária

A Comissão Europeia divulgou uma proposta dita de caráter temporário (COM 2018-148)⁵⁹ com a finalidade de vigorar até que uma proposta de caráter permanente e de longo prazo seja aprovada e implementada.

A medida provisória baseia-se na cobrança de um imposto de 3% incidente sobre operações digitais não tributadas atualmente. A nova exação recairá sobre as receitas de (i) venda de espaços publicitários *online*; (ii) atividades digitais intermediárias que possibilitem a interação entre usuários em negócios de venda de bens e serviços; e (iii) venda de dados prestados pelos usuários.

O novo tributo será recolhido (i) pelas empresas que auferirem receita bruta mínima anual de 750 milhões de euros mundial e 50 milhões de euros dentro da União Europeia; e (ii) em favor do país europeu de localização do usuário. Trata-se de critérios cumulativos.

⁵⁸ THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE. *The 'EU Legislation in Progress' briefings: Interim Digital Services Tax on Revenues from Certain Digital Services*. 2. ed. 2018, p. 2. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625132/EPRS_BRI\(2018\)625132_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625132/EPRS_BRI(2018)625132_EN.pdf). Acesso em: 20 dez. 2018, citando NBER TØRSLØV, Thomas R.; WIER, Ludvig S.; ZUCMAN, Gabriel. *The Missing Profits of Nations*. NBER Working Paper, n. 24701. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w24701>. Acesso em: 13 fev. 2019.

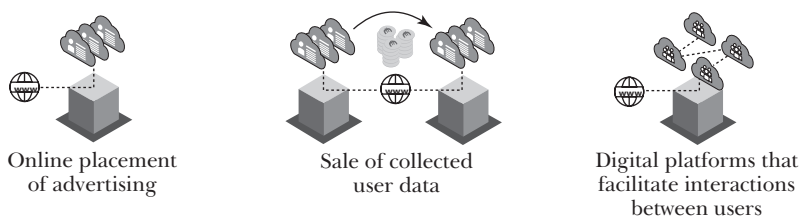
⁵⁹ EUROPE. European Union Law. *Procedure 2018/0073/CNS*. Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2018_73. Acesso em: 20 dez. 2018.

A despeito da diretiva mencionar que se trata de uma medida temporária, não há previsão, na referida legislação, da citada transitoriedade. A redação do art. 25(1) da COM (2018)148, além de atécnica, é omissa em relação ao prazo de vigência, causando insegurança jurídica⁶⁰.

A figura a seguir sintetiza o mecanismo da medida temporária⁶¹.

Figura 1 – Uma proposta temporária para cobrir as falhas imediatas

An interim tax of 3% on revenues made from three main types of services, where the main value is created through user participation.



... and provided by businesses with:



Fonte: Comissão Europeia (2018).

As opiniões de diversos setores participantes do debate na União Europeia divergem em relação aos pontos positivos da medi-

⁶⁰ SINNIG, Julia. The Reflection of Data-Driven Value Creation in the 2018 OECD and EU Proposals. *EC Tax Review*, v. 6, 2018, p. 334.

⁶¹ EUROPEAN COMMISSION. *Fair Taxation of the Digital Economy*. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/fair-taxation-digital-economy_en. Acesso em: 17 nov. 2018.

da temporária sugerida pela comissão⁶². Para o Comitê Econômico e Social Europeu (comitê consultivo que participa de proposições legislativas), que representa a classe de trabalhadores e empregadores, a medida é factível, desde que haja uma garantia do fim da sua vigência (uma *sunset clause*), de modo a estabelecer o término de vigência e o início da medida permanente⁶³.

Para o grupo de parlamentares europeus, a opinião é que a legislação seria incompatível com o princípio da subsidiariedade, que a tributação é de competência nacional e que a medida deve ser sugerida também dentro de um contexto do trabalho da OCDE, por meio da Estrutura Inclusiva⁶⁴.

A OCDE, como parte interessada, também se manifestou, mencionando que a medida intermediária pode implicar riscos de distorções econômicas, provocar uma dupla tributação e aumentar a incerteza e a complexidade fiscal. Alegou também que a nova tributação elevará os custos administrativos com o cumprimento das obrigações fiscais e acessórias, podendo, em alguns casos, conflitar também com a redação e a interpretação dos tratados bilaterais contra a dupla tributação até então vigentes⁶⁵.

⁶² THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE. *The 'EU Legislation in Progress' briefings: Interim Digital Services Tax on Revenues from Certain Digital Services*. 2. ed. 2018. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625132/EPRS_BRI\(2018\)625132_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625132/EPRS_BRI(2018)625132_EN.pdf). Acesso em: 20 dez. 2018.

⁶³ EESC – “The European Economic and Social Committee” formado por representantes de trabalhadores e empregadores e organizações de interesse ligados a questões econômicas e sociais. Relatório: THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE. *The 'EU Legislation in Progress' briefings: Interim Digital Services Tax on Revenues from Certain Digital Services*. 2. ed. 2018, p. 6. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625132/EPRS_BRI\(2018\)625132_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625132/EPRS_BRI(2018)625132_EN.pdf). Acesso em: 20 dez. 2018.

⁶⁴ Parlamentares da Dinamarca, da Holanda, da Irlanda e de Malta. THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE. *The 'EU Legislation in Progress' briefings: Interim Digital Services Tax on Revenues from Certain Digital Services*. 2. ed. 2018, p. 6. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625132/EPRS_BRI\(2018\)625132_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625132/EPRS_BRI(2018)625132_EN.pdf). Acesso em: 20 dez. 2018.

⁶⁵ Parlamentares da Dinamarca, da Holanda, da Irlanda e de Malta. THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE. *The 'EU Legislation in Progress' briefings: Interim Digital Services Tax on Revenues from Certain Digital Services*. 2. ed. 2018, p. 6. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625132/EPRS_BRI\(2018\)625132_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625132/EPRS_BRI(2018)625132_EN.pdf).

As divergências entre os especialistas acadêmicos não ficam atrás. Pesquisadores da Universidade de Oxford e acadêmicos da Universidade de Muenster argumentam que a medida intermediária causará uma distorção fiscal de difícil reversão, politicamente. Mencionam também o aumento da complexidade e da incerteza legal e administrativa que afetarão os negócios. Já o *International Bureau of Fiscal Documentation* (IBFD), por meio de seus pesquisadores, se manifestou opinando sobre a criação de um novo nexo de estabelecimento permanente baseado em quatro elementos: (i) limitação aos serviços digitais; (ii) limitação a certo número de usuários; (iii) limitação de tempo; e (iv) limitação a um mínimo valor de receita⁶⁶.

Em sentido contrário, a KPMG se manifestou de forma positiva, concordando com a diretiva por entender que não fere as normas da OMC, os tratados internacionais de dupla tributação e o interesse de terceiros países⁶⁷.

Em 13 de dezembro de 2018, não houve votação em plenário pois o Parlamento apresentou mudanças à proposta original: (i) redução do limite da receita anual das atividades digitais que obrigue as empresas ao pagamento do tributo, de 50 milhões de euros para 40 milhões de euros; e (ii) ampliação da base tributária de serviços digitais para incluir também o “conteúdo em uma interface digital como vídeo, áudio, jogos ou texto usando uma interface digital”, além do processamento e da venda de dados coletados de usuários e gerados a partir de suas atividades em interfaces digitais.

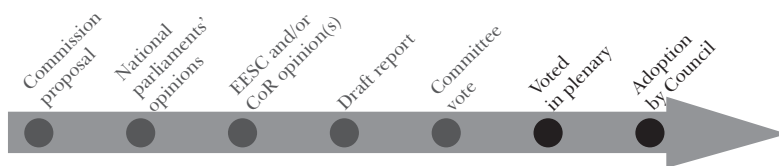
Data/etudes/BRIE/2018/625132/EPRS_BRI(2018)625132_EN.pdf. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁶⁶ THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE. *The 'EU Legislation in Progress' briefings: Interim Digital Services Tax on Revenues from Certain Digital Services*. 2. ed. 2018, p. 7. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625132/EPRS_BRI\(2018\)625132_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625132/EPRS_BRI(2018)625132_EN.pdf). Acesso em: 20 dez. 2018.

⁶⁷ THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE. *The 'EU Legislation in Progress' briefings: Interim Digital Services Tax on Revenues from Certain Digital Services*. 2. ed. 2018, p. 7. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625132/EPRS_BRI\(2018\)625132_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625132/EPRS_BRI(2018)625132_EN.pdf). Acesso em: 20 dez. 2018.

Ademais, foi introduzida a *sunset clause*, cuja ausência na proposta foi criticada anteriormente, atrelando o prazo final da medida temporária com (i) a adoção de uma proposta para a presença digital significativa; (ii) a introdução de uma base tributária corporativa comum (*Common Corporate Tax Base – CCTB*) e de uma CCCTB que incluíssem o conceito de estabelecimento permanente digital, como requerido pelo Parlamento Europeu; ou (iii) a implementação de uma solução internacional tal como da OCDE e da ONU⁶⁸⁻⁶⁹.

Figura 2 – Processo legislativo europeu



Fonte: EPRS (European Parliamentary Research Service). Autor: Marcin Szczepański; dez. 2018.

Em 12 de março de 2019, em reunião voltada para debates da proposta intermediária pelo Conselho Europeu, verificou-se que o consenso entre os países foi infrutífero: o debate revelou que, apesar de o texto reunir o amplo apoio de um grande número de Estados-membros, algumas delegações mantêm reservas sobre alguns aspectos específicos da proposta ou têm objeções mais substanciais⁷⁰.

⁶⁸ EUROPE PARLIAMENT. *Legislative Train Schedule*. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-deeper-and-fairer-internal-market-with-a-strengthened-industrial-base-taxation/file-digital-services-tax-on-revenues-from-certain-digital-tax-services>. Acesso em: 27 maio 2019.

⁶⁹ THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE. *The 'EU Legislation in Progress' briefings: Interim Digital Services Tax on Revenues from Certain Digital Services*. 2. ed. 2018. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625132/EPRS_BRI\(2018\)625132_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625132/EPRS_BRI(2018)625132_EN.pdf). Acesso em: 20 dez. 2018.

⁷⁰ Conselho Europeu. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/digital-taxation/>. Acesso em: 22 maio 2019.

1.1.4.2. Proposta permanente

Já adentrando o debate de uma legislação de longo prazo, a União Europeia sugere uma reforma tributária ampla em relação ao lucro corporativo das empresas oriundo da atividade digital, partindo-se dos trabalhos já desenvolvidos em anos anteriores, com o modelo de CCCTB (uma espécie de fórmula de repartição – no original, *formulary apportionment*) que, em tempos passados, não obteve a aprovação necessária dos membros daquele bloco⁷¹.

A atual diretiva, se comparada ao CCCTB, carrega certa diferença conceitual, pois a versão anterior não aprovada (i) versava somente sobre a tributação das grandes empresas multinacionais; e (ii) baseava-se num modelo de tributação de estabelecimento permanente tradicional, do art. 5º da Convenção-Modelo da OCDE, sem abarcar as rendas digitais.

A medida permanente atual estipula uma base comum tributável dos lucros gerados cumulados a uma presença digital significativa, caracterizada por um método de divisão do lucro. A presença econômica significativa se baseia numa análise de três condicionantes: riscos, ativos e funções, por meio da realização de teste, com abordagem semelhante à da SEP da OCDE e do G20.

Nesse sentido, em decorrência da análise dos riscos gerados pela atividade econômica realizada, das funções desempenhadas e dos ativos que foram usados por um estabelecimento permanente, somando-se a análise de critérios de valores mínimos de receita, de usuários e de operações contratuais, afere-se a existência de uma presença econômica significativa no país do consumo da atividade. A resposta positiva do teste deslocaria a tributação para o país do destino.

Dessa forma, o estabelecimento permanente é considerado virtual se apresentar qualquer um destes requisitos:

- (i) exceder 7 milhões de euros de receita bruta anual, num único Estado-membro;

⁷¹ EUROPE. European Union Law. *COM (2016) 683*: Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2016_336#2017-09-20_OPI_byEESC. Acesso em: 20 dez. 2018.

- (ii) superar 100 mil usuários dentro de um único exercício fiscal;
- (iii) superar mais de 3 mil contratos de serviços digitais entre a empresa e os usuários empresariais (operações B2B), dentro de um único exercício fiscal.

Essa proposta traz uma abordagem inovadora: a criação de valor na economia digital traduzida como uma alocação dos lucros gerados em razão do valor de mercado obtido pela localização dos usuários e pela coleta de seus respectivos dados. Nos dizeres da Comissão Europeia:

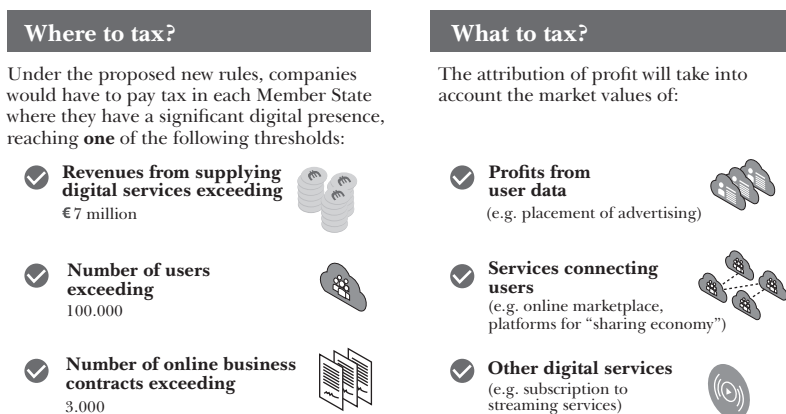
Na economia digital, o valor é frequentemente criado a partir de uma combinação de algoritmos, dados do usuário, funções de vendas e conhecimento. Por exemplo, um usuário contribui para a criação de valor compartilhando suas preferências (por exemplo, curtir uma página) em um fórum de mídia social. Esses dados serão usados posteriormente e monetizados para publicidade segmentada. Os lucros não são necessariamente tributados no país do usuário (e visualizador do anúncio), mas sim no país onde os algoritmos de publicidade foram desenvolvidos, por exemplo. Isso significa que a contribuição do usuário para os lucros não é levada em consideração quando a empresa é tributada⁷².

Para fins elucidativos, a proposta pode ser resumida conforme a figura a seguir, divulgada pela Comissão Europeia⁷³.

⁷² EUROPEAN COMMISSION. *Fair Taxation of the Digital Economy*. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/fair-taxation-digital-economy_en. Acesso em: 17 nov. 2018. Tradução livre. No original: “Value Creation in the Digital Economy: In the digital economy, value is often created from a combination of algorithms, user data, sales functions and knowledge. For example, a user contributes to value creation by sharing his/her preferences (e.g. liking a page) on a social media forum. This data will later be used and monetised for targeted advertising. The profits are not necessarily taxed in the country of the user (and viewer of the advert), but rather in the country where the advertising algorithms has been developed, for example. This means that the user contribution to the profits is not taken into account when the company is taxed”.

⁷³ EUROPEAN COMMISSION. *Fair Taxation of the Digital Economy*. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/fair-taxation-digital-economy_en. Acesso em: 17 nov. 2018.

Figura 3 – Novas regras para a tributação das atividades digitais



Fonte: Comissão Europeia (2018).

Paralelamente à proposta permanente, a UE debate a proposta de CCCTB. No contexto cronológico, o CCCTB teve sua primeira proposta apresentada pela União Europeia em 2011, mas não foi implementada em razão de os países-membros não concordarem sobre pontos da unificação da base tributária. Relançada em 2015, a proposta foi remodelada sob a justificativa de que uma tributação de mercado único traria um crescimento amigável e um sistema tributário corporativo europeu mais justo.

Antes disso, em 1993, a União Europeia instituiu o Single Market, que possibilitou a livre movimentação de bens, pessoas, serviços e capital dentro daquele mercado, por meio de uma competição positiva e mais justa, na visão de seus fundadores e de acordo com as métricas publicadas pela Comissão Europeia⁷⁴.

No entendimento europeu, já naquela época, o novo mecanismo desencadeou um crescimento do mercado de trabalho e melhores preços e ofertas de produtos e serviços. Sob a perspectiva do bloco, uma base tributável comum com a aplicação de mesmas re-

⁷⁴ EUROPEAN COMMISSION. *Economic Analysis*. Disponível em: https://ec.europa.eu/growth/single-market/services/economic-analysis_en. Acesso em: 17 nov. 2018.

gras de tributação corporativa mostrava-se um mote interessante por simplificar barreiras comerciais e fiscais dentro da União Europeia e reduzir obstáculos regulatórios. Porém, em 2011 não houve acordo entre os países-membros e, até o final de 2018, não houve evolução nos debates sobre o CCCTB.

A adoção de uma base tributária comum, em tese, precisa ter uniformidade nas regras de contabilização adotadas pelos países da União Europeia, em razão da influência direta entre elas e a tributação, ao mesmo tempo que deve respeitar a neutralidade fiscal. Nesse sentido, POLIZELLI comenta que, se a meta da neutralidade fiscal é preservada, as mudanças futuras de regras contábeis não afetarão a tributação⁷⁵.

Na prática, a concretização dessa neutralidade acaba por ser um grande desafio, por parte tanto dos países que devem adaptar as suas legislações domésticas para garanti-la quanto das empresas contribuintes, que acabam por manter controles diversos e numerosos. Esse cenário acaba por aumentar a burocracia e os custos administrativos com a regularidade fiscal. Um exemplo dessa situação é o caso dos contribuintes do Brasil que, no final de 2007, enfrentaram diversas mudanças para adaptação ao *International Financial Reporting Standards* (IFRS).

No caso europeu, a mudança de contabilização trazida pela Diretiva 2013/34 estabelece uma coordenação nas demonstrações financeiras das empresas, sobretudo as que possuem atividades transfronteiriças entre os países-membros da União Europeia, de modo a garantir informações seguras a terceiros⁷⁶. Nesse sentido, a diretiva objetivou

⁷⁵ Ver POLIZELLI, Victor B. Accounting and Taxation: Brazil. In: GRANDINETTI, Mario (ed.). *Corporate Tax Base in the light of IAS/IFRS and EU Directive 2013/34: A Comparative Approach*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2016, v. 48, p. 100 (Eucotax Series on European Taxation).

⁷⁶ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2013/34/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de junho de 2013 relativa às demonstrações financeiras anuais, às demonstrações financeiras consolidadas e aos relatórios conexos de certas formas de empresas. Disponível em: https://www.portugal2020.pt/Portal2020/Media/Default/Docs/Legislacao/Comunitaria/DiretivaUE2013_34.pdf. Acesso em: 20 dez. 2018.

coordenar as disposições nacionais relativas à estrutura e ao conteúdo das demonstrações financeiras anuais e dos relatórios de gestão, às bases de mensuração neles utilizadas e a sua publicação respeitando determinadas formas de empresas de responsabilidade limitada que é particularmente importante para a proteção de acionistas, sócios e terceiros⁷⁷.

Assim, embora o CCCTB esteja numa fase de discussão de implementação e, em termos de contabilização, a Diretiva 2013/34/UE já se aplique ao bloco europeu, o Brasil tem interesse direto no acompanhamento das duas medidas. Em relação ao CCCTB, há interesse por se tratar de medida multilateral aos países-membros, mas que pode afetar diretamente o tratamento fiscal que é dado aos investidores brasileiros detentores de participações naquele território. Em relação à diretiva contábil, há interesse em razão de ser a regra parâmetro para a apuração da base tributária do CCCTB⁷⁸. Dada a abordagem citada, poderá haver certo descasamento entre a harmonização fiscal daquele bloco e a legislação brasileira⁷⁹.

De toda forma, desde que respeitada a neutralidade tributária e os demais princípios gerais de tributação internacional, um país poderá legislar unilateralmente. Aqui, a abordagem se limita a um contexto dos membros de um bloco de países desenvolvidos, participantes das maiores economias do mundo. Mas a busca pela captura da renda da economia digital também pode decorrer da implementação de medidas isoladas, instituídas por meio de alteração da legislação doméstica, a despeito de um eventual prejuízo

⁷⁷ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2013/34/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de junho de 2013 relativa às demonstrações financeiras anuais, às demonstrações financeiras consolidadas e aos relatórios conexos de certas formas de empresas. Disponível em: https://www.portugal2020.pt/Portal2020/Media/Default/Docs/Legislacao/Comunitaria/DiretivaUE2013_34.pdf. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁷⁸ A diretiva preconiza a prioridade da substância sobre a forma.

⁷⁹ Ver POLIZELLI, Victor B. Accounting and Taxation: Brazil. In: GRANDINETTI, Mario (ed.). *Corporate Tax Base in the light of IAS/IFRS and EU Directive 2013/34: A Comparative Approach*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2016, v. 48, p. 98 (Eucotax Series on European Taxation).

para a cooperação multilateral fiscal. É o que será contextualizado adiante.

Capítulo 2

Propostas Unilaterais para a Tributação Direta da Renda na Economia Digital

2.1. Adoção de medidas unilaterais

Ante a morosidade da OCDE e dos países do G20 em apresentar debates mais conclusivos sobre o relatório da Ação 1, algumas jurisdições decidiram adotar medidas unilaterais, por meio da criação de novos tributos, alterando suas normas domésticas.

GUILHERMO TEIJEIRO e JUAN MANUEL VÁSQUEZ esclarecem que Malásia, em 2013, Turquia e Israel, em 2016, instituíram a tributação digital com base no critério de presença econômica significativa. Os autores ressaltam, ainda, que Reino Unido, em 2015, seguido por Austrália, em 2017, França e Nova Zelândia, em 2017, optaram por uma medida de retenção de fonte (mas na França a medida foi julgada inconstitucional em dezembro de 2016). Já em 2016, a Índia foi o primeiro país a instituir um tributo de equalização¹.

Das práticas implementadas, nota-se que não há um consenso sobre qual medida unilateral é a mais adequada. Os países têm agido mais para evitar o aumento de perda arrecadatória decorrente, em certa maneira, da demora de uma solução global e de longo termo a ser definida na Ação 1 do Projeto BEPS da OCDE e do G20.

Israel se antecipou a essa mudança e instituiu uma alteração em sua norma doméstica (não obstante se trate de uma circular, em tese, sem força de lei) que dá nova interpretação ao conceito de es-

¹ TEIJEIRO, Guillermo O.; VÁSQUEZ, Juan Manuel. Taxation of the Digital Economy: Argentina Perspective. In: MONTEIRO, Alexandre; FARIA, Renato; MAITTO, Ricardo (coord.). *Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Edição do Kindle. Locais do Kindle 26391-26392.

tabelecimento permanente naquele país, inserindo como primárias atividades antes consideradas preparatórias e auxiliares².

A Arábia Saudita também reconheceu um novo nexo de estabelecimento virtual de serviços, configurado como um critério temporal e com base na localização do consumidor estabelecido em território saudita.

A despeito da não uniformização nas medidas unilaterais, países da União Europeia, por exemplo, têm sinalizado uma preferência por um tributo de equalização³.

A análise abordada neste tópico conduz a uma reflexão relevante sobre o prejuízo causado ao sistema tributário internacional em razão da adoção de alternativas isoladas pelas jurisdições, independentemente da medida. Há abordagens no sentido de que a inconsistência dessas medidas unilaterais pode aumentar a carga tributária dos negócios digitais internacionais, em razão do descasamento das legislações em relação a uma estrutura global. Além disso, é sabido que a opção unilateral para arrecadar as rendas digitais é assunto relevante nos debates das demais ações do Projeto BEPS, por repercutir nos outros planos de ação, inclusive nos que se referem aos padrões mínimos de “práticas tributárias prejudiciais” e “abuso ao uso do tratado”⁴.

² ISRAEL. *The Israeli Tax Authority Published Guidelines Regarding Taxation of Foreign Corporation Activity in Israel Via the Internet*. Disponível em: https://taxes.gov.il/English/About/SpokesmanAnnouncements/Pages/Ann_11042016.aspx. Acesso em: 20 nov. 2018.

³ JONES, Ben; SEABROOK, Susan; SCILIBERTO, Sebastiano; JONES, Georgina. Taxation of the Digital Economy: Unilateral Measures. *Tax Journal*, Mar. 1st 2018, p. 9. Disponível em: <https://www.taxjournal.com/articles/taxation-digital-economy-unilateral-measures-01032018>. Acesso em: 22 jun. 2019; TEIJEIRO, Guillermo O.; VÁZQUEZ, Juan Manuel. Taxation of the Digital Economy: Argentina Perspective. In: MONTEIRO, Alexandre; FARIA, Renato; MAITTO, Ricardo (coord.). *Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Edição do Kindle; Political Statement Joint Initiative on the Taxation of Companies Operating in the Digital Economy. Disponível em: <https://pbs.twimg.com/media/DJ1-xTsXUAA4QSR.jpg>. Acesso em: 22 jun. 2019.

⁴ JONES, Ben; SEABROOK, Susan; SCILIBERTO, Sebastiano; JONES, Georgina; SUTHERLAND, Eversheds. Taxing the Digital Economy: The Unilateral Approach. *Tax Journal*, n. 1389, Mar. 2018, p. 2.

A seguir, algumas dessas medidas são explicitadas com mais detalhamento.

2.1.1. O tributo de equalização instituído na Índia

Em 29 de fevereiro de 2016, a Índia introduziu um novo tributo incidente sobre a receita de publicidade eletrônica e de outros serviços correlatos como propaganda digital, locação do espaço publicitário digital, instalação ou outros serviços afins que apoiem a publicidade digital e que sejam pagos por residentes na Índia ou não residentes, mas com estabelecimento permanente naquele território para consumidores não residentes⁵.

A nova tributação entrou em vigência em 1º de junho de 2016 e não se refere nem a um imposto de renda, nem a um imposto indireto de consumo (um imposto de valor agregado, no original *value added tax* – VAT). Trata-se de um custo tributário adicional que pode, inclusive, provocar uma dupla tributação incidente sobre a mesma renda, visto que não está inserido no contexto do tratado internacional de bitributação passível de mecanismos de isenção ou crédito⁶.

O tributo de equalização incide sobre as operações B2B, a uma alíquota de 6%. O contribuinte indiano ou o fornecedor estrangeiro com estabelecimento permanente no território indiano é o responsável pela retenção e pelo recolhimento da exação.

A incidência fiscal se dá apenas se uma empresa não residente possuir uma presença econômica significativa⁷, o que causa certa insegurança em razão da subjetividade dos critérios a seguir arrolados e a exemplo do que se tem visto nos debates realizados por ocasião do relatório da Ação 1 do BEPS da OCDE e do G20.

⁵ INDIA. *The Finance Bill*. 2016. Disponível em: <https://www.indiabudget.gov.in/budget2016-2017/ub2016-17/fb/bill.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁶ UNNIKRIISHNAN, Anandapadmanabhan; NAGAPPAN, Meyyappan. Virtual Permanent Establishments: Indian Law and Practice. *Intertax*, v. 46, n. 6/7, 2018.

⁷ Conforme o Ato Financeiro 13/2018, com efeitos a partir de 1º de abril de 2019, os critérios seriam os mesmos sugeridos no relatório da Ação 1 do BEPS, em que são estabelecidas condições quantitativas e qualitativas para delimitar a existência de uma presença econômica significativa. INDIA. *The Finance Act*. 28th Mar. 2018. Disponível em: <http://egazette.nic.in/writereaddata/2018/184302.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

Na redação original do Ato Financeiro de 2018, seção 4, a SEP é configurada se (i) um não residente na Índia realizar uma transação relativa a quaisquer bens, serviços ou propriedades, incluindo o fornecimento de *download* de dados ou *software* na Índia, se o conjunto de pagamentos decorrentes de tais transações durante o ano anterior exceder certa quantidade a ser prescrita; ou (ii) houver uma solicitação sistemática e contínua de atividades comerciais ou interação com um número de usuários que possa ser determinado, na Índia, por meios digitais, independentemente de haver ou não (a) um contrato registrado na Índia, (b) uma residência ou um lugar de negócios na Índia; ou (c) uma prestação de serviços na Índia. Além disso, deve a receita tributável derivar de uma conexão de negócios e de uma presença econômica significativa estabelecida no território indiano⁸.

De forma diversa, caso o prestador do serviço tenha uma subsidiária ou um estabelecimento permanente no território indiano, estará sujeito à tributação corporativa “convencional” na Índia.

O tributo de equalização difere da proposta original da OCDE e do G20 em alguns aspectos significativos, considerando as características a seguir:

- (i) é cobrado do destinatário do serviço (e não da empresa estrangeira prestadora ou de um intermediário local);
- (ii) incide somente sobre serviços de publicidade digital em que o valor da receita bruta anual exceda 100 mil rúpias indianas;
- (iii) restringe-se às operações entre empresas denominadas de B2B.

Ademais, por meio do Ato Financeiro de 2018, a autoridade fiscal indiana instituiu a obrigatoriedade de envio anual de um arquivo eletrônico, obrigando que o contribuinte informe:

- (i) quais foram os pagamentos realizados aos não residentes corporativos;

⁸ Ato Financeiro de 2018, alterando a seção 9 do Ato de Imposto de Renda em subseção 1, na cláusula “i”, com efeito a partir de 1º de abril de 2019. INDIA. *The Finance Act*. 28th Mar. 2018, . Disponível em: <http://egazette.nic.in/writereaddata/2018/184302.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

- (ii) o tipo de serviço de publicidade digital pago;
- (iii) o montante do tributo retido e recolhido em favor do fisco indiano.

Operacionalmente, a obrigação acessória anual é enviada pelo responsável tributário da obrigação, que é a fonte pagadora na Índia. Não há qualquer obrigação de informação por parte do prestador de serviço estrangeiro que aufera a renda.

Ressalta-se, por fim, que, como toda exação fiscal, o recolhimento em atraso, a falta de recolhimento, a entrega em atraso da obrigação acessória, além do envio de informação falsa, sujeitam o contribuinte ao pagamento do tributo atrasado com multa e juros, sem prejuízo de sanções criminais aplicáveis à falsidade.

A Índia se mostrou eficiente na rapidez com que implementou a medida unilateral, porém há fortes críticas em relação ao conteúdo dela. Primeiro, porque tais medidas provocam o descasamento entre o tratamento fiscal que é dado a certa renda em um país e o tratamento em outro, sobretudo se essas jurisdições não possuírem tratado que evite a bitributação da renda. Segundo, porque o tributo de equalização não está no escopo dos tributos pertinentes ao uso de tratados bilaterais contra a dupla tributação, sendo, então, um aumento de tributação para o contribuinte envolvido. Terceiro, porque normas domésticas descasadas podem incentivar planejamentos abusivos e transferência de lucros para jurisdições com tributação baixa ou inexistente.

Num contexto geral, a implementação de qualquer medida isolada parece refletir um descontentamento do país com os resultados tributários obtidos pelo atual sistema internacional de imposto de renda⁹.

2.1.2. A retenção de imposto sobre serviços digitais

2.1.2.1. Israel

Em abril de 2016, a autoridade fiscal de Israel (*Israel Tax Authority* – ITA) publicou a Circular 04/2016, esclarecendo a tributação

⁹ OECD. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>. Acesso em: 15 nov. 2018.

de operações de comércio eletrônico realizadas entre fornecedores estrangeiros e consumidores residentes em Israel. As operações tributadas englobam a venda de bens e a prestação de serviço eletrônicos, incluindo publicidade, *marketing* e corretagem para consumidores israelenses¹⁰.

Do ponto de vista jurídico, sob o fundamento do princípio da legalidade, sabe-se que a circular publicada não é a ferramenta adequada para a instituição do tributo, que deveria ter sido introduzido por meio de lei¹¹. Entretanto, o fisco israelense tem dado publicidade à circular como nova interpretação ao contexto da tributação digital. Essa nova abordagem permite à autoridade fiscal exigir tributo, fiscalizar e lavrar autuações.

A Circular 04/2016 estabelece a retenção de tributo a uma alíquota de 25%¹² sobre os pagamentos de serviços e bens citados anteriormente, realizados por consumidores residentes em Israel a empresas estrangeiras, independentemente de existir tratado para evitar a bitributação entre os países.

Para os países que possuem tratado assinado com Israel, no caso de ausência de um estabelecimento fixo, pode o tratado estabelecer tratamento diferenciado e mais favorável em relação à retenção, dispondo uma medida de isenção ou redução da alíquota prevista na circular. Nesse sentido, essa seria a única “vantagem” em relação ao tratamento fiscal com os países que não possuem tratado com Israel, no qual, para esses últimos, o fornecedor estrangeiro estará sujeito à norma doméstica israelense.

De forma concisa, seguem as considerações trazidas pela circular.

¹⁰ ISRAEL. *The Israeli Tax Authority Published Guidelines Regarding Taxation of Foreign Corporation Activity in Israel Via the Internet*. Disponível em: https://taxes.gov.il/English/About/SpokesmanAnnouncements/Pages/Ann_11042016.aspx. Acesso em: 20 nov. 2018.

¹¹ ROTHMANN, Gerd Willi. O princípio da legalidade tributária. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 67, 1º jan. 1972.

¹² OECD. *Tax Challenges of Digitalization: Comments Received on the Request for Input – Part II*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-digitalisation-part-2-comments-on-request-for-input-2017.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

- (i) Países que têm tratado com Israel:
 - (a) com presença de estabelecimento fixo: a interpretação do art. 5º da Convenção-Modelo da OCDE foi ampliada pela circular, de modo que algumas atividades denominadas pela OCDE como meramente “preparatórias” e “auxiliares”, previstas no art. 5(4), podem ser classificadas como atividades primárias (a exemplo de pesquisa de mercado, *marketing*, gerenciamento de clientes etc.), constituindo, assim, um estabelecimento. Nesse caso, a tributação incidirá com base nos lucros corporativos de uma empresa sediada em Israel, em detrimento da aplicação da circular;
 - (b) alocação de lucros para um EP em Israel: em casos de não presença física, a circular utiliza o critério sugerido pela OCDE em relatório de 2010¹³ e mecanismos esclarecidos de 2008 (*authorized OECD approach – AOA*), aplicando-se o princípio da plena concorrência (*arm’s length*) e a abordagem de uma entidade separada funcionalmente, considerando-se funções desempenhadas, ativos usados e riscos assumidos. Nesse caso, a entidade separada em questão refere-se apenas a alocação das receitas *versus* custos exclusivamente da atividade destinada aos consumidores em Israel, e não de quaisquer lucros que possam ser obtidos daquele estabelecimento em Israel¹⁴.
- (ii) Países que não possuem tratado com Israel:
 - (a) presença física: caracterizada pela presença de empregados, escritórios, estrutura própria ou de terceiros para atendimentos de clientes. Nesse caso, o esta-

¹³ OECD. *2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*. Paris, 22 July 2010, p. 11. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/45689524.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

¹⁴ OECD. *2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*. Paris, 22 July 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/45689524.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018. “The right to tax does not extend to profits that the enterprise may derive from that State otherwise than through the permanent establishment (i.e. there should be no – force of attraction principle).”

belecimento é tributado como uma empresa sediada em Israel;

- (b) presença econômica significativa: há um teste baseado em critérios qualitativos e quantitativos para comprovar que as operações constituem uma presença significativa em Israel, para fins de aplicação da tributação. O teste se baseia na relevância de atividades de publicidade, *marketing* e gestão de relações com clientes; na realização de contratos de serviços assinados *online* pelos consumidores israelenses; e no uso de serviços *online* pelos consumidores israelenses e *sites* operados em hebraico ou que oferecem opções de pagamento em moeda israelense. Essas condições demonstram que a empresa estrangeira tem presença digital na localidade, a despeito de sua grande subjetividade, pois a circular não estabelece limites quantitativos de contratos, usuários ou faturamento;
- (c) alocação de lucros para um EP (funções, ativos e riscos – FAR)¹⁵: situação semelhante ao item “i”, “b”. Ainda que não haja tratado assinado, a circular prevê que serão usados os critérios de funções, ativos e riscos das atividades destinadas aos consumidores em Israel.

Em relação aos critérios de alocação de lucros citados, vale mencionar as interessantes observações feitas por VIKRAM CHAND sobre a aplicação da regra de AOA para o teste de SEP: o autor menciona a necessidade de introdução de uma nova interpretação na alocação dos lucros do art. 7 da CM-OCDE (que trata da regra de tributação dos lucros corporativos com base na residência) ou na introdução do fator do país de mercado na fórmula FAR, tornando-se FARM (funções, ativos, riscos e mercado), sob a justificativa

¹⁵ O art. 7(2) da CM-OCDE estabelece que a atribuição de lucros de um estabelecimento permanente deve se basear em análise de risco, funções e ativos do EP em relação as outras partes da empresa relacionada, mas como se parte independente fosse. Daí a origem da sigla FAR, no original, em inglês, functions, assets, risks.

de que o teste da presença econômica significativa dependeria de mais um fator, que é o país de mercado, a fim de se considerar não somente os fatores do lado da produção, mas também os fatores do lado da demanda representados pelas vendas, que hoje são completamente ignorados¹⁶.

A reflexão é interessante e permite concluir que a medida unilateral de Israel já apresenta imperfeição.

2.1.2.2. Hungria

Por meio da Lei Tributária de 2014 (*Hungarian Advertisement Tax Act*), cuja vigência se iniciou em julho de 2015, foi instituído um imposto de valor agregado, incidente sobre as receitas de publicidade, incluindo a mídia veiculada por meio de *website*, a venda de tempo de mídia e a venda de espaço para publicidade de editores em benefício próprio¹⁷.

A medida instituiu alíquotas progressivas em razão do volume de negócios realizados pelas empresas de publicidade, permitindo ainda uma dedução fiscal, da base de 2014, das perdas apuradas em 2013.

Entretanto, a aplicação da lei foi suspensa pela Hungria após uma investigação concluída pela União Europeia reconhecer que a medida era incompatível com as normas sobre incentivos fiscais vigentes no bloco¹⁸.

Assim, por meio da decisão SA.39235, a Comissão Europeia consignou que houve tratamento diferenciado entre os contribuín-

¹⁶ CHAND, Vikram; DAS, Pitambar. From a FAR to a FARM Analysis with Respect to Profit Attribution to the Indian Significant Economic Presence (SEP) Test. *Kluwer International Tax Blog*. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2018/07/09/far-farm-analysis-respect-profit-attribution-indian-significant-economic-presence-sep-test/?print=print>. Acesso em: 23 mar. 2019.

¹⁷ OECD. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD, 2018, . Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>. Acesso em: 15 nov. 2018.

¹⁸ EUROPE. European Union Law. Commission Decision (EU) 2017/329 of 4 November 2016 on the measure SA.39235 (2015/C) (ex 2015/NN) implemented by Hungary on the taxation of advertisement turnover. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2017.049.01.0036.01.ENG&toc=OJ:L:2017:049:TOC. Acesso em: 2 abr. 2019.

tes em mesma situação, havendo total incompatibilidade com a redação do Tratado de Funcionamento da União Europeia¹⁹.

Com a mudança da norma, a alíquota incidente é de 7,5% para os contribuintes com receitas de vendas de publicidade superiores a 100 milhões de florins húngaros no ano fiscal (aproximadamente 320 mil euros). De janeiro a junho de 2017, o governo reduziu a alíquota a 0%, em razão da determinação da Comissão Europeia. Os contribuintes do tributo são os prestadores de serviços de propaganda (as editoras) que vendem a publicidade. O anunciante que contrata o serviço não é contribuinte.

Por fim, verifica-se que a autoridade fiscal húngara determinou que o nexu utilizado para a tributação criada é a apresentação da publicidade em idioma húngaro, um critério qualitativo, independentemente da localização do editor ou do anunciante, da destinação do usuário e do faturamento mínimo auferido.

Observa-se aqui que, embora a tributação indireta não seja o ponto central deste trabalho, a abordagem se fez necessária como demonstração do grande uso das medidas unilaterais pelos países que, embora não estejam passivos à morosa diretiva global da OCDE, não têm apresentado legislações coerentes com a legalidade e a segurança jurídica esperadas.

2.1.2.3. Itália

Tal como nos casos anteriores, a fim de prevenir a erosão da base tributável, sobretudo após a fuga das empresas americanas de tecnologia para países com baixa carga tributária, o governo italiano criou o *Web Tax*, que teria início de vigência em janeiro de 2019²⁰.

¹⁹ EUROPE. European Union Law. Commission Decision (EU) 2017/329 of 4 November 2016 on the measure SA.39235 (2015/C) (ex 2015/NN) implemented by Hungary on the taxation of advertisement turnover. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2017.049.01.0036.01.ENG&toc=OJ:L:2017:049:TOC. Acesso em: 2 abr. 2019.

²⁰ “The Levy on Digital Transactions (‘LDT’) is a transaction-based tax proposed by the Parliament and adopted in 2017. It applies to both resident and non-resident enterprises and is expected to become effective from January 2019.1 The stated objective is to restore a level playing field between suppliers of digital services and other suppliers of more ‘conventional’ services, by taxing digital transactions whose value, generated by users and user-generated content, is cur-

Como relatado no capítulo introdutório, a norma nunca surtiu efeitos pela falta de publicação, em tempo hábil, de decreto que a regulamentasse. Assim, para a substituição da lei ineficaz, em 31 de dezembro de 2018 o governo publicou a nova norma orçamentária de 2019²¹, relançando o tributo.

O *Web Tax* é modalidade de retenção na fonte a uma alíquota de 3% sobre os valores pagos como remuneração de serviços digitais. O contribuinte é a empresa ou o grupo de empresas que, durante o ano fiscal, atinja a receita anual total mínima de 750 milhões de euros e a receita mínima anual oriunda do fornecimento dos serviços digitais, no território italiano, de 5,5 milhões de euros.

Pela análise da legislação, pode-se concluir que a medida italiana objetiva tributar o lucro das grandes corporações digitais que, até então, não têm recolhido seus tributos em favor daquele território, pela ausência de norma.

Conforme a lei orçamentária italiana, estarão sujeitos à retenção operações digitais referentes a (i) prestação de serviços via internet, eletrônica ou redes semelhantes; (ii) prestadores residentes italianos ou estabelecimentos permanentes situados no território italiano; e (iii) transações exclusivamente B2B acima de 3 mil a cada ano calendário.

Em razão do princípio da isonomia, percebe-se que a lei segregou a tributação da economia digital das multinacionais e das empresas menores (*startups*, por exemplo), dispensadas desse tipo de retenção em razão dos critérios quantitativos aplicáveis.

rently not captured (or at least is only partially captured) by existing corporate tax rules. Some parallels can be drawn with the 'Equalisation Levy' described in the BEPS Action 1 Report", p. 143, tópico 4-Relevant Tax Policy Developments. OECD. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>. Acesso em: 15 nov. 2018.

²¹ Lei n. 145/2018. ITALIA. *Legge 30 dicembre 2018, n. 145*. Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021, p. 8-9. Disponível em: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2018/12/31/302/so/62/sg/pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

2.1.2.4. Arábia Saudita

Outro país que aderiu à retenção de fonte sobre operações digitais de forma unilateral foi a Arábia Saudita. O país passou a dar uma “nova” interpretação para o conceito de estabelecimento permanente para fins de retenção de tributos aplicáveis às rendas de serviços digitais.

O novo entendimento do fisco saudita é interpretado à luz do art. 5(3)b do modelo da ONU, cujo fundamento para a configuração de um estabelecimento virtual em território saudita é que a prestação de serviço se prolongue por mais de 183 dias, ainda que não haja nenhuma presença física de funcionários, trabalhadores ou qualquer estrutura física de negócio²².

É oportuno destacar que o governo saudita estabeleceu o reconhecimento de um EP virtual, decorrente exclusivamente de um nexos temporal, sem qualquer relação com a presença econômica significativa ou com a presença digital naquele país²³.

Em decorrência dessa nova situação, muitos fornecedores não residentes realizaram pedidos de restituição da retenção ocorrida por fonte pagadora saudita, com base no tratado tributário contra bitributação, mas tiveram seus pedidos negados. Tudo indica que essas negativas são fundamentadas em diretrizes internas não pú-

²² Conforme ERNEST&YOUNG. Saudi Arabian Tax Authorities Introduce Virtual Service PE Concept. *Global Digital Tax Developments Review*, p. 44-45, Nov. 2015. Disponível em: <https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-global-digital-tax-developments/%24FILE/EY-global-digital-tax-developments.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

²³ Há outros casos baseados apenas no decurso temporal da prestação de serviços para o exercício da tributação, como a convenção com a China, que se afasta do modelo da OCDE, seguindo, em vez dele, o modelo da ONU, quando considera existir estabelecimento permanente, mesmo na ausência de instalação fixa, desde que a prestação de serviços tenha sequência, em um mesmo projeto ou em outro projeto a ele relacionado, por período(s) que some(m) mais de seis meses dentro de qualquer período de doze meses, conforme o art. 5º, § 3º, b. Há ainda outros casos, como Espanha e Portugal, que privilegiaram a tributação pelo Estado da fonte prescindindo da presença física nesse Estado, bastando a existência de um fluxo contínuo das transações, em que a publicidade é especialmente destinada ao seu mercado, a serviços de pós-venda etc. XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 554 e 562.

blicas, não divulgadas pela autoridade fiscal saudita, ferindo, assim, qualquer sistema tributário de direito minimamente justo²⁴.

2.1.3. O Tributo sobre Lucros Desviados no Reino Unido (*Diverted Profit Tax*)

Em 2015, o Reino Unido publicou sua lei orçamentária e instituiu o denominado Tributo sobre Lucros Desviados (no original, *Diverted Profits Tax* – DPT), incidente sobre os lucros derivados desse país pela companhia que tenha estruturado suas operações justamente para evitar a criação de um estabelecimento permanente com empresas relacionadas, por meio de um contrato sem substância econômica, e para desviar a tributação de suas atividades para uma jurisdição com baixa tributação²⁵.

A legislação incide basicamente sobre duas situações: (i) em operações de empresas britânicas que adotem estruturas sem substância econômica e, com isso, provoquem uma incompatibilidade tributária ou um “descasamento tributário”²⁶; e (ii) em transações entre empresas estrangeiras que comercializem produtos britânicos estruturando uma operação que objetive não configurar uma presença econômica, para fins fiscais, no Reino Unido.

²⁴ “DZIT has issued internal guidelines for processing requests for WHT exemptions and refunds made by non residents having no legal registration, and consequently having no PE, in the Kingdom. Although these guidelines are not publicly available, EY is aware that the new approach was expressed by DZIT in several response letters to requests for WHT relief under the applicable double tax treaties signed by the Kingdom.” ERNEST&YOUNG. Saudi Arabian Tax Authorities Introduce Virtual Service PE Concept. *Global Digital Tax Developments Review*, p. 44-45, Nov. 2015. Disponível em: <https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-global-digital-tax-developments/%24FILE/EY-global-digital-tax-developments.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

²⁵ Lei orçamentária 2015, parte 3, 77 e 78. UNITED KINGDOM, *Finance Act 2015*. 2015. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/11/part/3/enacted>. Acesso em: 15 jan. 2019.

²⁶ SILVEIRA, Ricardo Maitto. Economia digital, a Ação 1 do BEPS e a visão da ONU: proposições e críticas. As estruturas de planejamento tributário adotadas pelas empresas de tecnologia, as proposições da Ação 1 do BEPS e as iniciativas legislativas dos países ao redor do mundo. In: MONTEIRO, Alexandre; FARIA, Renato; MAITTO, Ricardo (coord.). *Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas*. São Paulo. Saraiva Educação, 2018. Edição do Kindle. Locais do Kindle 26391-26392.

A lei estabelece uma alíquota de 25% sobre a parcela dos lucros desviados, sujeitando o contribuinte a procedimentos mais rígidos para a referida cobrança e o recolhimento do valor²⁷.

A aplicação do DPT acaba por capturar os lucros desviados das grandes empresas de tecnologia, como Google e Facebook, mas a medida não está adstrita a essas duas corporações. Incide sobre qualquer outra que, após a realização de “testes”, apresente falta de substância econômica em suas operações e descasamento tributário²⁸.

A professora RITA DE LA FERIA, por exemplo, faz crítica à tributação adotada pelo Reino Unido (popularmente denominada de *Google Tax*)²⁹ como medida unilateral para os negócios digitais e entende se tratar de uma solução parcial, que não resolve o problema fiscal da nova economia. Segundo ela, a criação dessa tributação é um erro, pois toda a política fiscal deveria ser revista à luz da revolução digital³⁰.

2.1.4. A tributação do fluxo de caixa no destino – DBCFT

O DBCFT surgiu dos debates entre os professores BOND e DEVEREUX, em 2002³¹, voltados para a tributação de lucros corporati-

²⁷ Lei orçamentária 2015, parte 3, 79. UNITED KINGDOM, *Finance Act 2015*. 2015. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/11/part/3/enacted>. Acesso em: 15 jan. 2019.

²⁸ Item “3.2. O diverted tax profit do Reino Unido”, de SILVEIRA, Ricardo Maitto. Economia digital, a Ação 1 do BEPS e a visão da ONU: proposições e críticas. As estruturas de planejamento tributário adotadas pelas empresas de tecnologia, as proposições da Ação 1 do BEPS e as iniciativas legislativas dos países ao redor do mundo. In: MONTEIRO, Alexandre; FARIA, Renato; MAITTO, Ricardo (coord.). *Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas*. São Paulo. Saraiva Educação, 2018. Edição do Kindle. Locais do Kindle 26391-26392.

²⁹ Lei orçamentária 2015, parte 3, 79. UNITED KINGDOM, *Finance Act 2015*. 2015. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/11/part/3/enacted>. Acesso em: 15 jan. 2019.

³⁰ Matéria veiculada no jornal Estadão. FERIA, Rita de la. O novo imposto não vê as transformações de forma profunda. *O Estado de S. Paulo*, 4 nov. 2018. Entrevista realizada pelo jornalista Andrei Netto. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,o-novo-imposto-nao-ve-as-transformacoes-de-forma-profunda,70002583670>. Acesso em: 20 dez. 2018.

³¹ BOND, Stephen; DEVEREUX, Michael P. *Cash Flow Taxes in an Open Economy*.

vos fundamentada em duas premissas: (i) uma base de cálculo baseada em fluxo de caixa; e (ii) o local de tributação baseado na residência do consumidor (não necessariamente o local do consumo), deixando para trás critérios de fonte, residência e local de produção³².

O modelo tributário é defendido por ALAN AUERBACH, da Universidade da Califórnia, Berkeley, MICHAEL P. DEVEREUX, da Universidade de Oxford, MICHAEL KEEN, do Fundo Monetário Internacional, e JOHN VELLA, também da Universidade de Oxford³³.

Em 2016, como medida de reforma tributária dos Estados Unidos, o DBCFT foi apresentado pelo Partido Republicano, *Grand Old Party* (GOP)³⁴, justamente como mudança da tributação dos lucros corporativos daquele país para um método de fluxo de caixa baseado no destino³⁵. Foi uma alternativa ao aumento de arrecadação objetivada pela reforma tributária americana do presidente Donald Trump, mas perdeu força e não foi aprovada³⁶.

A fórmula do DBCFT consiste na apuração de um lucro tributável composto da receita de venda de bens e serviços no país dedu-

Feb. 2002. Disponível em: <https://eml.berkeley.edu/~burch/Bond.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

³² DEVEREUX e DE LA FERIA (2014) recomendam o uso da *proxy* de localização do cliente, definida como “o local, residência ou local de trabalho do cliente, a pessoa a quem o vendedor tem uma obrigação legal contratual de fornecer as mercadorias”, em DEVEREUX, Michael; FERIA, Rita de la. *Designing and Implementing a Destination-Based Corporate Tax*. 2014. Oxford University Centre for Business Taxation Working Paper 14/07, 2014, p. 12.

³³ AUERBACH, Alan Jeffrey; DEVEREUX, Michael P.; KEEN, Michael; VELLA, John. *Destination-Based Cash Flow Taxation*. Feb. 6th, 2017. Oxford Legal Studies Research Paper, n. 14/2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2908158>. Acesso em: 15 nov. 2018.

³⁴ GRAND OLD PARTY. *A Better Way: Our Vision for a Confident America*. June 2016. Disponível em: https://www.novoco.com/sites/default/files/atoms/files/ryan_a_better_way_policy_paper_062416.pdf. Acesso em: 17 nov. 2018.

³⁵ LOHR, Steve. New Approach to Corporate Tax Law Has House G.O.P. *The New York Times*, 13th Dec. 2016, p. B1. Disponível em: https://www.nytimes.com/2016/12/12/business/economy/new-approach-to-corporate-tax-reform.html?_r=0. Acesso em: 20 dez. 2018.

³⁶ AARON, Henry. Tax Reform In 2017 Is Doomed to Fail. Here's Why It Is. *Journal Real Clear Markets*, 23rd Aug. 2017. Disponível em: https://www.realclearmarkets.com/articles/2017/08/23/tax_reform_in_2017_is_doomed_to_fail__heres_why_it_is_102832.html. Acesso em: 20 dez. 2018.

zido das despesas incorridas também no país, excluindo as receitas das exportações e incluindo as despesas com as importações.

Nesse cálculo, computam-se os valores tanto de operações B2C quanto das B2B. A apuração da base de cálculo é bastante semelhante à apuração da base de um IVA, e a diferença se refere aos custos de folha de pagamento que não estão incluídos na sistemática do DBCFT, ao contrário da apuração do IVA.

De acordo com DEVEREUX,

na terminologia do Comitê Meade (1978), um imposto de fluxo de caixa poderia ser cobrado sobre uma empresa em uma base R (real) ou uma base R + F (real mais financeira). Sob a base R, as transações envolvendo ativos e passivos financeiros são ignoradas. A base R é, portanto, a diferença entre entradas reais (da venda de produtos, serviços e ativos reais) e saídas reais (da compra de materiais, produtos, serviços – incluindo mão de obra – e ativos reais). Em contrapartida, a base de R + F também incluiria entradas financeiras líquidas, incluindo empréstimos e recebimentos de juros, líquidos de empréstimos, pagamento de empréstimos e pagamentos de juros³⁷.

Como essa metodologia privilegia o fluxo de caixa da empresa, propriamente dito, considerando o valor líquido presente para uma base tributável, seus defensores entendem que essa tributação não impacta o endividamento financeiro da empresa nem o capital social e, com isso, não desestimula o investimento. Essa teoria estaria embasada numa eficiência econômica e, exclusivamente por conta disso, não desestimularia a forma ou o local do investimento nem modelos de financiamento, tanto de dívidas quanto do capital social.

De forma resumida, as características principais do tributo sobre o fluxo de caixa são³⁸:

³⁷ AUERBACH, Alan Jeffrey; DEVEREUX, Michael P.; KEEN, Michael; VELLA, John. *Destination-Based Cash Flow Taxation*. Feb. 6th, 2017. Oxford Legal Studies Research Paper, n. 14/2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2908158>. Acesso em: 15 nov. 2018. Tradução livre.

³⁸ AUERBACH, Alan Jeffrey; DEVEREUX, Michael P.; KEEN, Michael; VELLA, John. *Destination-Based Cash Flow Taxation*. Feb. 6th, 2017. Oxford Legal Studies Research Paper, n. 14/2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2908158>. Acesso em: 15 nov. 2018.

- (i) promover eficiência econômica: por considerar o fluxo de caixa da empresa, e não aspectos de localidade de produção, modalidades de endividamento ou de capitalização da empresa;
- (ii) evitar a erosão da base tributável e a transferência dos lucros para países de baixa tributação: porque a mudança da base de tributação para o fluxo de caixa tende a (a) desestimular a tomada de empréstimo com juros menores de países de baixa tributação para os de alta tributação; (b) desestimular o deslocamento de ativos intangíveis para países de baixa tributação que recebem *royalties* e pagamentos pela licença de uso; e (c) tornar inócua a manipulação de preços de transferência;
- (iii) privilegiar a justiça fiscal: em razão do foco na progressividade, e não nos custos ou nas receitas salariais;
- (iv) priorizar a estabilidade do sistema tributário: porque o critério de cálculo não depende de uma diminuição de alíquotas ou da própria carga tributária e, com isso, evita-se o acirramento da competitividade desleal entre os países.

A tese é bastante interessante porquanto desloca a tributação dos lucros corporativos de um critério em bases universais, tal como ocorre no contexto americano, para um critério pautado em bases territoriais (fonte).

Apesar de essas características se mostrarem interessantes, carregadas de uma otimização financeira, sobretudo para o investidor, há muitas dúvidas sobre como ficaria o atual cenário tributário em razão da adoção do DBCFT. Alguns pontos que merecem reflexão são:

- (i) depreciação instantânea: os bens tangíveis (instalações e equipamentos) passam a ser dedutíveis imediatamente quando adquiridos no país. Os métodos de depreciação perderiam a sua funcionalidade;
- (ii) normas de subcapitalização que se prestam a medir a relação de endividamento entre o capital de empréstimo e o capital próprio da empresa: deixariam de existir e, como consequência, muitos dos temas de preços de transferência também deixariam de existir;

- (iii) normas de preços de transferência: o valor da importação que, em tese, seria uma despesa dedutível para fins de imposto de renda, não seria mais nem dedutível, nem amortizável, por se tratar de uma “entrada” do fluxo de caixa e, por lógica, o valor de receita oriundo de uma exportação não seria incluído na tributação, uma vez que a tributação é deslocada para o local da residência do consumidor, no local da destinação, e não no local da origem da renda;
- (iv) valoração aduaneira: com o deslocamento da tributação para o regime de caixa haverá impacto no momento da tributação das importações e em seu respectivo valor aduaneiro (um fator importante em razão de uma apuração fiscal em regime de caixa *versus* uma contabilização internacional de regime de competência, ou da própria Diretiva 2013/34/UE).

Em relação à contabilização, VÍCTOR POLIZELLI esclarece que o reconhecimento da receita é baseado no princípio de competência e orientado pelas versões conservadoras do princípio da realização, que dependeria da aplicação efetiva de vários critérios de tipos de realização da renda, conforme disposto em lei. O autor menciona ainda que, quando a lei é dotada de uma versão mais prudente, o evento “caixa” seria o critério de última relevância³⁹.

Assim, é interessante observar que o tratamento da escrituração do lucro contábil e fiscal pode sofrer alterações com a adoção do DBCFT, a despeito de já ter sofrido mudanças recentemente em razão da implementação do IFRS.

WEI CUI⁴⁰ e WOLFGANG SCHÖN⁴¹ entendem que o DBCFT fere as

³⁹ POLIZELLI, Victor Borges. *O princípio da realização da renda: reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ*. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2012, p. 240-253, 263-266, nota de rodapé 28 na p. 89.

⁴⁰ CUI, Wei. Destination-Based Cash-Flow Taxation: A Critical Appraisal (December 19, 2016). *University of Toronto Law Journal*, v. 67, n. 3, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2887218>. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁴¹ SCHÖN, Wolfgang. *Destination-Based Income Taxation and WTO Law: A Note*. Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance, n. 2016-3, January 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2727628>. Acesso em: 20 dez. 2018.

legislações da OMC em razão da instituição de um disfarçado subsídio de exportação e da discriminação dos produtos importados. Eles argumentam que a forma como se aplicam os ajustes não reteraria o verdadeiro conceito de limite do ajuste tributário aplicável aos casos de implementação do princípio do destino.

No caso do DBCFT, ainda de acordo com CUI, na medida em que os custos com trabalhadores são excluídos da apuração da base, e considerando um cenário em que a empresa aproprie prejuízo e não lucro, ela passaria a ser detentora de um crédito em favor do Estado, gerando um subsídio de exportação frontalmente criticado pela OMC, por ferir a regra da não discriminação estabelecida no Acordo Geral de Tarifas e Comércio (*General Agreement on Tariffs and Trade* – GATT), além de ferir a proibição de subsídios a produtos exportados prevista no Acordo de Subsídios e Medidas Compensatórias (*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* – ASCM).

CUI defende, ainda, que a importação de bens acaba sendo mais tributada do que a aquisição no mercado nacional (cuja despesa deve ser excluída da base tributável), visto que a tributação, na forma de tarifação, aumentaria na mesma proporção em que os custos trabalhistas inerentes a esses produtos importados também aumentam e isso seria um subsídio ilegal proibido pelas normas da OMC.

Sobre a adoção do DBCFT como medida unilateral pelos Estados Unidos, o professor YARIV BRAUNER esclarece que essa modalidade de tributação “morreu” como alternativa interna à jurisdição americana, em razão do encerramento da reforma tributária em 2018 com a não aprovação dessa medida. Ressaltou, entretanto, que, como o DBCFT pode também ser implementado multilateralmente, por meio do BEPS e/ou da UE, o debate ainda é importante, além de ser uma alternativa aos demais países, como solução unilateral temporária⁴².

⁴² Conforme palestra ministrada no Painel “A reforma Norte-americana” no CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, 7, 23 ago. 2018, São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo: Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da FDUSP, 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pEZl8GSWlts#action=share>. Acesso em: 23 ago. 2018.

2.1.5. Uso do método da divisão do lucro (*profit split*) e do formulário de repartição (*formulary apportionment*)

Alguns países têm adotado, unilateralmente, o método da divisão do lucro (no original, *profit split*), consistente na repartição do lucro para diversas jurisdições, com base em premissas econômicas; outros países adotam o método do formulário de repartição.

A despeito de esta subseção tratar de medidas unilaterais, tanto o método de divisão do lucro quanto o formulário de repartição são usados como métodos indiretos de preços de transferência para alocação do lucro gerado em um estabelecimento permanente, na jurisdição de fonte da renda.

Em termos conceituais, o método de divisão de lucro é um critério de apuração de base tributável sugerido pela OCDE e, no contexto da economia digital, serviria como metodologia para aferir e alocar o lucro residual tributável (ou a perda) às jurisdições de mercado, em uma das três propostas da OCDE divulgadas na consulta pública de 2019, referente aos intangíveis de mercado⁴³.

Atualmente, o método de divisão do lucro é um critério utilizado exclusivamente nas normas de preços de transferências entre partes relacionadas, adotado pelas orientações da OCDE e considerado eficiente em razão da valoração individual e diferenciada para cada modelo de negócio realizado, por meio de premissas econômicas⁴⁴. Refere-se tanto à análise do lucro quanto à da perda, a depender do resultado da transação, que deve estar devidamente fundamentada documentalmente.

Nas recomendações sobre preços de transferência, a OCDE estabelece que⁴⁵:

⁴³ OECD. *Base Erosion and Profit Shifting Project Public Consultation Document: Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy* – 13 February – 6 March 2019. 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.

⁴⁴ OECD. *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method: Inclusive Framework on BEPS: Action 10, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD, 2018. Disponível em: www.oecd.org/tax/beps/revised-guidance-on-the-application-of-the-transactional-profitsplit-method-beps-action-10.pdf. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁴⁵ Tradução livre. No original: “Profit split method: A transactional profit split method that identifies the relevant profits to be split for the associated enterpri-

Método da divisão de lucro

Um método de divisão de lucro transacional que identifica os lucros relevantes a serem divididos para as empresas associadas de uma transação controlada (ou transações controladas que é apropriado agregar sob os princípios do Capítulo III – Análise de Comparabilidade) e divide esses lucros entre empresas em uma base economicamente válida que se aproxima da divisão de lucros que teria sido acordada em condições normais de mercado.

A divisão de lucros aplicada ao contexto de medida unilateral adotada por certos países equivale a alocar o lucro residual, não rotineiro, ao país de mercado que consumiu os produtos e os serviços oriundos dos negócios altamente digitalizados.

SCHÖN menciona que o entendimento da OCDE sobre a divisão de lucros é baseado no pressuposto de que os estabelecimentos permanentes existentes nas diversas jurisdições podem ser tratados como subsidiárias, ou seja, como entidades independentes entre si⁴⁶.

A crítica que se faz a esse método refere-se à necessidade de uma abordagem diferente do método para a aplicação aos lucros residuais, pois, atualmente, o contexto do princípio da plena concorrência (*arm's length*) trata exclusivamente de lucros rotineiros da empresa e das suas partes relacionadas.

A principal preocupação oriunda da aplicação desse método refere-se à dificuldade em diferenciar as atividades rotineiras das não rotineiras que geram o lucro residual e em definir o modo de alocação de eventuais lucros extras decorrentes das atividades não rotineiras. Caso haja uma limitação no valor atribuível aos lucros

ses from a controlled transaction (or controlled transactions that it is appropriate to aggregate under the principles of Chapter III) and then splits those profits between the associated enterprises on an economically valid basis that approximates the division of profits that would have been agreed at arm's length". Ver: OECD. *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method: Inclusive Framework on BEPS: Action 10, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD, 2018, p. 11. Disponível em: www.oecd.org/tax/beps/revised-guidance-on-the-application-of-the-transactional-profitsplit-method-beps-action-10.pdf. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁴⁶ SCHÖN, Wolfgang. International Tax Coordination for a Second-Best World (Part I). *World Tax Journal*, v. 1, n. 1, Sep. 2009, p. 105. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1577035>. Acesso em: 20 dez. 2018.

residuais, haverá uma falta de equidade, neutralidade e coerência em alocar o lucro residual gerado na jurisdição de mercado, por desconsiderar parte de um nexos reconhecido em lei, mas sem a correlata e integral alocação da renda gerada⁴⁷.

De outra parte, o método do formulário de repartição é tratado como um método indireto de alocação do lucro na jurisdição de fonte, considerando a participação do mercado do país destino nas vendas ocorridas. A premissa é a de que a empresa geradora de lucro (ou perda) possui resultados globais, tratando-se, assim, de uma única entidade presencial, e o resultado auferido deve ser repartido nos países de destino, a depender de fatores como receita bruta, ativos, folhas de pagamento etc. Trata-se de um método bastante utilizado em grandes setores econômicos, como seguros e transporte⁴⁸, a despeito de inexistir indicativo nas recomendações da OCDE especificamente para preços de transferência (e tampouco para a economia digital no contexto da Ação 1). A OCDE afirma que a metodologia mais apropriada é a que tem relativa adequação e confiabilidade⁴⁹.

SCHÖN, ao discorrer sobre o método da divisão do lucro no contexto da economia digital, reconhece a entidade geradora do lucro como independente de sua parte relacionada; de forma contrária, ao se manifestar sobre o CCCTB (que se apresenta como uma espécie de formulário de repartição) na Comissão Europeia, não considerou a existência legal independente de uma subsidiária⁵⁰. De todo modo, o uso do formulário de repartição implica considerar uma entidade singular.

⁴⁷ PISTONE, Pasquale; NOGUEIRA, João Félix Pinto; ANDRADE, Betty. *Comments Submitted by The International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD): Task Force on the Digital Economy*. Mar. 2019, p. 27.

⁴⁸ GLABUSH, Julie Rogers. *IBFD International Tax Glossary*. 7. ed. Amsterdam: IBFD, 2015, p. 16-17.

⁴⁹ OECD. *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method: Inclusive Framework on BEPS: Action 10, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD, 2018, p. 12, parag. 2.118. Disponível em: www.oecd.org/tax/beps/revised-guidance-on-the-application-of-the-transactional-profitsplit-method-beps-action-10.pdf. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁵⁰ SCHÖN, Wolfgang. International Tax Coordination for a Second-Best World (Part I). *World Tax Journal*, v. 1, n. 1, Sep. 2009, p. 105. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1577035>. Acesso em: 20 dez. 2018.

Nesse sentido, o método de formulário de repartição considera que a renda gerada com todas as atividades da empresa, tanto as geradas fora do país que pretende tributá-las quanto as geradas internamente, serão divididas por meio de uma fórmula que compara as atividades da empresa dentro do país com todas as suas atividades, globalmente. A fórmula utilizada é composta de fatores que refletem o capital (fator propriedade), o trabalho (fator folha de pagamento) e seus recebíveis (fator vendas). Assim, uma fórmula de repartição que reflete esses três fatores pode atribuir renda para um país com base num percentual determinado pela média da proporção entre propriedade da empresa, folha de pagamento e receitas de vendas dentro do país de tributação e propriedade, folha de pagamento e vendas globais⁵¹.

De fato, a aferição do lucro baseada no formulário de repartição pressupõe que os países estão altamente integrados, sob o aspecto econômico, e, portanto, a geração de lucro de uma empresa que tenha vendas globais deve ser repartida, sem enfatizar a presença da empresa em cada jurisdição, em razão de a alocação da renda tributável se basear no destino. Na prática, o critério realmente pode apresentar grandes dificuldades de implementação e execução, por conta da complexidade da somatória da renda que a fórmula de rateio necessita contemplar. Em blocos menores, como no caso do CCCTB, dentro do bloco europeu, a metodologia pode se mostrar menos problemática. Ainda assim, recentemente, não se viu consenso entre os países integrantes da União Europeia para a adoção da medida.

DOERNBERG, HINNEKENS, HELLERSTEIN e LI destacam que a OCDE considera o método do formulário de repartição não tão apropriado quanto o princípio da plena concorrência para a atribuição da renda para um estabelecimento e que esse critério deve ser usado somente em casos excepcionais, em países onde, por uma questão de história, tenha sido costumeiro no passado e aceito pelos contribuintes e pelas autoridades tributárias⁵².

⁵¹ DOERNBERG, Richard L.; HINNEKENS, Luc; HELLERSTEIN, Walter; LI, Jinyan. *Electronic Commerce and Multijurisdictional Taxation*. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 82-85.

⁵² O formulário de repartição não necessariamente é aceito como método de divisão de rendas entre países, mas é geralmente empregado entre os estados ame-

LUÍS EDUARDO SCHOUERI critica o crescimento das soluções baseadas em formulários (o *global approach*), por fugir do parâmetro *arm's length* e, com isso, perder sua justificação. O autor exemplifica os casos norte-americanos, que têm a seu favor a simplicidade, ao mesmo tempo que deixam de lado o parâmetro *arm's length*. Ele entende ainda que, nessa atitude, não se consegue disfarçar, no discurso dos técnicos fazendários, um preconceito contra os preços adotados pelas partes relacionadas, que acreditam deverem eles ser substituídos por outros, resultantes de fórmulas complexas, que paulatinamente vão se afastando do princípio *arm's length*. Para além disso, SCHOUERI entende que, diante da constatação de que a técnica até então envolvida não pode ser suficiente para contemplar uma situação em especial, as autoridades tributárias se sentem legitimadas a adotar preços que não revelem o parâmetro *arm's length*. E, no confronto entre praticidade e capacidade contributiva, esta é a que deve prevalecer⁵³.

AVI-YONAH e KIMBERLY CLAUSING apoiam a alocação do lucro baseada no destino por meio do formulário de repartição, sob a justificativa de se referirem a um método que aloca tanto os passivos tributários quanto a renda, baseando-se numa contabilidade centralizada e numa consolidação da renda global, oriunda da participação das vendas de uma única empresa em cada destino diferente. Os autores entendem que essa metodologia reduziria incentivos fiscais para se transferir a renda a cada país de consumo e, por isso, não haveria mais relevantes incentivos para a realização de planejamentos abusivos e erosão de base com transferência das atividades reais para jurisdições de baixa tributação⁵⁴.

ricanos para a divisão da renda entre si, sobre a renda de um grupo de empresas controladas, no qual a receita é agregada e alocada para várias jurisdições em que o grupo tem estabelecimentos permanentes. Ver: DOERNBERG, Richard L.; HINNEKENS, Luc; HELLERSTEIN, Walter; LI, Jinyan. *Electronic Commerce and Multijurisdictional Taxation*. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 83.

⁵³ SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2013, p. 445-446.

⁵⁴ AVI-YONAH, Reuven S.; CLAUSING, Kimberly A. *Reforming Corporate Taxation in a Global Economy: A Proposal to Adopt Formulary Apportionment*. Washington, DC: The Hamilton Project, 2007. Discussion paper. Disponível em: <https://>

Ambos os autores apoiam a aplicação do formulário de repartição como uma única unidade de negócio geradora de lucros globais, por entenderem que o critério satisfaz as condições do princípio da plena concorrência, que, tradicionalmente, está ausente de parâmetros precisos de comparação (que acreditam quase nunca existirem)⁵⁵. Além disso, entendem que a unidade de negócios deve se pautar em uma contabilidade única para atendimento do art. 7 do modelo de tratado da OCDE, para, a partir disso, realizar a divisão do lucro nas jurisdições de destino. Nessa direção, os autores esclarecem que o progresso pela adoção internacional de IFRS e o trabalho da UE com o CCCTB podem ajudar e, com isso, criar uma fórmula específica baseada em métricas de vendas, análises funcionais e ativos.

ARTHUR HARDING⁵⁶, em 1933, defendia uma tributação baseada no Estado da origem econômica da renda (fonte), mas não implementada pela retenção, e sim por meio da alocação proporcional a cada jurisdição envolvida na transação, utilizando-se o formulário de repartição (tal como o CCCTB europeu) em que a receita alocada é líquida, mas afirmando a grande dificuldade na criação de uma fórmula de alocação que seja consistente. O autor esclareceu que, no caso das operações de rendas de múltiplos Estados, uma vez que as várias fases da transação total do negócio ocorrem justamente em diferentes jurisdições, cada Estado deveria tributar a sua parte da renda, em razão da relação entre a ordem econômica do Estado e a atividade de negócios da empresa⁵⁷.

www.brookings.edu/research/reforming-corporate-taxation-in-a-global-economy-a-proposal-to-adopt-formulary-apportionment/. Acesso em: 9 maio 2019.

⁵⁵ AVI-YONAH, Reuven S.; CLAUSING, Kimberly A. Chapter 2 Business Profits (Article 7 OECD Model Convention). In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale, SCHUCH, Josef, STARINGER, Claus (ed.). *EUCOTAX Series on European Taxation Source versus Residence Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2008, p. 9-20.

⁵⁶ HARDING, Arthur Leon. *Double Taxation of Property and Income: A Study in the Judicial Delimitation of the Conflicting Claims of Taxing Jurisdiction Advanced by the American States*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1933.

⁵⁷ HARDING (p. 267-269) menciona que uma dificuldade relevante para a construção de uma fórmula adequada estaria nos centros envolvendo fábricas e vendas. E, exemplifica as diversas fórmulas utilizadas nos Estados Unidos, a exemplo de

Após oitenta anos da defesa de HARDING, pode-se afirmar que o debate permanece o mesmo. Na discussão envolvendo o teste de presença econômica significativa para a implementação da medida permanente proposta pela União Europeia ou para uma solução de longa duração da OCDE/G-20, conforme já esclarecido no tópico 2.1.3, as alternativas ao cálculo da alocação da renda tributável se baseiam (i) na abordagem autorizada da OCDE (AOA); e (ii) no formulário de repartição ou método de alocação de lucro. Na essência nada se inovou.

Ao tratar do mesmo assunto, mas no contexto da lei doméstica indiana, VIKRAM CHAND e PITAMBAR DAS mencionam que a realização do teste de SPE insere o contexto do mercado (receita auferida no local de consumo e a importância do usuário na geração dessa receita) por meio da fórmula de alocação que é baseada em AOA, de modo que o critério FAR se somaria ao mercado, de FAR para FARM. Os autores mencionam, ainda, que o teste SEP na Índia é aplicável a todas as empresas, e não somente às praticantes de comércio eletrônico, desde que atinjam certos limites de receita ou de usuários, o que garantiria neutralidade, eficiência, simplicidade e certeza, justiça e igualdade e flexibilidade e seria positivo para a não caracterização de *ring-fencing*⁵⁸.

O IBFD, em participação da consulta pública da OCDE (2019), reconhece não somente o método da divisão de lucro, mas também o de formulário de repartição como eficientes para a aferição do lucro residual na proposta da OCDE, de intangíveis de mercado, desde que o formulário de repartição mantenha seu escopo unitá-

Arkansas, Carolina do Sul, Connecticut, Geórgia, Tennessee, Virgínia, dentre outros, cada uma com critérios diversos.

⁵⁸ Tais informações foram apresentadas na reunião ministerial da cidade de Ottawa (Canadá) realizada em outubro de 1998, cujo relatório final identificou os princípios gerais de tributação que devem ser aplicados ao comércio eletrônico e identificou questões de implementação, incluindo o modo como essas novas tecnologias oferecem às autoridades fiscais a oportunidade de melhorar o serviço que prestam aos contribuintes. OECD. *Electronic Commerce: Taxation framework conditions. A Report by the Committee on Fiscal Affairs as presented to Ministers at the OECD Ministerial Conference, "As Borderless World: Realising the Potential of Electronic Commerce" on 8 October 1998.* Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/consumption/1923256.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.

rio, tal como ocorre com a base única do CCCTB na União Europeia.

Nesse sentido, o instituto entende que o formulário de repartição teria uma aplicação mais eficiente em países com estruturas fiscais menos favorecidas, por ser uma metodologia mais mecânica e simples em relação à divisão de lucros, que é baseada em fórmulas econômicas mais detalhadas⁵⁹.

Diante das alternativas aqui dispostas, não obstante ambas se refiram a uma aparente fórmula de rateio simplista e objetiva, no qual a mera aplicação de fórmula, pautada em métrica e fundamentos econômicos, resolveria todos os problemas, o que se verifica de perto é que ambas as metodologias são altamente complexas. Talvez essa seja a causa da não aprovação do formulário de repartição, até a presente data, pelos países-membros da UE.

Dessa forma, deixando de lado novas fórmulas e modelos isolados por conta do descasamento que apresentam à cooperação e à harmonização da tributação internacional, adiante será abordado o estabelecimento permanente, elemento de conexão já presente nos tratados internacionais contra a bitributação.

⁵⁹ PISTONE, Pasquale; NOGUEIRA, João Félix Pinto; ANDRADE, Betty. *Comments Submitted by The International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD): Task Force on the Digital Economy*. Mar. 2019, p. 38. Disponível em: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/itaxs_2019_01_e2_1. Acesso em: 3 jan. 2019.

Capítulo 3

A Necessidade (ou Não) do Estabelecimento Permanente

3.1. O estabelecimento permanente no contexto da economia tradicional

Um dos elementos de conexão adotados, atualmente, tanto na legislação internacional quanto em algumas normas domésticas, é o estabelecimento permanente. O termo serve para designar o negócio de um não residente que tenha uma presença física significativa em determinada jurisdição, que justifique uma tributação dos lucros gerados na jurisdição em questão. A depender da norma doméstica do país ou da elaboração do tratado internacional contra a bitributação, o estabelecimento permanente pode também ser denominado de “representação permanente”, “agente dependente”, “filial” etc., embora todos tenham a mesma finalidade, qual seja, um lugar fixo de negócios no país de fonte¹.

Reconhecer o estabelecimento permanente como nexos ao atual contexto da economia digital, tal como está previsto no art. 5º da CM-OCDE e da CM-ONU, tem sido um dos desafios da era pós-BEPS. A dificuldade na compreensão da natureza jurídica dos diversos tipos de negócio realizados à luz da digitalização é enorme, visto que a redação do art. 5º, como se apresenta, ao delimitar a presença negocial no país de fonte em razão de uma presença exclusivamente física provoca um descasamento com a realidade atual dos negócios altamente digitalizados.

Para uma melhor compreensão do assunto, os tópicos seguintes contextualizam o EP ao debate na legislação brasileira, na América Latina e na redação atualmente vigente das convenções-modelo da OCDE e da ONU, aplicáveis à economia tradicional.

¹ GLABUSH, Julie Rogers. *IBFD International Tax Glossary*. 7. ed. Amsterdam: IBFD, 2015, p. 358-359.

3.1.1. O estabelecimento permanente na política fiscal brasileira

O Brasil não tem uma legislação doméstica, de caráter geral, que conceitue o estabelecimento permanente². Existem normas esparsas que, a depender do assunto a que se referem, esclarecem o contexto de estabelecimento permanente, caso a caso.

O Regulamento de Imposto de Renda (Decreto federal n. 9.580, de 22 de novembro de 2018)³, em seu art. 159⁴, estabelece que contribuinte federal é qualquer empresa, independentemente de estar regularmente constituída, de seus fins, de sua nacionalidade ou de quem sejam os participantes de seu capital, desde que configure uma unidade econômica ou profissional e que seja (i) pessoa jurídica de direito privado domiciliadas no país, independentemente de quais forem os seus fins, a sua nacionalidade ou os participantes em seu capital; (ii) filial, sucursal, agência ou representação, no país, da pessoa jurídica com sede no exterior; ou (iii) comitente domiciliado no exterior, quanto aos resultados das operações realizadas por seus mandatários ou seus comissários no país.

Trata-se de uma classificação muito semelhante à adotada pelo art. 5º das convenções-modelo da OCDE e da ONU, a despeito de o Brasil não ser um país-membro da OCDE e nem usar esse modelo, obrigatoriamente, em seus tratados internacionais contra a bitributação. Além disso, o Brasil prioriza a retenção de fonte, para os casos de pagamentos de serviços a fornecedores estrangeiros, mes-

² Situação verificada até 20 de maio de 2019.

³ Foi publicado no *Diário Oficial da União* de 23 de novembro de 2018 e, conforme o art. 4º, revogou expressamente o Decreto n. 3.000, de 26 de março de 1999. BRASIL. *Decreto n. 9.580, de 22 de novembro de 2018*. Brasília, 22 nov. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁴ “Artigo 159. Consideram-se pessoas jurídicas, para fins do disposto no inciso I do *caput* do artigo 158: I – as pessoas jurídicas de direito privado domiciliadas no País, sejam quais forem os seus fins, a sua nacionalidade ou os participantes em seu capital, II – as filiais, as sucursais, as agências ou as representações no País das pessoas jurídicas com sede no exterior; e III – os comitentes domiciliados no exterior, quanto aos resultados das operações realizadas por seus mandatários ou seus comissários no País.” BRASIL. *Decreto 9.580, de 22 de novembro de 2018*. Brasília, 22 nov. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm. Acesso em: 20 dez. 2018.

mo quando há tratado assinado com o país em que se localiza o beneficiário da renda⁵.

Um outro exemplo de norma brasileira sobre o conceito de EP é o art. 2º da Instrução Normativa n. 1.681/2016, publicada pela Receita Federal do Brasil (RFB), que dispõe sobre a obrigatoriedade de prestação das informações da Declaração País-a-País⁶. O art. 2º, IV, guarda bastante identidade com a redação da CM-OCDE e da CM-ONU, estabelecendo que, *para fins da matéria ali disciplinada*, o estabelecimento permanente é toda instalação fixa de negócios por intermédio da qual uma entidade exerça toda ou parte de sua atividade em outra jurisdição, incluindo especialmente: (i) uma sede de direção; (ii) uma filial ou uma sucursal; (iii) um escritório; (iv) uma fábrica; (v) uma oficina; (vi) uma mina, um poço de petróleo ou de gás, uma pedreira ou qualquer outro local de extração de recursos naturais; ou (vii) um canteiro de obra ou um projeto de construção ou instalação, somente se sua duração exceder doze meses⁷.

É possível verificar que, mesmo antes da explosão dos negócios altamente digitalizados e do debate trazido pela Ação 1 do Projeto BEPS, a despeito de as normas domésticas brasileiras terem redação semelhante à das convenções-modelo, que privilegiam uma caracterização baseada em presença física e tangível ou em razão da permanência da atividade pelo transcurso de tempo, a prática das autoridades tributárias brasileiras tem se mostrado diferente, priorizando uma tributação baseada na fonte, à semelhança de outros países em desenvolvimento.

Em termos de política fiscal brasileira internacional, o Brasil ainda tem grandes desafios a enfrentar, não só em relação à melho-

⁵ BIANCO, João Francisco; SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes. Seção A – Aspectos relacionados à tributação direta local e internacional. Estabelecimento permanente: legislação tributária brasileira e desafios na economia digital. In: FARIA, Renato Vilela; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo; SILVEIRA, Ricardo Maitto da (coord.). *Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2018. Edição do Kindle. Locais do Kindle 26391-26392.

⁶ Cf. o site da RFB. BRASIL. *Instrução Normativa RFB n. 1681, de 28 de dezembro de 2016*. Brasília, 28 dez. 2016. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=79444&visao=anotado>. Acesso em: 20 dez. 2018.

⁷ Cf. art. 5(3) do modelo da OCDE.

ria na harmonização e na coordenação de suas normas domésticas e de seus tratados com outros países, mas também envidando esforços para uma participação mais ativa na OCDE, incorporando, em sua política internacional, os novos mecanismos multilaterais, recentemente propostos, como a *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting* (MLI). Trata-se de uma coordenação importante para garantir segurança jurídica e previsibilidade aos contribuintes e à administração tributária.

3.1.2. O estabelecimento permanente na América Latina

Os países latino-americanos, considerados países em desenvolvimento⁸, eminentemente importadores de capital, são defensores da aplicação do princípio de fonte em relação às rendas internacionais corporativas que ali sejam geradas.

Historicamente, verifica-se que esses países realizaram (e continuam realizando) esforços significativos para ampliar a definição de EP, a fim de expandir suas jurisdições tributárias sobre os lucros corporativos⁹. Os esforços advêm dos trabalhos que foram realizados pela Liga das Nações e, mais tarde, pelas Nações Unidas, a exemplo da revisão da Minuta do México (Mexico Draft) e do modelo de convenção da ONU¹⁰.

⁸ Embora não sejam latinos, mas países em desenvolvimento, destaca-se que China e Índia têm baixos limites de caracterização de um EP para a alocação da renda tributável em seus territórios. A Índia possui previsão expressa em sua norma interna que estabelece a possibilidade de um EP virtual. Na China, o EP virtual é defendido por alguns estudiosos. Ver: DOERNBERG, Richard L.; HINNEKENS, Luc; HELLERSTEIN, Walter; LI, Jinyan. *Electronic Commerce and Multijurisdictional Taxation*. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 198-200.

⁹ ZAPATA, Sonia. The Latin American Approach to the Concept of Permanent Establishment in Tax Treaties with Developed Countries. *Bulletin for International Bureau of Fiscal Documentation*, v. 52, June 1998, p. 252-261.

¹⁰ Revisão à minuta do modelo de tratado da Liga das Nações que ocorreu na cidade do México, denominando-se, portanto, de Mexico Draft. A revisão foi realizada por um subcomitê da Liga, em julho de 1943, e continha disposições de tributação da renda corporativa de não residentes pelo Estado de fonte, independentemente da existência de um estabelecimento permanente. Ver: ZAPATA, Sonia. The Latin American Approach to the Concept of Permanent Esta-

O conceito de EP e a forma de tributação da renda corporativa, respectivamente previstos nos arts. 5º e 7º das convenções-modelo da OCDE e da ONU, têm sido a base dos tratados internacionais assinados pelos países da América Latina com países desenvolvidos.

SONIA ZAPATA esclarece que a maioria dos países na América Latina tem seus sistemas tributários, historicamente, baseados no princípio da territorialidade, mas que a situação mudou entre os anos de 1988 e 1998, quando alguns países passaram a tributar a renda pelo princípio da universalidade, como Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Honduras, México e Peru. A autora reconhece que, embora exista a longa tradição da legislação doméstica desses países se basear no princípio de fonte, essa situação causou efeitos negativos à expansão da rede de tratados internacionais, por parte desses países¹¹.

Um dado interessante descrito por ZAPATA é que, por muito tempo, os países latino-americanos tinham uma visão de que os tratados internacionais poderiam ameaçar a soberania fiscal prevista em suas leis internas baseadas na fonte e, portanto, não foi prioridade assinar tratados até a década de 1970¹². Mas é interessante observar a postura atual do Brasil sobre isso, conforme citado no tópico 3.1.1: o Brasil, de fato, ainda prioriza a retenção de fonte, para os casos de pagamentos de serviços a fornecedores estrangeiros, mesmo havendo tratado assinado com o país onde se localiza o beneficiário da renda¹³.

blishment in Tax Treaties with Developed Countries. *Bulletin for International Bureau of Fiscal Documentation*, v. 52, June 1998, p. 252.

¹¹ Ver III.A. em ZAPATA, Sonia. The Latin American Approach to the Concept of Permanent Establishment in Tax Treaties with Developed Countries. *Bulletin for International Bureau of Fiscal Documentation*, v. 52, June 1998, p. 253.

¹² ZAPATA, Sonia. The Latin American Approach to the Concept of Permanent Establishment in Tax Treaties with Developed Countries. *Bulletin for International Bureau of Fiscal Documentation*, v. 52, June 1998, p. 253.

¹³ BIANCO, João Francisco; SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes. Seção A – Aspectos relacionados à tributação direta local e internacional. Estabelecimento permanente: legislação tributária brasileira e desafios na economia digital. In: FARIA, Renato Vilela; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo; SILVEIRA, Ricardo Maitto da (coord.). *Tributação da economia digital: desafios no Bra-*

A Argentina não possui regras próprias para a tributação das transações eletrônicas e tampouco lei doméstica que caracterize o estabelecimento permanente naquela jurisdição, denominado de *stable establishment*¹⁴. Entretanto, exerce a tributação das rendas de uma empresa global ali incorporada ou que possua um estabelecimento, a despeito da ausência de norma. As classificações para que haja o exercício da referida tributação pautam-se na doutrina e na jurisprudência argentina, com base (i) nos mesmos conceitos internos de tributação da renda aplicáveis a seus residentes que conduzem negócios por meio de estabelecimentos estáveis¹⁵; (ii) em regras de renda mínima presumida, que incluem locais que exercem atividades auxiliares, tais como aquisição, estocagem, exibição ou entrega de mercadorias, ou ainda a manutenção de um local fixo de negócios para coletar informações para fins de publicidade, investigação científica e semelhantes; (iii) na analogia, aplicando-se internamente o conceito previsto no art. 5º dos modelos da OCDE e da ONU¹⁶; (iv) em decisões jurisprudenciais reconhecendo a existência de um EP desde que atrelado a uma sede administrativa com tomada de decisões gerenciais, além de assunção de riscos; e (v) em testes de comparação entre a lei interna que trata do estabelecimento estável e os pressupostos de caracterização de um EP, no âmbito dos comentários do art. 5º da CM-OCDE (local de negócios, localização, presença humana, tempo de permanência etc.). Nota-se, assim, uma inexistente segurança jurídica do sistema argentino.

Já o México adota o modelo de convenção da OCDE, além de ser integrante do grupo. Em linhas gerais, o país exerce a tributa-

sil, experiência internacional e novas perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2018. Edição do Kindle. Locais do Kindle 26391-26392.

¹⁴ Cf. ALFARO ABOGADOS. Argentina: E-Commerce Taxation in Argentina. In: PENN, Ana; ARIAS, Martha. *Global E-Business Law & Taxation*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 281-283.

¹⁵ Em tradução livre de *stable establishment*.

¹⁶ A despeito de ser um país em desenvolvimento, para fins dos tratados contra a bitributação assinados pela Argentina sua posição é a adoção do critério de residência. Os tratados com Bolívia e Chile são especificamente baseados no critério de fonte. Ver: ALFARO ABOGADOS. Argentina: E-Commerce Taxation in Argentina. In: PENN, Ana; ARIAS, Martha. *Global E-Business Law & Taxation*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 282.

ção de fonte nos casos de renda gerada internamente mediante a presença *fixa* de um EP, tal como dispõe o art. 5º da Convenção-Modelo¹⁷, mas aplica o critério, por ficção legal, para caracterização de EP, conforme modelo da ONU, previsto no art. 5(3)(a) e (b).

Em 2012, a Colômbia introduziu alterações em sua legislação doméstica, instituindo o conceito de estabelecimento permanente e a forma de tributação da renda corporativa, conforme a referência do modelo da OCDE¹⁸.

Um destaque relevante sobre a tributação de EP diz respeito à determinação das rendas e dos ganhos ocasionais. O art. 20-2 do Estatuto Tributário Nacional colombiano estabelece a apuração da base, apoiada no art. 7(2) da CM-OCDE, segundo o qual se deve usar os critérios de funções, ativos, riscos e pessoal envolvidos na obtenção das rendas e dos ganhos corporativos, além de manter uma contabilidade separada em que a renda, os custos e os gastos atribuíveis ao EP sejam claramente discriminados. O referido estatuto determina também que os investidores estrangeiros se apoiem, em um estudo sobre as funções, os ativos, os riscos e o pessoal envolvido na obtenção dessa renda¹⁹. Ressalte-se que a Colômbia passou a integrar a OCDE em 2018, sendo o terceiro país latino-americano a fazer parte desse grupo, além de Chile e México.

Os tratados assinados por Argentina, Brasil e México com países desenvolvidos, pelo menos até o ano de 1998, foram os que mais sofreram a influência do modelo da ONU e, até aquele ano, esses países também foram os Estados com maior quantidade de tratados assinados com países desenvolvidos²⁰.

¹⁷ DOERNBERG, Richard L.; HINNEKENS, Luc; HELLERSTEIN, Walter; LI, Jinyan. *Electronic Commerce and Multijurisdictional Taxation*. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 202.

¹⁸ Arts. 20-1 e 20-2 do Estatuto Tributário Nacional da Colômbia. Disponível em: <https://estatuto.co/?e=1388>. Acesso em: 15 maio 2019.

¹⁹ NAVARRO IBARROLA, A. La normativa de atribución de rentas a establecimientos permanentes en Colombia. *Revista de Derecho Fiscal*, n. 9, 7 dez. 2016, p. 60.

²⁰ ZAPATA, Sonia. The Latin American Approach to the Concept of Permanent Establishment in Tax Treaties with Developed Countries. *Bulletin for International Bureau of Fiscal Documentation*, v. 52, June 1998, p. 260.

De lá para cá, dada a crescente globalização dos mercados, intensificada também pela digitalização econômica, até mesmo os países latinos não integrantes da OCDE têm buscado um modelo híbrido de tratado, pautado nas convenções da OCDE e da ONU, que se acomode aos interesses políticos internacionais em geral das partes signatárias, não somente aos interesses fiscais.

3.1.3. O estabelecimento permanente nos tratados-modelo da ONU e da OCDE

O art. 5º das convenções-modelo da OCDE e da ONU delimita os critérios para a existência de um estabelecimento permanente na jurisdição de fonte. Apesar de os artigos apresentarem uma redação em grande parte semelhante, algumas diferenças podem ser encontradas, a exemplo dos arts. 5(3) da OCDE e 5(3)(a) da ONU, que definem prazos diversos para a constituição de um EP referente à edificação de *site* ou projeto de construção ou instalação, ou do art. 5(6), presente apenas na convenção da ONU, que trata das atividades de seguro.

COCKFIELD aponta que a definição estabelecida no art. 5º dos modelos tem sido a principal regra para a alocação dos lucros tributáveis, prevista em mais de 4 mil tratados bilaterais de tributação ao longo do mundo. O autor explica que o EP é definido, em regra, pela presença de um local fixo de negócios em que as atividades são conduzidas. Os lucros são atribuídos para o EP baseado em padrões de plena concorrência (*arm's length principle*) para o fim de aplicação das regras de preço de transferência, pelo menos em teoria, para refletir o justo valor de mercado praticado nas operações²¹.

O art. 5(4) estabelece uma lista de atividades e modelos de negócios considerados exceção à regra do EP. Trata-se de uma lista negativa, apresentando certas atividades de natureza acessória ou preparatória, como a coleta ou o armazenamento de dados locais que foram, previamente, considerados como auxiliares, por contribuírem somente de forma marginal para os lucros dos negócios, e foram negligenciadas para os propósitos de alocação do lu-

²¹ COCKFIELD, Arthur J. Tax Wars: The Battle Over Taxing Global Digital Commerce. *Tax Notes International*, v. 161, Dec. 10th, 2018, p. 1065-1066.

cro ou, em alguns casos, justificavam somente uma tributação de baixo lucro.

Ocorre que a crescente sofisticação da tecnologia e dos sistemas de comunicação, além da internet, têm facilitado o fenômeno das rendas transfronteiriças sem a presença física principal do negócio no país de mercado. Em decorrência disso, existe uma forte tendência à tensão fiscal provocada pelo tradicional conceito de EP relacionado a essa presença física fixa como um pré-requisito para o exercício dos direitos tributários, visto que aquelas atividades ditas preparatórias ou auxiliares agora formam os elementos centrais do modelo de negócios de grande parte do sucesso das multinacionais da idade digital. Os serviços considerados, simplesmente, uma rotina funcional que desenvolviam produtos e serviços para acomodar as necessidades dos consumidores locais agora têm se tornado a chave dos fatores de sucesso dessas multinacionais, em que o foco da competição tem sido dividido para uma entrega de valor superior para o cliente, por meio da customização em massa, funcionando como um grande banco de dados. Nenhum desses pontos foi aprofundado no relatório da Ação I²².

Já os arts. 7º dos modelos da OCDE e da ONU estabelecem os critérios de tributação dos lucros corporativos. Sua redação prevê que os lucros de uma empresa são tributáveis no Estado de residência, a não ser que a empresa exerça sua atividade no Estado de fonte, por meio de um estabelecimento permanente, sendo, nesse caso, tais lucros tributados na jurisdição de fonte, apenas em relação aos lucros exclusivamente atribuídos a esse EP²³.

Para esse propósito, os modelos se diferenciam ao tratar da forma como será apurada a base do lucro aferido na jurisdição de fonte: o art. 7(2) do modelo da OCDE estabelece o uso de padrões de preços de transferência e do princípio da plena concorrência e a necessidade de contabilidade separada, amparada em critérios de funções desempenhadas, ativos usados e riscos assumidos, como uma entidade apartada da empresa não residente. Já o art. 7(1)(b) e

²² BECKER, Johannes; ENGLISCH, Joachim. Taxing Where Value Is Created: What's 'User Involvement' Got to Do with It? *Intertax*, v. 47, n. 2, 2019, p. 162.

²³ Cf. art. 7(1) da CM-OCDE e da CM-ONU.

(c) do modelo da ONU não existe no da OCDE e trata do “princípio da força de atração limitada”, que é utilizado como um elemento de conexão adicional ao EP. Por essa disposição, os lucros oriundos das vendas diretas e outras atividades do negócio derivadas diretamente da empresa não residente são também atribuíveis ao EP²⁴.

Ao discorrerem sobre o art. 7(2) do modelo da OCDE como um critério de divisão da renda, DOERNBERG, HINNEKENS, HELLERSTEIN e LI explicam que há uma distinção entre a aplicação do princípio da plena concorrência no contexto de uma empresa única global (com vários estabelecimentos permanentes) e no contexto de empresas associadas. Atualmente, a OCDE está tentando alinhar o princípio da plena concorrência relacionado a empresa global única com vários estabelecimentos permanentes, como já aplicado a empresas associadas. Entretanto, os autores alertam para esta distinção: a aplicação do princípio da plena concorrência com relação ao EP estabelece, diretamente, a fonte da renda da empresa; em contrário, a aplicação do princípio da plena concorrência no caso de empresas associadas estabelece somente a entidade apropriada em que a renda deve ser alocada, não estabelecendo diretamente a sua fonte. Os autores esclarecem que, mesmo assim, as implicações tributárias de atribuição da renda para uma entidade única frequentemente terão um impacto significativo na final determinação da fonte da renda²⁵.

Em relação ao art. 7(1)(b) e (c) do modelo da ONU, ZAPATA esclarece que o “princípio da força de atração limitada” enfatiza a fidelidade econômica da empresa estrangeira com o Estado onde o EP se situa, possibilitando ao país de fonte a tributação dos lucros ali gerados, oriundos de transações de mesmo tipo das conduzidas pelo EP (mas não diretamente executadas pelo EP). A autora ressalva que o referido princípio deve ser utilizado de maneira cautelosa, pois pode incorrer em uma interpretação distorcida do que, real-

²⁴ Ver II.B em ZAPATA, Sonia. The Latin American Approach to the Concept of Permanent Establishment in Tax Treaties with Developed Countries. *Bulletin for International Bureau of Fiscal Documentation*, v. 52, June 1998, p. 253.

²⁵ DOERNBERG, Richard L.; HINNEKENS, Luc; HELLERSTEIN, Walter; LI, Jinyan. *Electronic Commerce and Multijurisdictional Taxation*. The Hague: Kluwer Law International, 2001.

mente, refletem os fatos e que, muitas vezes, o país de fonte pode objetivar a tributação das atividades que não sejam similares às realizadas pelo EP ou não sejam passíveis de execução pelo EP²⁶.

A questão da fidelidade econômica mencionada não deve se confundir com a globalização econômica crescente nos negócios, agravada ainda mais pela alta digitalização. Não há dúvidas de que os negócios altamente digitalizados participam ativamente da vida econômica do país de fonte, pois geram receitas ali, como se negócios autônomos fossem, se utilizam da estrutura pública do país e conduzem seu desempenho com melhores resultados, a partir da real participação do mercado consumidor.

Nesse sentido, a definição de estabelecimento permanente, atrelada a critérios baseados unicamente em presença física e local fixo, está descompassada em relação às atividades altamente digitalizadas, não podendo mais ser a única maneira de divisão da renda.

Justamente por isso, AVI-YONAH e KIMBERLY A. CLAUSING criticam a redação do art. 7º da CM-OCDE quando aplicado à realidade da economia digital. No debate sobre a correta solução para tributar as empresas multinacionais na jurisdição de fonte à luz do século XXI, os autores mencionam que a atual regra do art. 7º (e, por consequência lógica, também a regra do art. 5º) se mostra problemática por considerar que *somente* a existência de um EP no país de fonte deslocaria a tributação da renda da residência para a fonte. Argumentam que não faz mais sentido tratar o EP como uma unidade separada, legal e contabilmente, no atual contexto de uma economia globalizada, pois muitas das vezes as multinacionais em diferentes jurisdições se referem a partes diferentes, mas de uma única empresa. Assim, não haveria mais razão para a aplicação das regras de preço de transferência e do princípio da plena concorrência. E consideram que os lucros gerados, muitas das vezes, só são gerados em razão de as empresas serem internacionalmente integradas, por um contexto de vantagens organizacionais e de internalização. Essas vantagens é que propiciariam a geração dos lucros,

²⁶ Ver E.I. em ZAPATA, Sonia. The Latin American Approach to the Concept of Permanent Establishment in Tax Treaties with Developed Countries. *Bulletin for International Bureau of Fiscal Documentation*, v. 52, June 1998, p. 259.

não sendo razoável aplicar regras de preço de transferência ou alocar receita e despesa na base de país a país a uma realidade de única empresa²⁷.

Dessa forma, ainda que o art. 5º seja a regra válida e legitimada pelos países signatários de tratados bilaterais, sua redação merece reformulação. O artigo precisa discorrer sobre atividades intangíveis, móveis e virtuais geradoras de renda no local de consumo. Precisa, também, reconhecer atividades que aloquem receita no destino por meio de comércio eletrônico, que hoje são consideradas meramente preparatórias ou auxiliares. Devem reconhecer também a presença econômica significativa e digital no país de mercado, passando a ser um nexso tão ou mais relevante que o da presença física, nexso esse também hábil à caracterização de um estabelecimento permanente, ainda que virtual e desmaterializado, na jurisdição de fonte.

Nesse sentido, a não alteração do art. 5º agravará ainda mais a erosão da base tributável e a prática de não tributação, via planejamentos tributários abusivos, por parte dos contribuintes. Esse prejuízo é reconhecido pelos estudiosos da área, tal como apontou COCKFIELD:

O crescimento da economia digital global, acompanhado da inter-relação com a vida diária de muitos consumidores e negócios, leva a renovadas preocupações de redução da receita tributária para países onde os consumidores estão estabelecidos (países de fonte), aumento da receita tributária para países onde os produtos e os serviços digitais são produzidos (países de residência) ou aumento da dupla não tributação se os lucros tributáveis forem deslocados dos países de residência com alta carga tributária para as jurisdições de não tributação²⁸.

²⁷ AVI-YONAH, Reuven S.; CLAUSING, Kimberly A. Chapter 2 Business Profits (Article 7 OECD Model Convention). In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale, SCHUCH, Josef, STARINGER, Claus (ed.). *EUCOTAX Series on European Taxation Source versus Residence Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2008, p. 9-20.

²⁸ COCKFIELD, Arthur J. Tax Wars: The Battle Over Taxing Global Digital Commerce. *Tax Notes International*, v. 161, Dec. 10th, 2018, p. 1065. Tradução livre.

Um caso interessante de descasamento entre a redação atual do art. 5º do tratado e a atividade real é a prestação de serviços por meio de um servidor. Com base na leitura dos comentários do art. 5º da CM-OCDE, um servidor pode ser considerado um estabelecimento permanente desde que (i) esteja à disposição de determinada empresa contratante; e (ii) forneça as atividades principais da referida empresa no país de fonte. Porém, não será considerado um EP se a contratação dos serviços de hospedagem, pelos clientes, ocorrer sem adesão a um servidor específico e sem estar exclusivamente a sua disposição. Note-se que, em ambos os casos, a estrutura física do servidor existe (é um bem tangível), mas a relação contratual entre a empresa contratante e o serviço é que se difere.

Por outros motivos (a falta de presença física), os serviços prestados sob a forma de *streaming* também não devem ser tributados no país de fonte, em razão de a atual redação do art. 5º da CM-OCDE e da CM-ONU não trazer a previsão de alocação da renda na fonte com base em presença econômica e/ou digital²⁹. Trata-se de uma inadequação do conceito de EP para o servidor. Para a economia digital, entretanto, essa diferenciação qualitativa em tangível e intangível para caracterizar o EP e estabelecer a tributação da fonte não faz sentido algum, nem legalmente, nem economicamente.

Nesse sentido, vê-se que o conceito de estabelecimento permanente nos atuais modelos de convenção da OCDE e da ONU deve ser reavaliado em razão das indicações constantes no relatório da Ação 1 do Projeto BEPS, as quais sinalizam para o descasamento da regra atual com a evolução nos modelos de negócios. A fragmentação das atividades de uma empresa, por diversas jurisdições, não necessariamente conduz ao reconhecimento de várias empresas relacionadas, mas, a depender do modelo de negócio, se refere a uma única entidade global. A revisão do art. 5º é necessária também a fim de reconhecer a constituição de um EP sob outras formas que não somente a presença física.

²⁹ CASTELON, Marta. *International Taxation of Income from Services under Double Taxation Conventions: Development, Practice and Policy*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2018, p. 325-327.

3.2. O estabelecimento permanente pós-BEPS

3.2.1. O conceito de estabelecimento virtual e a necessidade de um novo nexu

O tópico 1.1 deste trabalho apresentou as alternativas multilaterais que foram sugeridas pela OCDE na Ação 1 do Projeto BEPS. Não obstante tenham sido divulgados três relatórios e realizadas duas consultas públicas³⁰, a OCDE não apresentou esclarecimentos relevantes ou afirmações conclusivas. O relatório final esperado para novembro de 2020 não foi concluído a tempo, ora pelo atraso dos trabalhos, ora pela pandemia de Covid-19, deflagrada repentinamente.

Apesar disso, mais de 138 países assinaram um acordo em que participam do endereçamento dos desafios tributários da digitalização da economia, envidando esforços para desenvolver um plano de tratado multilateral em 2022, com implementação a partir de 2023³¹.

Uma das alternativas propostas, anteriormente esclarecida no tópico 1.1.1.1, refere-se a um novo nexu, atrelado ao contexto do estabelecimento permanente de modo que a regra, hoje pautada na presença física e na tangibilidade do negócio, passe a ser pautada na presença digital e na presença economicamente significativa (SEP).

De certa forma, a presença digital e a SEP se adéquam com mais propriedade aos negócios altamente digitalizados, acolhendo também a economia tradicional, que muitas das vezes se mistura à digital, a exemplo de negócios que envolvem a venda de bens físicos por meio da internet ou serviços virtuais complementados por presenciais, como consultorias.

Ao se debruçar sobre artigo de sua autoria que trata da reforma do princípio do estabelecimento permanente por meio de um

³⁰ Ver: 2014 Interim Report (Sep. 2014), Final Report 2015 (Oct 2015), Public Consultation (Nov. 2017), Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018 (March 2018), Public consultation (Mar 2019). OECD; G20. *BEPS Project*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions.htm>. Acesso em: 11 maio 2019.

³¹ OECD. *Action 1 Tax Challenges Arising from Digitalisation*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action1/>. Acesso em: 31 ago. 2022.

teste de presença econômica quantitativa, COCKFIELD esclarece que não há razão sagrada para que o requerimento de uma presença física seja usado para a determinação do nexo da tributação da renda internacional³². Essa observação permite refletir sobre a introdução de métricas, geralmente pautadas em valores de receita, quantidade de contratos e número de usuários para o reconhecimento da presença de um EP virtual no país de fonte.

Defensor desse critério quantitativo³³, o autor sugere que as autoridades nacionais devem considerar a adoção de uma ficção legal de EP, para o modelo de tratados, baseado num teste de presença econômica quantitativa³⁴, permitindo aos países de fonte tributar as atividades econômicas internacionais que sejam significativas. Para tanto, um limite quantitativo, tal como vendas brutas de 1 milhão de dólares americanos, assegurará que os países de fonte tributem as empresas não residentes. A regra seria projetada como uma barreira para proteger de uma base erosiva a tributação da renda no país de fonte, promovendo também um aumento na segurança dos negócios em torno da tributação de muitas transações internacionais. No seu entendimento, essa possibilidade não diluiria a soberania fiscal dos países, além de não ser necessária uma reestruturação das normas domésticas para a acomodação do teste de presença econômica, como se daria, por exemplo, no caso da adoção de um formulário de repartição global³⁵.

³² COCKFIELD, Arthur J. Reforming the Permanent Establishment Principle Through a Quantitative Economic Presence Test. *Tax Notes International, Special Reports*, Feb. 16, 2004, p. 644.

³³ Ver III em COCKFIELD, Arthur J. Reforming the Permanent Establishment Principle Through a Quantitative Economic Presence Test. *Tax Notes International, Special Reports*, Feb. 16, 2004, p. 650.

³⁴ O teste de critérios qualitativos seria baseado em fatos e circunstâncias que podem ser desenvolvidos, a exemplo da presença de servidores de computador ou do uso de marcas registradas. Cockfield argumenta que há deficiências nesse teste, defendendo o teste quantitativo. Ver: III.A. em COCKFIELD, Arthur J. Reforming the Permanent Establishment Principle Through a Quantitative Economic Presence Test. *Tax Notes International, Special Reports*, Feb. 16, 2004, p. 650.

³⁵ COCKFIELD, Arthur J. Reforming the Permanent Establishment Principle Through a Quantitative Economic Presence Test. *Tax Notes International, Special Reports*, Feb. 16, 2004, p. 653.

Em 2001, DOERNBERG, HINNEKENS, HELLERSTEIN e LI esclareceram que, para a tributação de fonte ser funcional, estabelecer um valor mínimo como limite para a substituição ao conceito de estabelecimento permanente seria recomendável³⁶. Trata-se do que se denominou de “teste quantitativo de SEP” anos depois.

Os autores afirmam que, em 1997, o Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE já tinha reconhecido (i) a necessidade de uma avaliação dos arts. 5 e 7 da CM-OCDE para considerar se eram apropriados ao contexto da economia digital ou se seriam necessários refinamentos e mudanças; e (ii) as modificações sofridas pelo conceito de EP em decorrência da própria natureza da economia digital e do comércio eletrônico, que desenvolvem um valor relevante de atividade comercial na jurisdição de fonte, com pouca ou nenhuma atividade física, pela automatização das funções que lhe são inerentes³⁷.

Diante do fato comprovado de que a presença física passou a ser dispensável para que um negócio participe da vida econômica do país do mercado consumidor, os Estados Unidos da América (EUA), em recente e inovadora decisão proferida pela Suprema Corte (junho de 2018), intitulada de Caso Wayfair, reformou o entendimento do Judiciário daquele país ao reconhecer a existência de um EP por meio de uma presença virtual participante na vida econômica do local do consumo³⁸.

Nesse sentido, a referida decisão reconheceu que (i) há limites da autoridade do Estado na função reguladora do comércio inte-

³⁶ Porém, na visão dos autores, os mesmos princípios gerais de tributação internacional seriam aplicados para os lucros derivados do comércio eletrônico, mas fundamentados em artigo da CM, separado dos atuais arts. 5º e 7º que tratam da tributação dos lucros gerados pelo comércio tradicional (posição essa não apoiada neste trabalho em razão da ocorrência de *ring-fencing*). Ver: DOERNBERG, Richard L.; HINNEKENS, Luc; HELLERSTEIN, Walter; LI, Jinyan. *Electronic Commerce and Multijurisdictional Taxation*. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 348.

³⁷ DOERNBERG, Richard L.; HINNEKENS, Luc; HELLERSTEIN, Walter; LI, Jinyan. *Electronic Commerce and Multijurisdictional Taxation*. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 351.

³⁸ Wayfair case. UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States n. 17-494. *Case 585 U. S.* 2018. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-494_j4el.pdf. Acesso em: 20 dez. 2018.

restadual em relação ao impedimento de discriminação; (ii) os Estados não podem cobrar tributos de forma indevida e/ou onerosa ao comércio interestadual; e (iii) os tributos são válidos quando forem cobrados de uma atividade com um *nexo substancial* com o Estado tributário (*um nexo de conexão virtual entre o negócio praticado e o Estado de destino, caracterizado por uma quantidade mínima – significativa – de negócios*), forem razoavelmente distribuídos, não discriminarem o comércio interestadual e estiverem razoavelmente relacionados aos serviços que o Estado oferece.

Desde a década de 1990, tributaristas como HINNEKENS, SKAAR e DALE PINTO já sugeriam adaptação do conceito de estabelecimento permanente previsto no art. 5º da CM-OCDE e da redação dos tratados bilaterais, para que o contexto da economia digital fosse acomodado³⁹. Esses autores também defendem a realocação de parte dos lucros ao país de fonte, sob a justificativa da teoria do benefício⁴⁰.

DALE PINTO resume muito bem o cenário ao defender uma nova contextualização do princípio de fonte para a tributação das operações digitais, afastando-se da rigidez do conceito de estabelecimento permanente. Esclarece que a empresa não precisa mais investir em instalações imóveis, ou outros locais de negócios fixos, para obter vantagens consideráveis da comunidade na qual suas fontes de renda estão localizadas, defendendo, ainda, que todas as empresas que obtenham benefícios de um país prestem uma contribuição correspondente para essa sociedade, tenham ou não um estabelecimento permanente⁴¹.

³⁹ HINNEKENS, Luc. Looking for an Appropriate Jurisdictional Framework for Source-State Taxation of International Electronic Commerce in the Twenty-first Century. *Intertax*, v. 26, n. 6-7, 1998, p. 192.

⁴⁰ SKAAR, Arvid Aage. Erosion of the Concept of Permanent Establishment: Electronic Commerce. *Intertax*, v. 28, n. 5, 2000, p. 59 e 579, citado em PINTO, Dale. *Ecommerce and Source-Based Income Taxation*. Amsterdam: IBFD Doctoral, 2003, v. 6, Capítulo 8.5, Conclusions (Doctoral Series).

⁴¹ PINTO, Dale. *Ecommerce and Source-Based Income Taxation*. Amsterdam: IBFD Doctoral, 2003, v. 6, Capítulo 7 (Doctoral Series), citando SKAAR, Arvid Aage. *Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle*. Boston: Kluwer Law and Taxation, 1991, p. 559-560. No capítulo 7.6, Conclusões, “It seems that an enterprise which does not need to invest in immovable facilities, or other fixed places of business, may still derive considerable advantages from the community

Embora existam debates profundos sobre o tema, percebe-se que as normas internacionais não inovaram no esclarecimento do que é estabelecimento permanente que atenda também a economia digital. E há um descompasso nas medidas unilaterais, introduzidas por leis domésticas, que dão um enfoque diferente para o nexo de um EP: ora econômico, medido pela receita e pelo número de contratos, ora pelo curso de tempo dispendido na prestação de serviços ou até pela forma de mídia e publicidade divulgada no país de fonte (idioma usado, moeda etc.).

Dessa forma, ante tanta diversidade de premissas, é possível indagar: como um servidor cuja propriedade pertence a uma empresa estabelecida em país estrangeiro se enquadraria como um estabelecimento no país de fonte e ainda se inscreveria nos órgãos previdenciários ou faria a manutenção de pessoal, máquinas e instrumentos? Há muitos pontos ainda não esclarecidos, sobretudo na esfera procedimental.

Em junho de 2016, o Parlamento Europeu apresentou um estudo, por meio de seu Departamento de Economia e Ciência Política, esclarecendo que o estabelecimento permanente teve a sua natureza alterada em razão das mudanças estruturais de negócios oriundas das informações e das comunicações tecnológicas e, com isso, perdeu o sentido olhar essa “parte” da economia de forma segregada, tributá-la de forma separada, até por risco de ferir a neutralidade. O estudo afirma também que a hipótese de uma necessidade de registro do estabelecimento virtual no local de seus clientes seria uma limitação ao livre comércio previsto nas normas da OCDE e da OMC e nos tratados para evitar a bitributação entre países⁴².

Ainda assim, o estudo não trouxe efeitos práticos. Não houve evolução do relatório da Ação 1 da OCDE. Em 2019, a OCDE abriu

in which its income sources are located. Today, the performance of a business activity in another country, the duration of the activity and the profits arising from it, are per se significant arguments [...] [that] requires all enterprises which obtain such benefits from a country to render a corresponding contribution to this society, whether or not they have a [permanent establishment]”.

⁴² EUROPEAN UNION. *Tax Challenges in the Digital Economy*. 2016, p. 35. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579002/IPOL_STU\(2016\)579002_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579002/IPOL_STU(2016)579002_EN.pdf). Acesso em: 3 jan. 2019.

nova consulta pública, objetivando aprofundar as discussões sobre intangíveis de mercado, contribuição do usuário e presença econômica significativa⁴³.

O trabalho da Força-Tarefa da OCDE parece insuficiente e moroso, considerando que a sociedade já apontou as suas consistentes colaborações por meio das consultas públicas realizadas anteriormente, em 2017, e recentemente, em 2019⁴⁴. Além disso, a União Europeia, por meio de seu Conselho de Assuntos Econômicos e Financeiros (ECOFIN), em março de 2018⁴⁵, também fez recomendações para o projeto, no sentido de esclarecer a necessidade de mudanças à redação do art. 5º, sugerindo que o estabelecimento permanente seja também caracterizado mediante a presença digital significativa.

WEI CUI menciona o avanço nos debates apresentados por certos países acerca da ideia de que as empresas digitais artificialmente evitam a constituição de um estabelecimento permanente justamente para não sofrerem a tributação desses lucros, ainda que façam operações de planejamento tributário sem abuso. O autor defende ainda a necessidade de igual tributação de uma multinacional digital e de uma empresa nacional digital, garantindo a igualdade e a neutralidade entre esses contribuintes⁴⁶.

Discorrendo sobre o estabelecimento permanente digital, BRAUNER e PISTONE argumentam que o nexu (da tributação) reconhece a presença significativa dos participantes digitais na econo-

⁴³ OECD. *Base Erosion and Profit Shifting Project Public Consultation Document: Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy* – 13 February – 6 March 2019. 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.

⁴⁴ OECD. *BEPS Public Comments Received on the Tax Challenges of Digitalization, 2017*. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>. Acesso em: 15 nov. 2018.

⁴⁵ EUROPEAN COMMISSION. *Commission Recommendation of 21.3.2018 Relating to the Corporate Taxation of a Significant Digital Presence*. Brussels, 21st Mar. 2018 C(2018) 1650 final. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/commission_recommendation_taxation_significant_digital_presence_21032018_en.pdf. Acesso em: 17 nov. 2018.

⁴⁶ CUI, Wei. *The Digital Services Tax: A Conceptual Defense*. Oct. 26th 2018, p. 18. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3273641>. Acesso em: 3 jan. 2019.

mia, presença essa que deve ser acompanhada dos direitos tributários significativos. Somente uma metodologia de alocação que assegure tais direitos e, visivelmente, demonstre a adaptação das regras tributárias internacionais à realidade da nova economia e a necessidade para a justa divisão das bases tributárias, reconhecendo, dentre outros, o valor dos dados do país de mercado, é que gozará de legitimidade⁴⁷.

Vê-se, pois, que o negócio digital gera renda sem a presença física da empresa no território de mercado e sem uma circulação efetiva de valor econômico, a exemplo de geração de dados de usuários, fornecidos muitas vezes de forma gratuita, por meio de redes sociais. Nesse sentido, a economia do país onde se localiza o mercado consumidor é responsável pela geração da renda em seu território, fornecendo a infraestrutura estatal adequada e o mercado consumidor, podendo, portanto, exercer a soberania fiscal sobre essa renda, que se tornará uma nova fonte de receita pública para garantir o bem-estar social.

Dessa forma, dada a inexistência de uma base fixa e física, a proposta apresentada pela OCDE que leva em consideração um novo nexa ao EP baseado numa presença econômica significativa, atendendo a um teste baseado em critérios qualitativos e quantitativos que comprovam a presença digital na jurisdição de fonte, pode ser um novo elemento de conexão, reformulando, assim, a natureza do estabelecimento permanente para dar lugar a um estabelecimento permanente mais amplo, desmaterializado, virtual, que contemple os negócios realizados na economia digital, sem exclusão dos tradicionais.

Todos os esforços devem se voltar para a superação das dificuldades de criação de um novo nexa e de atribuição de lucros, incluindo o EP digital, que na visão de renomados autores⁴⁸, é a pre-

⁴⁷ BRAUNER, Y.; PISTONE, P. Some Comments on the Attribution of Profits to the Digital Permanent Establishment. *Bulletin for International Taxation*, v. 72, n. 4a Special Issue, 2018, p. 3. Disponível em: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/bit_2018_4a_int_2. Acesso em: 15 dez. 2018.

⁴⁸ BRAUNER, Y.; PISTONE, P. Some Comments on the Attribution of Profits to the Digital Permanent Establishment. *Bulletin for International Taxation*, v. 72, n. 4a Special Issue, 2018, p. 3. Disponível em: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/bit_2018_4a_int_2. Acesso em: 15 dez. 2018. Ver também: BRAU-

ferencial solução, qualitativamente, para encontrar as necessidades de um novo modelo de negócios da economia digital.

3.2.2. Uma visão pragmática e um nexos sem estabelecimento

O conceito de instalação fixa, que é necessária e exigida no país de fonte para que possa exercer a soberania tributária sobre as rendas ali geradas, advém do modelo de tratado assinado em 1899 entre Áustria-Hungria e Prússia⁴⁹. Cem anos depois, muita coisa mudou, mas a regra estabelecida nas convenções-modelo e em tratados bilaterais, inclusive pelos países não membros da OCDE, continua a mesma, desconexa em relação à realidade global.

A situação exposta permite reconhecer a importância de mudar o debate internacional: a regra atual de alocação da renda corporativa prevista no art. 7º da CM-OCDE, com detalhamento do conceito de EP estabelecido no art. 5º, deve abandonar pressupostos pautados em critérios de materialidade e presença física de residência da empresa.

Como explicado no tópico anterior, há bons argumentos para um nexos atrelado à atividade econômica desenvolvida no Estado de fonte em que, efetivamente, se gera a renda, em razão de um teste de presença econômica e de uma presença da tecnologia⁵⁰.

Em razão dessa mudança de paradigma, é razoável pensar que a alocação da renda tributável a determinado país pode dispensar o critério de estabelecimento permanente, pelas razões apresentadas. COCKFIELD esclarece que há pouco entendimento entre os que defendem a aplicação do princípio de EP como política internacio-

NER, Y.; MORENO, A. B. Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy – IBFD. *WU International Taxation Research Paper Series*, v. 14, 2015, p. 4, que sugere duas formas de tributação: (i) um mecanismo de retenção de impostos como a resposta primária e (ii) a opção de usar impostos retidos na fonte, secundariamente, como mecanismo de cobrança do tributo alocado pelo nexos de um EP digital, conforme a posição de P. HONGLER e P. PISTONE.

⁴⁹ SKAAR, Arvid Aage. *Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle*. Boston: Kluwer Law and Taxation, 1991, p. 65-101.

⁵⁰ BASU, Subhjit. Global Perspectives on E-Commerce Taxation Law. In: HOWELLS, Geraint (ed.). *Markets and the Law*. Series Editor: Geraint Howells, Farnham: Lancaster University, 2007, p. 29-54, 107-139 e 308-309.

nal tributária. Alguns apoiam a dispensa do EP por razões de equidade, o que privilegiaria a teoria do benefício, da fidelidade econômica ou da equidade entre nações; outros a defendem por razões de eficiência, privilegiando a promoção da neutralidade de importação e exportação de capitais, bem como a necessidade de baixos custos de *compliance* para os contribuintes e para as administrações tributárias. Entende o autor que todas essas justificativas, em verdade, sofrem de certa arbitrariedade parcial, explicada pela ausência de uma autoridade tributária mundial que unifique as diversas teorias⁵¹.

Assim, enquanto muitos esforços e energia se perdem com reflexões sobre novas premissas ou adaptação das normas já existentes, alguns autores têm se voltado para uma solução mais prática, que adapte a estrutura fiscal internacional já existente, como a alocação da renda no país de fonte pela retenção de imposto. A medida já seria conhecida pelos contribuintes e pelas administrações fiscais, demonstrando ser mais simples, certa e exequível, se comparada às outras propostas da Ação 1, a exemplo do formulário de repartição, da criação de valor pelo usuário e outros.

A retenção de fonte seria um mecanismo para a aplicação do princípio de fonte, sem qualquer necessidade de reavaliação do nexos do estabelecimento. Trata-se de medida já defendida por vários autores e pelos mais diferentes fundamentos: alguns baseados na teoria do benefício, outros, na eficiência e na equidade⁵².

Encabeçada por ANDRÉS BÁEZ e YARIV BRAUNER, a proposta isolada de retenção de fonte baseia-se (i) na aplicação exclusiva para renda de serviços, excluindo-se as operações com bens e produtos; (ii) em uma alíquota de 10% sobre a base bruta dos pagamentos de serviços, realizados a não residentes que sejam registrados, no país de fonte; (iii) numa incidência somente em operações B2B; (iv) na dispensa de alocação de lucros em razão de a base tributável ser bruta, dispensando-se metodologias complexas como lucro residual ou formulário de repartição; e (v) na incidência sobre rendas

⁵¹ COCKFIELD, Arthur J. Reforming the Permanent Establishment Principle Through a Quantitative Economic Presence Test. *Tax Notes International*, Special Reports, Feb. 16, 2004, p. 644.

⁵² DOERNBERG e HINNEKENS, BRAUNER e ANDRÉS BÁEZ, DALE PINTO.

digitais e não digitais. Os autores sugerem que, em casos mais específicos, é possível a retenção sobre uma base líquida, desde que o referido registro esteja num sistema centralizado, automático, economicamente viável e confiável em que pelo menos as principais economias do mundo e participantes do BEPS compartilhassem tais registros. Por fim, os autores propõem uma retenção de 15% sobre uma base bruta para casos de beneficiários não registrados ou aos estabelecidos em países em que a tributação de renda é baixa ou nula⁵³.

ANDRÉS BÁEZ e YARIV BRAUNER entendem que a retenção na fonte seria a medida primária como solução aos desafios da tributação da economia digital, mas é importante destacar que, secundariamente, os autores também apoiam a retenção como apoio à solução baseada emnexo da presença digital do EP⁵⁴.

Embora essa não seja a solução defendida por STJEPAN GADŽO, ele também aborda a sugestão de aplicação isolada de retenção de fonte, esclarecendo pontos críticos que merecem destaque⁵⁵:

- (i) por se tratar de retenção sobre uma base bruta, fere o princípio da habilidade de pagar inerente ao imposto de renda, que incide sobre uma base líquida;
- (ii) em razão do item anterior, fere também a equidade tributária, pois residentes pagariam sobre o lucro (base líquida) e não residentes, sobre uma base bruta;
- (iii) a ausência de limites qualitativos e quantitativos para delimitar a incidência da retenção pode prejudicar a dimensão de equidade tributária entre os contribuintes em razão de todos os não residentes estarem sujeitos a ela, independentemente de participarem de forma ativa na

⁵³ BRAUNER, Y.; MORENO, A. B. Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy – IBFD. *WU International Taxation Research Paper Series*, v. 14, 2015.

⁵⁴ BRAUNER, Y.; MORENO, A. B. Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy – IBFD. *WU International Taxation Research Paper Series*, v. 14, 2015, p. 4.

⁵⁵ GADŽO, Stjepan. *Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents' Business Income: Normative Evaluation in the Context of the Global Economy*. Amsterdam: IBFD, 2018, v. 41, p. 310-312 (Doctoral Series).

vida econômica do país de mercado. Estariam aqui inseridos casos de pequenas e médias empresas ou operações B2C;

- (iv) provoca um resultado não neutro em razão de a retenção incidir apenas sobre os pagamentos de base erodida, excluindo os pagamentos feitos para propósitos não corporativos, ferindo a eficiência tributária.

Sopesando todos os pontos favoráveis e críticos, a medida isolada de retenção na fonte parece pesar mais por ser já praticada e dotada de certa eficiência. É progressiva no sentido de abandonar o critério de alocação da renda pela existência de um EP que não mais tem identidade com as rendas geradas na economia digital, totalmente intangibilizada. Mas pode apresentar também algumas incertezas, não equidade e não neutralidade pela não tributação das rendas em geral, geradas pela venda de produtos, que também estão inseridas no contexto dessa nova economia.

Ao discorrer sobre vendas e serviços, já em 1988, VOGEL explicava que

é necessária uma certa integração das atividades do vendedor na economia do Estado de vendas. Se essa integração deve ser assumida sob o critério “comercializar dentro” ou se, mais estritamente, um estabelecimento permanente é necessário é de importância secundária. Mas, mesmo que a integração não tenha ocorrido, a tributação pelo Estado de vendas também deve ser considerada sob o aspecto da equidade entre nações⁵⁶.

Nesse sentido, a visão pragmática da retenção é apoiada por alguns autores, sem serem aplicadas aos casos de venda de produtos. Trata-se de relevante alternativa à solução global que se tem buscado, mas que acabará por deixar de fora uma parte importante da renda corporativa gerada na economia digital.

De todo modo, a regra atual de tributação dos lucros corporativos na residência da empresa ou em local fixo se tornou uma regra frágil no contexto da economia globalizada em que é cada vez maior o número de empresas com atividades fragmentadas que,

⁵⁶ VOGEL, Klaus. Worldwide vs Source Taxation of Income: A Review and Re-evaluation of Arguments (Part III). *Intertax*, v. 11, 1988, p. 401. Tradução livre.

em verdade, são corporações globais, cada vez mais. Muitas das vezes, nem mesmo o gerenciamento, a administração e a tomada de decisão pela empresa são feitos num local único, podendo ocorrer em múltiplas jurisdições ou por meio de videoconferência (jurisdições que não podem ser facilmente determinadas). Nesse sentido, a tributação com base na fonte oferece uma melhor mudança para as autoridades tributárias internacionais para cobrar uma tributação apropriada e não incorrer numa dupla tributação nas empresas. Além de algumas dificuldades em se determinar a residência, alguns países podem apoiar a exclusiva tributação na fonte por ser mais provável que a fonte forneça mercado consumidor do que o local onde as empresas residem⁵⁷.

Por fim, ressalta-se que a retenção de imposto como mecanismo de aplicação do princípio de fonte merece ser considerada por se mostrar uma medida em linha com os princípios gerais de eficiência e simplicidade, mas deve ser acrescida de limiares quantitativos mínimos e englobar toda a renda gerada na economia digital, e não somente a decorrente da prestação de serviços, em atendimento à neutralidade tributária. O capítulo a seguir abordará o assunto em detalhes.

⁵⁷ DOERNBERG, Richard L.; HINNEKENS, Luc; HELLERSTEIN, Walter; LI, Jinyan. *Electronic Commerce and Multijurisdictional Taxation*. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 347.

Capítulo 4

O Princípio de Fonte

O princípio de fonte aplicável ao contexto das rendas transfronteiriças da atividade digital tem se mostrado importante em razão de sua (i) eficiência, por conta de implementação mais prática, *compliance* e critérios já conhecidos; (ii) ênfase econômica, por priorizar a tributação no local da geração da renda e do lucro.

GERD ROTHMANN esclarece que o princípio da fonte, também denominado de “princípio de origem”, consiste na tributação dos rendimentos no Estado do qual se originaram e que esse elemento de conexão se baseia na origem econômica da renda¹.

O princípio de fonte está fundamentado em (i) respeitar a igualdade econômica e a equidade fiscal, em razão de se tributar a renda no país em que a atividade econômica foi realizada e o benefício foi obtido pelo mercado²; (ii) em certa medida, privilegiar a arrecadação por parte dos países em desenvolvimento, visto que são, em geral, importadores de capital; (iii) se tratar de uma previsão já inserida nos acordos para evitar a dupla tributação e, portanto, sua adoção dispensaria grandes mudanças estruturais ou a criação de novas leis; (iv) melhorar a produtividade do gasto público, do ponto de vista econômico; (v) priorizar a eficiência do sistema tributário em razão de controlar as rendas obtidas em seu território, enfatizando o crescimento da economia e de mais fontes de trabalho; e (vi) implementar a teoria do benefício baseada na alocação da tributação onde a atividade econômica foi realizada, como

¹ ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação internacional sem sujeito passivo: uma nova modalidade de imposto de renda sobre ganhos de capital? In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Grandes questões atuais de direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2006, v. 10, p. 111.

² Exceção às rendas oriundas de *know-how* e à assistência técnica, que seriam tributadas pelo país de residência em razão da relação direta com a formação e a origem do conhecimento gerado.

uma contraprestação pelo uso dos bens públicos e dos recursos naturais³.

ALESSANDRO TURINA menciona que o conceito de fonte é inerentemente polissêmico e, por conta disso, bastante relevante para a análise da tributação dos direitos tributários no contexto dos lucros digitais. Alerta, ainda, que, caso se considere uma abordagem de oferta-demanda, é essa interação que gera os lucros dos negócios e, portanto, é necessário considerar o mercado consumidor que demanda os produtos e que, de certa forma, direciona a oferta das empresas⁴.

Em decorrência das empresas altamente digitalizadas, a origem econômica da renda oriunda do mercado consumidor passa a ter um peso ainda maior. Com isso, o debate até então predominante, de fonte *versus* residência, baseado no modelo convencional de tributação internacional da OCDE e da ONU, passaria por uma reformulação para a adaptação à economia digital. Nesse sentido, a interligação entre fonte de rendimento e mercado consumidor parece fazer mais sentido ao se realinhar aos aspectos econômicos da fonte de oferta e da fonte de demanda, dando um peso maior ao mercado consumidor e à destinação. Trata-se de um realinhamento dos conceitos de fonte e destinação⁵.

³ MAZZ, Addy. Rasgos fundamentales de la doctrina latinoamericana sobre el derecho tributario internacional y los requerimientos actuales de éste. In: MAZZ, A.; PISTONE, Pasquale (coord.). *Reflexiones en torno a un modelo latinoamericano de convenio de doble imposición*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2010, p. 33 e nota de rodapé 5, p. 33 da mesma obra, citando VOGEL, Klaus. Derecho tributario internacional. In: AMATUCCI, Andrea. *Tratado de derecho tributario*. Tomo 1, p. 705 e s.

⁴ TURINA, Alessandro. Which “Source Taxation” for the Digital Economy? *Inter-tax*, v. 46, n. 6/7, 2018, p. 499.

⁵ “In light of such a shift, while this is might not always be the case under existing rules, for what concerns the debate surrounding the digital economy, the approximation between the notion of source as traditionally understood and that of destination would seem to be progressing slowly, but perhaps inexorably. In other words, the application of source-based taxation as commonly implemented in its conventional perception, i.e. through a form of withholding tax levied ‘in the source State’ would indeed attribute tax jurisdiction over the concerned income to the country where the goods or services are supplied. This would, in fact, fulfil the supply-demand criterion in the allocation of business profits.” Cf. TURINA, Alessandro. Which “Source Taxation” for the Digital Economy? *Inter-tax*, v. 46, n. 6/7, 2018, p. 500.

Dois pontos que são prioritariamente debatidos no Projeto BEPS como um todo, não somente na Ação 1, referem-se à ligação entre renda e criação de valor⁶ e entre renda e atividade substancial⁷. Esses *links* acabam por refletir diretamente nas premissas da alocação dos direitos tributários com base no critério de fonte.

A criação de valor baseia-se no fato de que o valor da empresa – e, como consequência, sua geração de renda e lucros – pode decorrer de fatores externos, advindos da jurisdição onde se localiza o usuário ou o cliente, mesmo que a empresa não tenha presença física e, por isso, seja possível e necessário alocar os direitos tributários desse rendimento a esse país de destino⁸.

Ademais, é interessante verificar que há diferentes entendimentos sobre o conceito de fonte, a depender da lei doméstica do país. Há países que entendem o conceito de fonte como local da produção da renda econômica, enquanto outros o entendem como o local do pagamento efetivo da atividade contratada⁹.

Para oferecer uma abordagem mais detalhada dessas qualificações, os tópicos a seguir discorrem sobre três teorias originárias

⁶ DE WILDE, Maarten Floris. Tax Jurisdiction in a Digitalizing Economy: Why “Online Profits” are so Hard to Pin Down. 1st. Dec. 2015. *Internacional Tax Review Intertax*, v. 43, n. 12, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2702222>. Acesso em: 20 mar. 2019.

⁷ TURINA, Alessandro. Which “Source Taxation” for the Digital Economy? *Intertax*, v. 46, n. 6/7, 2018, p. 499.

⁸ PISTONE, Pasquale; NOGUEIRA, João Félix Pinto; ANDRADE, Betty. *Comments Submitted by The International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD): Task Force on the Digital Economy*. Mar. 2019, p. 7. Disponível em: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/itaxs_2019_01_e2_1. Acesso em: 3 jan. 2019.

⁹ MARTA CASTELON, ao analisar algumas legislações domésticas quanto ao local onde elas afirmam estar a fonte, menciona que os Estados Unidos consideram que a fonte está dentro do território americano quando os serviços são desenvolvidos dentro do território americano; a Alemanha considera que a renda gerada pela prestação de serviço corporativo é de fonte alemã quando houver um EP ou um agente dependente no território alemão; o Brasil considera a fonte brasileira quando o pagamento pelo serviço adquirido foi realizado a partir do território brasileiro, independentemente do local onde o serviço foi fornecido ou onde o resultado ou a utilidade foi encontrada; o Pacto Andino definiu fonte como a atividade, o direito ou os produtos que geram renda ou que podem gerar renda. CASTELON, Marta. *International Taxation of Income from Services under Double Taxation Conventions: Development, Practice and Policy*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2018, p. 399.

do conceito de fonte, complementares entre si, mas ainda contemporâneas, visto que, de uma forma ou de outra, estão atreladas aos eventuais novos nexos apresentados no tópico 2.1.

4.1. Debates históricos sobre fonte

4.1.1. A teoria da pertença econômica

VASCONCELLOS menciona que GEORG VON SCHANS, quando formulou o conceito da teoria da pertença econômica, em 1892, já defendia que a simples presença física, seja pela nacionalidade, seja pela residência, não era critério suficiente para a alocação fiscal da renda, mas era necessário haver uma efetiva realização da atividade econômica geradora de riqueza¹⁰.

Explica também que SCHANS, fundamentando-se na teoria da pertença econômica, defendia uma tributação em razão de uma atividade econômica desenvolvida no país estrangeiro, ou pela renda originada nesse país, em desfavor de regras de residência, muitas vezes desconexas em relação à origem da riqueza¹¹. A teoria da pertença econômica tem bastante semelhança com (e complementa) a teoria do país de origem dos rendimentos, que é também denominada de “critério de fonte”.

A despeito de a OCDE utilizar em seu modelo de convenção a teoria da pertença econômica, com certas limitações em nome da teoria da realização (a que se afirma ser necessário produzir lucro para se ter direito à tributação)¹², percebe-se que a regra internacional sobre a alocação dos direitos tributários, para ser aplicada à economia digital, não é exequível, de imediato, em razão da exigência de uma presença física da empresa no país de produção do rendimento.

¹⁰ VASCONCELLOS, Roberto França de; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Tributação do comércio eletrônico internacional*. 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 54.

¹¹ VASCONCELLOS, Roberto França de; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Tributação do comércio eletrônico internacional*. 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, p. 54.

¹² XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.

Nesse sentido, a exigência da presença física da empresa (ou por meio de EP, subsidiária, agente dependente ou filial) para o reconhecimento da alocação da tributação no país de fonte acaba por se afastar da atual realidade digital, que permite uma participação ativa da empresa na economia de um país, dispensando qualquer presença física¹³.

A teoria da pertença econômica, atrelada a novos nexos que dispensam a presença física da empresa para a alocação da tributação em favor da fonte, mantém-se em linha com a realidade atual da tributação internacional.

4.1.2. A teoria do benefício

A teoria do benefício é outra teoria relacionada à tributação dos rendimentos pela fonte sob o argumento de que aquele que gerou riqueza e se beneficiou da infraestrutura do país da fonte, como compensação, deve pagar o tributo em favor desse Estado.

O autor DALE PINTO esclarece que o direito de uma jurisdição sobre a tributação da renda se refere à totalidade dos benefícios e dos serviços que o Estado fornece aos contribuintes que interagem com um país. E, citando as observações de MCLURE, descreve que o país onde a renda se origina é compensado pelos custos de fornecer serviços públicos¹⁴.

DALE PINTO cita vários outros autores que compartilham do mesmo entendimento: uma tributação baseada na fonte apoiada na teoria do benefício, com algumas variações de pouca relevância. Por exemplo, MCLURE (em debates do ano 2000) “ainda” atrela a teoria do benefício à necessidade de um nexo de presença física do

¹³ OECD. *Base Erosion and Profit Shifting Project Public Consultation Document: Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy* – 13 February – 6 March 2019. 2019, p. 13, par. 39. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.

¹⁴ MCLURE JR., Charles E. *Source-Based Taxation and Alternatives to the Concept of Permanent Establishment*. In: CANADIAN TAX FOUNDATION (ed.). *2000 World Tax Conference Report*. 2000, 6:4. citado em PINTO, Dale. *Ecommerce and Source-Based Income Taxation*. Amsterdam: IBFD Doctoral, 2003, v. 6, Capítulo 2.2.1 (Doctoral Series).

estabelecimento permanente; já SKAAR defende a tributação de fonte baseada na pertença econômica, entendendo que a presença física de um estabelecimento permanente seria uma parte de sua evidência, e não a razão para a tributação no Estado de fonte, pois o contribuinte pode se utilizar da infraestrutura e de serviços do Estado até mesmo sem uma presença física¹⁵. Destacada, há certo tempo, por renomados autores¹⁶, é uma teoria importante por unir, simultaneamente, o conceito legal e o econômico.

Os custos do país de fonte podem ser considerados como representando o preço de prover uma sociedade civilizada, justificando, assim, a imposição de impostos como compensação aos governos que sustentam tais custos. Da mesma maneira, os custos do comércio eletrônico justificam a tributação na medida em que o país de fonte precisaria providenciar o descarte de resíduos para materiais de embalagem, leis de proteção ao consumidor e uma infraestrutura na qual os veículos de entrega poderiam viajar (no caso de produtos de comércio eletrônico entregues fisicamente). No caso de jogos, *videogames* e músicas, é preciso ter uma estrutura capacitada de telecomunicações¹⁷.

Nesse contexto, o Estado teria o direito de tributar a renda gerada em razão de contribuir, ainda que indiretamente, para o aumento da produtividade da empresa pelo acesso à internet, pela

¹⁵ McLure, Tomas S. Adams. Arthur Harding, Arvid A. Skaar cf. PINTO, Dale. *Ecommerce and Source-Based Income Taxation*. Amsterdam: IBFD Doctoral, 2003, v. 6 (Doctoral Series).

¹⁶ Ver: VOGEL, Klaus. Worldwide vs Source Taxation of Income: A Review and Re-evaluation of Arguments (Part III). *Intertax*, v. 11, p. 393-402, 1988; MCLURE JR, Charles E. Source-Based Taxation and Alternatives to the Concept of Permanent Establishment. In: CANADIAN TAX FOUNDATION (ed.). *2000 World Tax Conference Report*. 2000; ADAMS, Thomas S. The Taxation of Business. In: NATIONAL TAX ASSOCIATION. *Proceedings of the Eleventh Annual Conference on Taxation*. 1917, p. 186, citado em GRAETZ, Michael J; O'HEAR, Michael M. The "Original Intent" of U.S. International Taxation. *Duke Law Journal*, v. 46, 1997. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol46/iss5/2>. Acesso em: 15 mar. 2019; Georg von Schanz, citado em VOGEL, Klaus. Worldwide vs Source Taxation of Income: A Review and Re-evaluation of Arguments (Part I, p. 218, p. 219 e Part III, p. 395).

¹⁷ PINTO, Dale. *Ecommerce and Source-Based Income Taxation*. Amsterdam: IBFD Doctoral, 2003, v. 6 (Doctoral Series).

infraestrutura para o transporte de bens e serviços, pela estabilidade do arcabouço legal etc.¹⁸.

ARTHUR HARDING esclarece que a tributação da renda advém da ordem econômica da sociedade e que auferir o benefício econômico (renda) estaria diretamente ligado a contribuir para o mecanismo do benefício econômico. Trata-se de uma visão coletiva, integrada, em que o beneficiário do rendimento tem uma conexão direta com o local da organização econômica estatal, daí por que se deve tributar a renda na fonte¹⁹.

A tributação baseada na retenção em razão da produção da renda e como uma forma de compensação ao Estado, pelos custos decorrentes do uso da sua infraestrutura pública, poderia ser aplicada às rendas da economia digital pois, da mesma maneira como ocorre na economia tradicional, há uma conexão entre a riqueza gerada e os custos públicos incorridos no Estado do mercado de consumo. Há mais sentido jurídico e econômico no deslocamento da tributação da residência para a fonte e o destino em razão da primazia do mercado, que cria valor, em detrimento da residência da empresa.

No sentido adverso, MARTA CASTELON apresentou duas desvantagens em relação a essa teoria: a primeira, de ordem prática, se refere à dificuldade na aferição do correto nível do benefício estatal utilizado por cada contribuinte, para se calcular adequadamente o tributo; a segunda, de ordem legal, aponta para a ideia de que essa teoria seria injusta por ser regressiva, em razão do mais maciço uso dos serviços públicos por pessoas socialmente em desvantagem, mas que pagariam menos tributos²⁰.

¹⁸ PISTONE, Pasquale; NOGUEIRA, João Félix Pinto; ANDRADE, Betty. *Comments Submitted by The International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD): Task Force on the Digital Economy*. Mar. 2019, p. 12. Disponível em: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/itaxs_2019_01_e2_1. Acesso em: 3 jan. 2019.

¹⁹ HARDING, Arthur Leon. *Double Taxation of Property and Income: A Study in the Judicial Delimitation of the Conflicting Claims of Taxing Jurisdiction Advanced by the American States*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1933.

²⁰ CASTELON, Marta. *International Taxation of Income from Services under Double Taxation Conventions: Development, Practice and Policy*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2018, p. 386.

4.1.3. A teoria da origem econômica da renda: fonte de produção × fonte de pagamento

A terceira teoria refere-se à teoria da fonte que é baseada na origem econômica da renda²¹. Trata-se de um princípio de caráter geral, subdividido em duas espécies pela doutrina: (i) como fonte de produção; e (ii) como fonte de pagamento.

A fonte de produção refere-se a um conceito econômico e objetivo, existindo um nexo causal entre a renda e o fato que a determina; já a fonte de pagamento refere-se ao local do pagamento realizado, que não necessariamente será o mesmo país da produção da renda. Para os países cujas legislações domésticas adotam o local de pagamento, não se tem uma ideia direta de causalidade com a renda produzida, mas uma conotação do local do seu pagamento, financeira ou subjetiva²².

Frente ao cenário da economia digital, essa alocação da tributação pautada isoladamente pelo local do pagamento pode não refletir a realidade da geração da riqueza se o pagamento, por exemplo, advier de um terceiro país, por mera facilidade da localização da conta bancária ou do intermediador pagador, mas sem qualquer relação desse terceiro país com a demanda do serviço ou do bem adquirido, com a operação com um todo. Nesse caso, não faria sentido algum que o país pagador exercesse o direito de tributar a renda.

Na legislação brasileira, os rendimentos auferidos por não residentes têm a sua fonte no Brasil se *cumulativamente* (i) forem economicamente produzidos no território brasileiro; e (ii) as suas fontes pagadoras (os devedores desses rendimentos) tiverem domicílio

²¹ ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação internacional sem sujeito passivo: uma nova modalidade de imposto de renda sobre ganhos de capital? In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Grandes questões atuais de direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2006, v. 10, p. 111.

²² XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 231-233.

ou residência no Brasil. Essa corrente é compartilhada por estudiosos como ROTHMAN²³ e ALBERTO XAVIER²⁴.

Em sentido oposto, HELENO TÔRRES²⁵ defende que o critério da presença da fonte efetiva de produção do rendimento é o que prevalece, em detrimento do local do pagamento. O autor explica que, porque o fundamento da tributação sobre não residentes toma em consideração a presença territorial da fonte do rendimento, como critério de conexão, a determinação do alcance do conceito de “fonte” mostra-se como algo muito importante e deve ser previamente estabelecida para a definição dos rendimentos tributáveis de não residentes, particularmente no que concerne à aplicação do tratamento isolado, mediante retenção definitiva. E esclarece que, por causa da redação dos arts. 682 e 685 do RIR/1999 (Decreto n. 3.000/1999), atualmente revogados, mas com a mesma redação nos arts. 741²⁶ e 744²⁷ do Decreto n. 9.580/2018, que os substituiu, a doutrina passou a questionar qual seria a regra geral para se determinar o critério da fonte: da presença da fonte de produção, da presença da fonte pagadora no território nacional ou da presença cumulativa de fonte de produção e fonte de pagamento. HELENO TÔRRES já explica que não é correto confundir a materialidade (a renda obtida) com o critério temporal (momento do pagamento, do crédito, da entrega, do emprego ou da remessa) nem com o espacial (local da fonte efetiva de produção do rendimento no território da União), os quais, a despeito de serem imprescindíveis para o fato impositivo, devem ser diferenciados. No caso dos rendimentos transfronteiriços, entende o autor que o critério da presença da

²³ ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação internacional sem sujeito passivo: uma nova modalidade de imposto de renda sobre ganhos de capital? In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Grandes questões atuais de direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2006, v. 10, p. 113.

²⁴ XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 232.

²⁵ TÔRRES, Heleno. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 339.

²⁶ Regulamento do Imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza (Decreto n. 9.580/2018).

²⁷ Art. 744 do Regulamento de Imposto de renda e proventos de qualquer natureza (Decreto n. 9.580/2018).

fonte efetiva de produção do rendimento deve prevalecer²⁸. Por oportuno, salienta-se que essa posição está alinhada ao contexto da intangibilidade da economia digital.

O mesmo autor, para ilustrar as suas afirmações, cita um exemplo retratado por um empréstimo, com credor no exterior e devedor no Brasil, em que o devedor decide pagar os juros a partir de uma conta nos Estados Unidos. Aqui, entende o autor que haverá a retenção do imposto sobre a renda em favor do Brasil, pois a “entrega” dos rendimentos (juros) ocorreu partindo desse país, ainda que a “remessa” tenha sido feita diretamente de outro país. Não seria adequado confundir a fonte de produção do rendimento (Brasil) com o local de pagamento. Entretanto, HELENO TÔRRES não nega a possibilidade de prevalecer a fonte de pagamento, em situações específicas, desde que expressamente previstas na lei²⁹.

O detalhamento dessas três fundamentações permite aferir que a fonte de produção da renda acaba por estar presente sempre; se não cumulativamente com a fonte de pagamento, estará individualmente presente (prevalecendo) para o nexos da alocação da tributação. Note-se que isso já não ocorre com a fonte de pagamento, que, para estar sujeita a retenção de fonte, num contexto isolado, precisará de expressa disposição de lei.

Essas reflexões pautadas nas teorias “tradicionais” permitem fazer um juízo de valor importante para que se conclua se são ou não adequadas a justificar a tributação da renda na economia digital. O princípio de fonte é factível para justificar a tributação da renda internacional, sobretudo pela importância do mercado consumidor no comércio eletrônico, pela dispensa de presença física para a participação econômica no mercado de modo a justificar a presença econômica significativa e pela contrapartida ao uso da infraestrutura local do Estado da fonte.

²⁸ TÔRRES, Heleno. *Pluriritributação internacional sobre as rendas de empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 338-339.

²⁹ Como nos casos de pagamento pela prestação de serviços operados no exterior, em que tal previsão derogaria a prevalência da fonte de produção da renda cf. TÔRRES, Heleno. *Pluriritributação internacional sobre as rendas de empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 338-339.

Dessa maneira, partindo-se da premissa de sua implementação como solução, adiante são analisados os aspectos voltados para a realidade fiscal dos países, como medidas de *compliance* e de eficiência.

4.2. Debates atuais sobre a retenção como meio de aplicação do princípio de fonte

4.2.1. A retenção como medida de eficiência para o *compliance* fiscal e a arrecadação

O estreitamento das relações entre países, seja financeira, seja comercial, seja cultural, inicialmente provocado pela globalização, já dava sinais de que o mundo ficaria mais complexo. Apesar das crescentes trocas, elevou-se a burocracia e a falta de coesão e cooperação entre os países, especificamente em termos de estrutura tributária. A despeito da emergente globalização, o que se viu foi uma competição desmedida e desleal, cenário esse que deixou clara a falta de cooperação entre nações e o desequilíbrio da distribuição da tributação sobre a renda internacional.

Com a crescente economia global, muitas formações de blocos econômicos surgiram, a exemplo do Mercosul e da União Europeia. O avanço tecnológico trouxe grandes mudanças para a economia, provocando a digitalização das empresas, sem retrocesso.

Apesar da ascensão relatada, os países não lograram êxito em estabelecer uma estrutura fiscal internacional harmoniosa e cooperativa que se apresentasse de forma coordenada para facilitar não só a vida dos entes arrecadadores, mas também a dos contribuintes.

FERNANDO REZENDE, a despeito de esclarecer o tema globalização e tributação sob a ótica interna de uma federação, tece explicações que podem ser aplicáveis no contexto internacional. O autor relatou que a globalização financeira, a ampliação crescente das trocas internacionais e a formação de blocos econômicos regionais apontam para novos desafios à consolidação de regimes federativos. Menciona que, no ponto focal do debate, está o problema da autonomia fiscal. A imposição de controles e limites ao gasto, ao endividamento e à competência dos governos subnacionais para instituir e regular tributos enfatiza a necessidade de reforçar os laços que podem aumentar a cooperação na federação. Ele aponta

para o risco de desintegração nacional propiciado por novas oportunidades de relacionamento econômico com regiões de países vizinhos, na ausência de reformas que reforcem o caminho do federalismo cooperativo e promovam a coesão nacional³⁰.

Além de normas integradas e coordenadas, ADAM SMITH esclarece que um sistema tributário eficiente é baseado em três pilares: certeza, não arbitrariedade e transparência para dar clareza e conhecimento a todos os contribuintes e/ou qualquer pessoa³¹.

Nessa estrutura, os contribuintes pagariam seus tributos, por uma questão de conveniência, e o fisco arrecadaria seus tributos de forma mais eficiente, com custos administrativos mínimos em relação à receita arrecadada. Trata-se do princípio da administrabilidade, que tem duas abordagens: a dos custos da administração e a dos custos de *compliance* do contribuinte³².

Como relatado no início deste Capítulo 4, o princípio de fonte é bastante polissêmico e, por ser um critério dotado de mínima certeza, transparência e precisão, características que asseguram mais eficiência na aplicação e na interpretação, pode indicar uma implementação mais rápida, clara e menos burocrática aos fiscos e aos contribuintes.

4.2.2. A retenção e os princípios da neutralidade, da eficiência e da equidade

O embate entre a tributação da renda mundial e a tributação conforme o princípio da fonte é de longa data. Em 1994, ao tratar de direito tributário internacional, KLAUS VOGEL mencionou que os latino-americanos são vigorosamente a favor de um reconhecimento universal do princípio da fonte, mencionando também organizações internacionais, como a Câmara de Comércio Internacional e a

³⁰ REZENDE, Fernando. Globalização, federalismo e tributação. *Revista Planejamento e Políticas Públicas – IPEA*, n. 20, dez. 1999.

³¹ SMITH, Adam. An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, p. 676-678, citado por GADŽO, Stjepan. *Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents' Business Income: Normative Evaluation in the Context of the Global Economy*. Amsterdam: IBFD, 2018, v. 41, p. 221-223 (Doctoral Series).

³² GADŽO, Stjepan. *Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents' Business Income: Normative Evaluation in the Context of the Global Economy*. Amsterdam: IBFD, 2018, v. 41, p. 222 (Doctoral Series).

Associação Fiscal Internacional (*International Fiscal Association – IFA*), que se manifestaram expressamente a favor desse reconhecimento, citando ainda como fundamento a eficiência econômica e a equidade³³.

VOGEL esclarece que a neutralidade internacional se obtém fundamentalmente das rendas geradas do investimento estrangeiro submetido a uma imposição fiscal no país investido, ou seja, na fonte. Portanto, por esse racional baseado na neutralidade e na eficiência econômica, a tributação baseada nas rendas globais se coloca em desfavor em relação à tributação de fonte. Em termos de equidade, as reflexões realizadas pelo mesmo autor o levaram a idênticas considerações finais, de que a retenção de fonte é a mais favorável, mas por fundamentos outros: rendas obtidas em país não residente devem ser tributadas nesse país de origem da renda, em razão de uma participação dos Estados de modo justo – de uma justiça interestatal – para uma receita fiscal decorrente do uso de seus recursos naturais e prestações públicas, não usados no país da residência³⁴.

Em seus debates, VOGEL sempre explorou a possibilidade de uma tributação baseada exclusivamente na fonte, em razão da contribuição econômica do local onde a renda foi produzida, devendo ser compensado por isso, em detrimento da tributação no local onde reside o produtor³⁵. O autor esclarece que, em todos os casos em que uma tributação pelo Estado da fonte foi por ele recomendada, uma divisão da base tributária pode ser defendida como uma alternativa por motivos de equidade, em particular se o nível de

³³ VOGEL, Klaus. Il diritto tributario internazionale. In: AMATUCCI, Andrea. *Trattato di diritto tributario. Il diritto tributario e le sue fonti*. Colaboração de Eusebio González García e Walter Schick. Padova: CEDAM, 1994, v. 1, tomo 2, p. 702 (O autor esclarece que a eficiência é um conceito econômico no qual toda a produtividade está no seu máximo quando os fatores que contribuem para a obtenção da renda se desenvolvem por meio dos mecanismos de mercado).

³⁴ VOGEL, Klaus. Il diritto tributario internazionale. In: AMATUCCI, Andrea. *Trattato di diritto tributario. Il diritto tributario e le sue fonti*. Colaboração de Eusebio González García e Walter Schick. Padova: CEDAM, 1994, v. 1, tomo 2, p. 703.

³⁵ DOERNBERG, Richard L.; HINNEKENS, Luc; HELLERSTEIN, Walter; LI, Jinyan. *Electronic Commerce and Multijurisdictional Taxation*. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 346.

tributação indireta no Estado de residência for baixo. Tal divisão poderia atribuir ao Estado de residência uma tributação de um quarto da base tributária e, já para o Estado da fonte, três quartos, ambos determinando a base tributária de acordo com suas regras individuais³⁶.

BRAUNER e ANDRÉS BÁEZ reconhecem a complexidade da tributação da economia digital em nível global e, por isso, apoiam e sugerem a retenção de imposto sobre a renda de serviços diversos, e não somente em relação a serviços digitais. Assim, para evitar a distorção entre essa retenção aplicável à renda dos fornecedores não residentes e a carga tributária entre os fornecedores nacionais, os autores sugerem uma alíquota mínima sobre uma base de cálculo bruta, ou ainda líquida, justificando que outras alternativas exigem uma alta complexidade procedimental e de aferição, a exemplo do critério baseado na criação de valor³⁷.

HELENO TÓRRES afirma que a definição do critério de fundamentação para a tributação dos sujeitos estrangeiros pela retenção de fonte não pode ser buscada na ética ou em fatores políticos ou econômicos, mas exclusivamente na manifestação de soberania do Estado, expressa pela lei. E que, por isso, os Estados exercitam, sobre os estrangeiros que se encontram no seu território, o mesmo poder de tributar que compete aos seus nacionais, podendo criar fatores de discriminação entre “residentes” e “não residentes”, porque esse é um critério de conexão que independe da nacionalidade e se baseia em questões de mera técnica fiscal³⁸. É importante que um sistema tributário tenha um olhar para a neutralidade e a eficiência.

Para cumprir a neutralidade, a eficiência e a equidade, há que se colocar todas as variáveis nos mesmos patamares de comparação. Por esse motivo, acredita-se que a criação de regras tributárias

³⁶ VOGEL, Klaus. Worldwide vs Source Taxation of Income: A Review and Re-evaluation of Arguments (Part III). *Intertax*, v. 11, 1988, p. 402.

³⁷ BRAUNER, Y.; MORENO, A. B. Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy – IBFD. *WU International Taxation Research Paper Series*, v. 14, 2015, p. 6-7, 13-16.

³⁸ TÓRRES, Heleno. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 132.

diferentes para a renda digital, separadas das regras para a tributação da renda em geral, não funciona. Até porque o que se verifica atualmente é o processo produtivo da renda em geral contendo alta digitalização, ou seja, não há um isolamento desse tipo de economia.

Os negócios *são e estão* altamente digitalizados e se integrando uns aos outros. Fragmentar o que seria mais ou menos “altamente digitalizado”, para fins de uma política fiscal, pode trazer problemas de neutralidade e desigualdade, ou, ainda, implicar uma impossibilidade de ordem prática, de exigência do cumprimento da norma, como ficou consignado em relatório da OCDE³⁹.

VIKRAM CHAND e PITAMBAR DAS esclarecem que os negócios altamente digitalizados podem operar no Estado de mercado de forma *online* ou digital, auferindo receita na jurisdição de seu mercado sem qualquer presença física, em razão da forte dependência do uso dos *softwares* relacionados a intangíveis⁴⁰.

Os autores destacam que há quatro tipos de negócios: (i) negócios que fornecem um mercado *online* (*marketplace*) para a venda de bens e serviços, como eBay, Booking.com, Uber e Airbnb; (ii) negócios que fornecem serviços *online* como publicidade (Facebook), jogos (PartyPoker) ou pagamentos *online* (PayPal); (iii) negócios vendendo produtos digitalizados por meio de uma plataforma *online* (Netflix ou Spotify); e (iv) negócios que fornecem soluções *online* em computação em nuvem, como os fornecidos por Microsoft Azure ou Salesforce.com.

³⁹ Ver subcapítulo 5.1 em OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 – 2015: Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD, 2015. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm>. Acesso em: 17 nov. 2018, p. 11. “Because the digital economy is increasingly becoming the economy itself, it would be difficult, if not impossible, to ring-fence the digital economy from the rest of the economy for tax purposes.”

⁴⁰ CHAND, Vikram; DAS, Pitambar. From a FAR to a FARM Analysis with Respect to Profit Attribution to the Indian Significant Economic Presence (SEP) Test. *Kluwer International Tax Blog*. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2018/07/09/far-farm-analysis-respect-profit-attribution-indian-significant-economic-presence-sep-test/?print=print>. Acesso em: 23 mar. 2019.

O grande problema é que, se por um lado esses negócios estão claramente nomeados no debate teórico, por outro, no dia a dia da empresa, a depender do volume e da dimensão de negócios que a empresa possui, segregar a receita oriunda desses modelos da gerada pela economia tradicional (*brick-and-mortar business*) é quase impossível. A separação das duas economias, denominada de *ring-fencing*, não se refere a uma mera reclassificação das receitas tributadas e apresentadas nos livros de *compliance* fiscal, mas tipicamente a uma auditoria da natureza de operações que hoje são completamente integradas. Quais negócios do século XXI, sobretudo os de natureza transnacional, não possuem a tecnologia integrada?

Nesse sentido, é interessante trazer a teoria à prática, para melhor contextualização. Uma situação simplista envolveria um varejo de livros ter uma estrutura interna (física, contábil, fiscal e de sistemas) segregada para o reconhecimento também segregado das vendas de livros físicos e digitais (*e-books*) pela internet e das vendas pela sua loja física. Ainda assim, a receita da empresa teria uma única natureza: a atividade empresarial. Em contrapartida, um caso diametralmente oposto poderia ser o de uma grande fabricante internacional de aeronaves que, se utilizando de uma impressora de tecnologia tridimensional, manufatura algumas partes e peças que vão compor a aeronave final, para a realização de uma venda internacional. Nota-se que, a despeito das partes específicas obtidas em impressora tridimensional, todo o restante do produto é fabricado tradicionalmente. Ocorre que o que a empresa global venderá é o produto final que é o avião, e não o conjunto de partes e peças individuais⁴¹. Aos que defendem a possibilidade de tratamento diferenciado na tributação da economia digital e na da economia tradicional, como separar as receitas nesse exemplo (se é que são separáveis, considerando a essência do produto)?

⁴¹ BOEING. *3D printing done right: Applying additive manufacturing in integrated mechanical designs*. Disponível em: <https://www.boeing.com/features/innovation-quarterly/nov2017/feature-thought-leadership-3d-printing.page>. Acesso em: 28 mar. 2019. Ver também GENERAL ELECTRIC. *New Manufacturing Milestone: 30,000 Additive Fuel Nozzles*. 4th. Oct. 2018. Disponível em: <https://www.ge.com/additive/blog/new-manufacturing-milestone-30000-additive-fuel-nozzles>. Acesso em: 28 mar. 2019.

Diante desse exemplo, fica clara a impossibilidade prática de tratar a tributação digital de forma isolada, além de grande probabilidade de desrespeito aos princípios da neutralidade, da equidade e da eficiência. E, justamente por esses fundamentos, a aplicação da retenção poderia ser uma precisa solução de tributação internacional, aplicada de forma coordenada, sem limitação a determinados tipos de negócio.

4.3. Países em desenvolvimento: a importância da retenção para garantir a tributação

De forma geral, os países em desenvolvimento adotam o princípio de fonte como critério de jurisdição da soberania fiscal. Nos ensinamentos de ALBERTO XAVIER,

a discussão em torno de qual o princípio que deveria prevalecer na formulação das leis fiscais partiu, via de regra, da premissa segundo a qual o país da fonte é o país menos desenvolvido, importador de capitais, enquanto o país da residência é o país industrializado, exportador de capitais⁴².

Entretanto, XAVIER reconhece que, mesmo não havendo dúvidas sobre o direito de o país de fonte tributar a renda nele produzida, por razões evidentes da conexão entre país e fonte da renda, na prática não é isso que ocorre, visto que países de residência lançam mão da sua soberania, com base no art. 7º da CM-OCDE⁴³.

Os países em desenvolvimento são, eminentemente, importadores de capital e dependentes da tecnologia de fornecedores estrangeiros. Justamente por esse motivo, possuem um sistema de tributação baseada no princípio de fonte.

⁴² XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 189-190.

⁴³ De acordo com ALBERTO XAVIER, durante muito tempo prevaleceu o primado do país da residência. Foi a necessidade de ajuda ao mundo subdesenvolvido e de livre circulação de capitais que conduziu os países anglo-saxônicos – onde o princípio da residência é regra fundamental – a reconhecerem ao país de origem não um direito exclusivo, mas um *prior right*, sob o fundamento da Comissão Real de Tributação da Grã-Bretanha de 1955, 187, e a Resolução de Nápoles (1957) da Câmara de Comércio Internacional. XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, nota de rodapé 8 da p. 190.

Muitos desses países estão na América Latina, tais como Argentina, Chile, Colômbia, Costa Rica, Peru, Uruguai e Venezuela, adotando estrutura de retenção muito semelhante às normas do Brasil. Há também outros países em desenvolvimento, como Cazaquistão e África do Sul, que, no mesmo sentido, são defensores da retenção⁴⁴.

Como já relatado no tópico anterior, VOGEL menciona que os latino-americanos são vigorosamente a favor de um reconhecimento universal do princípio da fonte, sendo de certa forma um regramento que respeita a eficiência econômica e a equidade, visto que toda a produtividade de economia de um país está no seu máximo quando os fatores que contribuem para a obtenção da renda se desenvolvem por meio dos mecanismos de mercado⁴⁵.

Como país em desenvolvimento, a China é uma exceção à regra, pois altera a forma de negociar seus tratados contra a bitributação, a depender do país adverso signatário, exercendo seus interesses ora como economia desenvolvida, ora como em desenvolvimento.

Assim, num eficiente avanço internacional em defesa dos interesses dos países em desenvolvimento, deixando para trás a morosidade do Projeto BEPS, em 2017 a ONU introduziu o art. 12A ao seu tratado-modelo, ampliando o escopo de retenção na fonte para serviços de natureza gerencial, técnica ou consultiva – art. 12A(3) –, acreditando-se que essa aplicação já capturaria as rendas da economia digital⁴⁶.

BOB MICHEL descreve que o escopo do art. 12A é amplo, mas entende que, ainda que as discussões tenham sido realizadas antes

⁴⁴ GADŽO, Stjepan. *Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents' Business Income: Normative Evaluation in the Context of the Global Economy*. Amsterdam: IBFD, 2018, v. 41, p. 125 (Doctoral Series).

⁴⁵ VOGEL, Klaus. Il diritto tributario internazionale. In: AMATUCCI, Andrea. *Trattato di diritto tributario. Il diritto tributario e le sue fonti*. Colaboração de Eusebio González García e Walter Schick. Padova: CEDAM, 1994, v. 1, tomo 2, p. 702.

⁴⁶ UNITED NATIONS. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries 2017 Update*. 2017, p. 23. Disponível em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf. Acesso em: 1 maio 2019.

do início da tempestade da política econômica digital, referido artigo desempenhará um papel no desfecho desse debate. Nesse sentido, as rendas digitais poderiam estar inseridas desde já no art. 12A, por exemplo, em casos de serviços de publicidade *online* baseados num componente de consultoria, como a criação de uma campanha de *marketing* digital para um cliente, e num componente técnico, como a realização técnica da publicação de anúncios digitais. Assim, o novo artigo já capturaria as principais atividades de negócios de algumas das maiores empresas digitais do mundo⁴⁷.

Após essa relevante mudança, em maio de 2018 o Brasil assinou tratados contra a bitributação com Suíça e Singapura, já contemplando a redação do novo art. 12A da ONU. A despeito de o Brasil já ter uma legislação doméstica que prioriza fortemente a retenção na fonte das rendas pagas ou remetidas ao exterior, do ponto de vista de política fiscal internacional os dois tratados trazem mais segurança jurídica, em decorrência da negociação com outros países que já incorporem essa regra como uma nova realidade⁴⁸.

Em 1972, PEGGY MUSGRAVE já afirmava que a globalização, embora tenha alavancado o fluxo de capitais e do investimento estrangeiro, aumentava os problemas da tributação internacional, que deveriam ser solucionados por meio de uma coordenação de seus tratados internacionais entre os países, voltando-se para uma distribuição de renda menos desigual, denominada por ela de “equidade inter-nação” (*inter-nation equity*). Trata-se de dividir os ganhos e as perdas nacionais das transações internacionais justamente entre os países participantes, usando-se para tanto a retenção de fonte⁴⁹.

⁴⁷ MICHEL, Bob. Release of the UN Model (2017) Update. *Intertax*, v. 46, n. 8/9, 2018.

⁴⁸ MICHEL, Bob. Release of the UN Model (2017) Update. *Intertax*, v. 46, n. 8/9, 2018.

⁴⁹ HEAD, John G.; KREVER, Richard E. *Tax Reform in the 21st Century: A Volume in Memory of Richard Musgrave*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009. (Series on International Taxation), p. 7-9 e 472; MUSGRAVE, Peggy B. *Tax Policy in the Global Economy: Selected Essays of Peggy B. Musgrave* Studies in Fiscal Federalism and State-local Finance Series. Camberley: Edward Elgar, 2002.

Nos últimos anos, a ONU se mostrou eficiente em atender as necessidades dos países, sobretudo daqueles em desenvolvimento, apresentando ao mundo uma solução concreta e exequível voltada para a equidade entre as nações, em relação à alocação da renda tributável⁵⁰.

A introdução do art. 12A no modelo da ONU é um grande exemplo de atuação a ser seguida pela OCDE, em relação ao Projeto BEPS, dada a morosidade desse órgão em apresentar medidas concretas.

4.4. A primazia da retenção para a aplicação do princípio de fonte – Revisão dos modelos de tratado da ONU e da OCDE ou nova convenção multilateral

Os debates anteriores, confrontados com a realidade da economia advinda desde o início da globalização, agravada pela digitalização, permitem reconhecer um fato como certo: a ausência de cooperação e harmonização das normas tributárias entre os países não permite uma solução que seja justa e eficiente e garanta neutralidade. A falta de harmonização provoca dupla tributação e dupla não tributação – incentivando a erosão de base tributável e planejamentos agressivos –, além do desequilíbrio na distribuição da arrecadação, quando países que contribuíram para a geração da renda se veem privados de tributar parte, pelo menos, da receita fiscal.

A mobilidade da renda, da residência da empresa e das funções das multinacionais e, sobretudo, os novos modelos de negócios oriundos da economia digital trazem grandes questões, não respondidas até agora pelos principais órgãos internacionais. Mas já são alvo de reflexão de brilhantes autores e externadas por sugges-

⁵⁰ Denominada por alguns de “*inter-nation fairness*” cf. parág. 21 do cap. 7.4, p. 54 de PISTONE, Pasquale; NOGUEIRA, João Félix Pinto; ANDRADE, Betty. *Comments Submitted by The International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD): Task Force on the Digital Economy*. Mar. 2019. Disponível em: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/itaxs_2019_01_e2_1. Acesso em: 3 jan. 2019. Há autores que denominam de “*inter-nation equity*” cf. MUSGRAVE, Peggy B. *Tax Policy in the Global Economy: Selected Essays of Peggy B. Musgrave Studies in Fiscal Federalism and State-local Finance Series*. Camberley: Edward Elgar, 2002.

tões de respostas há um tempo considerável. Não há mais razão para tanta morosidade por parte da OCDE em direcionar o deslinde da questão pela Ação 1 do Projeto BEPS. Revisar os arts. 5º e 7º dos modelos de convenção da OCDE e da ONU pode ser necessário.

BROOKS sugere que as alíquotas de retenção sobre a renda dos acionistas contribuintes, por exemplo, sejam definidas com base nas alíquotas impostas aos acionistas nacionais, em atenção ao princípio do tratamento recíproco⁵¹.

ANDRÉS BÁEZ e YARIV BRAUNER esclarecem, como solução primária, a retenção de fonte das receitas transfronteiriças, em geral sem limitação de natureza digital, baseada na neutralidade, na certeza e na simplicidade da execução de uma retenção, se comparada às outras sugestões da Ação 1. Sugerem uma alíquota de 10% sobre os pagamentos em base bruta, realizados a não residentes que sejam registrados no país de fonte. Em casos mais específicos, poderia haver a retenção sobre uma base líquida, desde que o referido registro estivesse num sistema centralizado, automático, barato e confiável em que, pelo menos, as principais economias do mundo participantes do BEPS compartilhassem tais registros. Propõem ainda uma retenção de 15% sobre uma base bruta para casos de beneficiários não registrados ou ainda para os estabelecidos em países em que a tributação da renda é baixa ou nula⁵².

Os referidos autores mencionam que o registro dos não residentes seria um critério global que permitiria a harmonização entre os países, evitando a tributação mais onerosa ao prestador não residente e mitigando a necessidade de outorga de créditos ou isen-

⁵¹ BROOKS, Kimberley. Inter-Nation Equity: The Development of an Important but Underappreciated International Tax Value (October 30, 2008). In: KREVER, Richard; HEAD, John G. (ed.). *Tax Reform in the 21st Century*. Alphen aan den Rijn: The Netherlands. Kluwer Law International, p. 23. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1292370>. Acesso em: 6 maio 2019.

⁵² BRAUNER, Y.; MORENO, A. B. Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy – IBFD. *WU International Taxation Research Paper Series*, v. 14, 2015, p. 6-7, 13-16; MORENO, A. B.; BRAUNER, Y. *Policy Options Regarding Tax Challenges of the Digitalized Economy: Making a Case for Withholding Taxes*. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3167124>. Acesso em: 20. mar. 2019.

ção por parte do país de residência. A sistemática seria muito mais eficiente, menos radical e, ainda, dispensaria os debates intermináveis de nexos e critérios de medição que não se sabe como executar⁵³. Os autores ainda sugerem que o registro se daria nas mesmas bases de instituição do IVA, a exemplo da União Europeia, se apresentando, assim, como um instrumento de coordenação global.

Na nova redação que propõem para os modelos de ONU e da OCDE, que introduz o novonexo atrelado ao estabelecimento digital, HONGLER e PISTONE⁵⁴ esclarecem que a SEP opera com uma alocação inicial dos poderes de tributação para o mercado de consumo, garantindo-se a tributação pela retenção de fonte.

ANDRÉS BÁEZ e BRAUNER⁵⁵, ao tratarem da retenção de fonte como solução secundária de apoio ao nexode presença digital citado anteriormente, indicam uma reformulação do art. 7(4) da CM-OCDE, nos termos que seguem⁵⁶:

Os pagamentos feitos por uma empresa de um Estado contratante ou por um estabelecimento permanente situado em um Estado contratante podem ser tributados nesse Estado. O imposto assim cobrado não deve exceder:

- (a) 10% do montante bruto dos pagamentos, se o beneficiário for uma empresa do outro Estado contratante ou um estabelecimento permanente aí situado, devidamente registrado no primeiro Estado contratante para os propósitos deste parágrafo; e
- (b) 15% do montante bruto dos dividendos em todos os outros casos.

As autoridades competentes dos Estados contratantes estabelecerão, de comum acordo, o modo de aplicação desse tributo, in-

⁵³ Sugestão dada pelos referidos autores em 2019.

⁵⁴ HONGLER, Peter; PISTONE, Pasquale. *Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy*. (WU International Taxation Research Paper Series n. 2015-15). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2591829>. Acesso em: 3 jan. 2019.

⁵⁵ Os autores defendem a retenção de tributos como uma solução primária para a economia digital. Cf. BRAUNER, Y.; MORENO, A. B. Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy – IBFD. *WU International Taxation Research Paper Series*, v. 14, 2015, p. 4.

⁵⁶ BRAUNER, Y.; MORENO, A. B. Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy – IBFD. *WU International Taxation Research Paper Series*, v. 14, 2015, p. 23. Tradução livre.

cluindo isenções específicas para pagamentos de base não erosiva e outros pagamentos similares.

Já COCKFIELD, apoiador também da retenção, menciona que os escritos sobre o tema reconhecem que qualquer nova medida de retenção será mais fácil para o administrador tributário em relação às transações internacionais B2B com custos administrativos e de *compliance* relativamente limitados para ambos, contribuintes e autoridades fiscais⁵⁷.

Em março de 2019, o IBFD se manifestou em consulta pública da TFDE da OCDE, sugerindo três possibilidades de retenção⁵⁸:

- (i) uma retenção de alíquota de 1% sobre o valor das vendas atreladas a SEP no mercado de consumo. Essa medida poderia ser um acordo entre os países para proibir o uso de medidas unilaterais sobre o valor dos negócios ou dos serviços digitais;
- (ii) uma retenção com limites mínimos de lucro atrelados a SEP no território;
- (iii) uma retenção em conjunção às propostas da OCDE de participação do usuário e mercado de intangíveis.

As diferenças entre essas abordagens consistem apenas na quantificação da alíquota a que estariam sujeitas as rendas diretamente relacionadas ao território de consumo, mas sem qualquer diferença nas justificativas (nexo) ao direito de tributar, como já argumentado ao longo deste trabalho.

Dessa forma, ao se alterar a redação dos modelos de tratados contra a bitributação, inserindo-se a retenção como uma medida que garanta, de forma certa e eficiente, a aplicação do princípio de fonte, estar-se-á modulando os instrumentos mais importantes nes-

⁵⁷ COCKFIELD, Arthur J. Tax Wars: The Battle Over Taxing Global Digital Commerce. *Tax Notes International*, v. 161, Dec. 10th, 2018, p. 1068.

⁵⁸ Comments submitted by The International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD) Task Force on the Digital Economy, Amsterdam: [s.n.], 2019, parág. 7.4, p. 54 e nota de rodapé 93, p. 50: “An option could be to consider 1% of the overall value of profits derived from the market country as a minimum standard for the exercise of taxing rights by such a country when the significant economic presence requirement is met and profits are indeed attributable to the digital PE.

se assunto. Ainda que países não membros da OCDE possam não concordar com tais disposições, essa mudança já representaria uma alteração estrutural nas premissas da tributação internacional corporativa.

Por fim, após a pandemia deflagrada pela Covid-19, o que se debate a partir de novembro de 2021, é que a delimitação de competência determinando a aplicação do princípio de fonte por meio de uma nova Convenção multilateral apresentada em Declaração aprovada pelos membros do Quadro Inclusivo.

Nesse sentido, dada a complexidade da matéria, a partir da compreensão do Pilar 1, Montante A, a alocação da renda pretende se pautar por uma nova regra de nexos e pelo tipo de fonte de receitas apontadas em convenção multilateral nova. Com isso, parece restar superada a ideia de reformulação do art. 5º no corpo dos modelos da OCDE e da ONU.

Conclusão

O cenário aponta uma grande complexidade seja pela matéria discutida seja por envolver um número relevante de partes interessadas e não somente os países-membros do Quadro Inclusivo do Projeto BEPS da OCDE. Para além disso, a própria participação da sociedade civil por meio das consultas públicas que ocorrem ao longo do projeto BEPS tem se mostrado muito relevante.

Ademais, a ausência de relatórios mais consistentes e coordenados até 2019, divulgados pela OCDE oriundos da Ação 1, somada à atuação isolada de alguns países, ansiosos em tributar a renda da economia digital de forma unilateral, sem a preocupação com um eventual descasamento entre as suas normas domésticas e a redação dos tratados, não tem trazido resultados vantajosos globalmente.

A partir de novembro de 2021, com o advento da aprovação da Declaração que introduz o esboço do Pilar 1-Montante A, se evidencia uma postura mais clara e firme por parte da OCDE e G20. Verifica-se uma tomada de decisão no sentido de criar uma convenção multilateral ao invés de partir para uma reformulação dos tratados internacionais já vigentes.

Nesse entendimento, fica bem colocada a pretensão da OCDE e G20 em estabelecer uma solução global multilateral e permanente, a ser implementada sob as premissas da harmonização e cooperação internacionais, em detrimento do foco voltado puramente para uma arrecadação voraz e unilateral. Isso se comprova pela redação, ainda que em forma de rascunho, da exigência feita aos países que adotarem as regras da convenção multilateral, em abandonarem suas medidas unilaterais vigentes, além de terem que adaptar suas normas domésticas de modo a estarem em conformidade com a legislação internacional.

Verificou-se que há muitos prejuízos em razão da implementação de medidas unilaterais, a exemplo da iniciativa indiana. Medidas isoladas devem ser usadas em tempo definido, em caráter de

exceção, apenas como solução emergencial. Não são apoiadas, neste trabalho, pois criam obstáculos ao uso dos tratados de bitributação e aumentam a carga tributária ao instituir um novo imposto que não se acomoda às previsões dos acordos de bitributação entre as nações, desestimulando, assim, o investimento estrangeiro direto.

O forte crescimento do comércio eletrônico e a premente necessidade de reforma dos modelos de tratados contra a bitributação sinalizam uma chance ao realinhamento da alocação da renda tributária, pautado no debate sobre fonte e residência. Tal realinhamento estaria fundamentado em questões de ordem econômica, em detrimento de interesses políticos ou qualquer outro menos relevante¹. E, para isso, medidas tributárias em que haja cooperação internacional por parte dos países e harmonização entre as normas domésticas de cada jurisdição e seus tratados internacionais garantem uma readequação da alocação da renda entre as jurisdições, sobretudo entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. Como resultado dessa arrecadação mais inteligente e eficiente, o fornecimento de subsídios para a sustentação do bem-estar social pode também ser otimizado.

A globalização incrementada pela arrojada digitalização econômica tem se mostrado positiva desde que se baseie em práticas comerciais não danosas e possibilite o avanço dos setores econômicos de forma leal. A quebra de fronteiras entre produtos, pessoas, moedas e negócios permite o crescimento e o desenvolvimento econômicos se respeitadas, pelo menos, os princípios gerais de tributação internacional e os critérios de justiça tributária entre as nações.

O equilíbrio na divisão da renda tributável não é praticado frequentemente, priorizando-se a regra do “salve-se quem puder”. Países em desenvolvimento (como os latinos), por serem, eminentemente, importadores de capital, são pouco privilegiados na divisão das rendas, em razão do predomínio da regra de tributação dos lucros corporativos pelo critério de residência, estabelecida nos modelos da OCDE e da ONU. É uma regra ultrapassada para uma

¹ DOERNBERG, Richard L.; HINNEKENS, Luc; HELLERSTEIN, Walter; LI, Jinyan. *Electronic Commerce and Multijurisdictional Taxation*. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 342.

época em que as informações vão e vêm por satélites localizados na órbita geostacionária da Terra. Esses satélites se comunicam com as antenas terrestres instaladas em diversas jurisdições, ligadas aos consumidores, possivelmente, e estabelecidos em múltiplos países, a despeito de a localização da empresa detentora de seus direitos poder ser um terceiro país².

A prática da multilateralidade, que é consequência da própria globalização, deve servir de instrumento de democratização, e não de agravamento das desigualdades. Uma solução global para a tributação da renda corporativa delimitada no corpo dos tratados pode ser menos burocrática, em termos de aplicação e exequibilidade, e, possivelmente, menos onerosa aos contribuintes, em razão do uso de medidas de alívio à dupla tributação delimitadas nos referidos tratados.

Ao longo deste trabalho, revisitada a teoria do benefício, verificou-se que ela pode ser, ainda que parcialmente, o embasamento e a justificativa, com maestria, da aplicação do princípio de fonte por meio da retenção de imposto sobre as rendas em geral, incluindo as provenientes da economia digital. A teoria da origem econômica, adicionalmente, também pode ser uma justificativa relevante para a aplicação do princípio de fonte, em detrimento do da residência. Aliás, essas teorias parecem explicar o novo nexos de alocação tributária apresentado pela OCDE, no Montante A do Pilar 1.

Os princípios gerais de tributação internacional referentes à neutralidade, eficiência e equidade que foram abordados em 4.2.2 endossam as justificativas técnicas em favor da alocação da renda na jurisdição de fonte. Tal como consignado naquele tópico, a neu-

² Cf. o recente lançamento do foguete Falcon Heavy (EUA), em abril de 2019, que transportou o Arabsat-6A (pertencente à empresa da Liga Árabe), um satélite de telecomunicações de alta capacidade que fornece comunicações de televisão, rádio, internet e comunicações móveis a clientes na África, na Europa e no Oriente Médio. SPACE EXPLORATION TECHNOLOGIES CORP. *Arabsat-6A Mission*. Disponível em: https://www.spacex.com/sites/spacex/files/arabsat_6a_press_kit.pdf. Acesso em: 5 maio 2019; SPACE EXPLORATION TECHNOLOGIES CORP. *Falcon Heavy*. Disponível em: <https://www.spacex.com/falcon-heavy>. Acesso em: 5 maio 2019; UNITED STATES OF AMERICA. *National Aeronautics and Space Administration*. Disponível em: https://www.nasa.gov/directorates/heo/scan/communications/outreach/funfacts/txt_satellite_comm.html. Acesso em: 5 maio 2019.

tralidade justifica, economicamente, que a receita fiscal seja alocada em favor do local de origem do rendimento derivado do capital investido; além disso, o mesmo princípio garante um tratamento fiscal equitativo entre as fontes produtoras nacionais e as não residentes, de modo que a eficiência econômica e tributária esteja presente. Uma adequada alocação fiscal gerando mais justiça tributária e social.

Como mecanismos de implementação prática do princípio de fonte, a retenção de imposto somada à realização de teste de presença econômica significativa, pautado *somente* em critérios quantitativos (tal como um limite mínimo de receita bruta anual gerada pela atividade e/ou um limite mínimo de consumidores), podem ser adequadas como critérios para a solução permanente.

Ademais, há a possibilidade de retenção de imposto aplicável somente a serviços, como a proposta defendida por YARIV BRAUNER, sobre a qual se discorreu no tópico 4.4 e que se refere a uma retenção pautada numa alíquota mais baixa para que, num mesmo território, não haja a distorção da tributação do lucro do fornecedor não residente em relação à tributação corporativa convencional de uma empresa residente³.

Há mais de duas décadas, precisamente em 1997, a OCDE já havia reconhecido que um dos problemas centrais do debate sobre o comércio eletrônico se referia às incertezas regulatórias advindas dessa nova economia, reconhecendo que as soluções para esses problemas são ilusórias e, fosse qual fosse a solução adotada, a tributação do comércio eletrônico deveria ser relativamente simples e facilitar o cumprimento voluntário e não deveria artificialmente gerar vantagem ou desvantagem de comércio eletrônico sobre o comércio tradicional nem prejudicar desnecessariamente o desenvolvimento do comércio eletrônico⁴.

³ BRAUNER, Y.; MORENO, A. B. Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy – IBFD. *WU International Taxation Research Paper Series*, v. 14, 2015. p. 6-7 e 13-16.

⁴ OECD. *Dismantling the Barriers to Global Electronic Commerce, Turku (Finland): 19-21 November 1997 – Conference Report*. Paris: OECD, 1998, p. 39. (OECD Digital Economy Papers, n. 38). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/236647320075>. Acesso em: 15 maio 2019.

Realmente, essa solução tem sido arduamente perseguida, mas com pouco sucesso em termos de resultados. Alguns anos depois, DOERNBERG, HINNEKENS, HELLERSTEIN e LI esclareceram que

qualquer medida que venha a ser adotada deve refletir as seguintes considerações: equidade interpessoal e internacional; eficiência econômica e neutralidade competitiva; aceitação internacional; eficácia tributária; simplicidade; baixos custos de *compliance*; certeza legal e coerência; e flexibilidade em manter o ritmo com os desenvolvimentos tecnológicos e estruturais⁵.

Muitos requisitos para uma “rápida” conciliação universal envolvendo diferentes interesses. Não é à toa que os trabalhos e debates caminham, mas a passos lentos e cautelosos.

O único caminho a seguir é adotar soluções inclusivas, ou seja, soluções que sejam aplicáveis a qualquer modelo de negócios (digitalizado e não digitalizado), em cumprimento ao princípio da neutralidade, alinhando a tributação internacional às necessidades de novos modelos de negócios e refletindo o caminho em que a economia digitalizada cria valor. Ainda, o melhor desafio para a governança global tributária, agora, é transformar soluções que sejam preferíveis de uma perspectiva tributária técnica, tais como o EP digital, aplicáveis a uma realidade de medidas operacionais⁶.

Dessa forma, diante de tantas possibilidades que foram apresentadas, este trabalho sugere uma solução global e permanente de tributação direta da renda internacional corporativa, decorrente da economia digital, que se afaste de grandes ou drásticas reformas à atual estrutura tributária internacional, pois implicam mais morosidade e dificuldades de implementação.

Por fim, é necessário esclarecer que este trabalho foi inicialmente elaborado antes de 2021, de modo que a solução aqui sugerida, inicialmente, baseia-se na aplicação do princípio de fonte sob

⁵ DOERNBERG, Richard L.; HINNEKENS, Luc; HELLERSTEIN, Walter; LI, Jinyan. *Electronic Commerce and Multijurisdictional Taxation*. The Hague: Kluwer Law International, 2001, p. 338. Tradução livre.

⁶ BRAUNER, Y.; PISTONE, P. Some Comments on the Attribution of Profits to the Digital Permanent Establishment. *Bulletin for International Taxation*, v. 72, n. 4a Special Issue, 2018, p. 2. Disponível em: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/bit_2018_4a_int_2. Acesso em: 15 dez. 2018.

o fundamento das teorias (i) da origem econômica da renda; (ii) da pertença econômica; e (iii) do benefício, atuando todas de forma complementar e, com base nos princípios gerais de tributação internacional, especialmente neutralidade, eficiência, certeza e simplicidade.

Adicionalmente, sugere-se a retenção de imposto de renda como medida de execução da aplicação do princípio de fonte, atrelado a um limiar de receita bruta mínima auferida, anualmente, como um teste quantitativo da presença econômica significativa da empresa na jurisdição de mercado.

Porém, a solução citada acima foi indicada antes do advento do Montante A do Pilar 1 de 2021 e, mesmo se tratando de medida multilateral, estava inserida no escopo de uma reformulação dos modelos de convenção da OCDE e da ONU. Consequentemente, os demais tratados de tributação internacional, inclusive, com suas medidas de alívio à dupla tributação da renda, sofreriam reflexos em seu conteúdo. Assim, anteriormente a 2021, pretendia-se ainda sugerir a alteração da redação dos arts. 5º e 7º dos modelos da OCDE e da ONU.

Em que pese a materialidade da solução defendida por este trabalho permanecer inalterada, ou seja, a aplicação do princípio de fonte para a tributação direta da renda corporativa como solução aos desafios da digitalização da economia, devidamente instrumentalizado pela retenção no país de mercado onde os bens e serviços forem consumidos, há que se salientar que, após 2021, a forma pela qual essa nova sistemática se apresenta deve ser a sugerida no Montante A do Pilar 1.

Um modelo de convenção multilateral apartado, novo, que delimite a competência de tributação dos Estados explicitando em detalhes a natureza jurídica da renda e das transações, favorecerá um novo ambiente jurídico internacional. Trata-se de um marco inicial.

Finalmente, e em atenção ao princípio da neutralidade, a solução deve englobar tanto as rendas geradas na economia tradicional quando as da digital. Essa coerência se dá justamente pela impossibilidade de separação de uma economia que se apresenta como única, dinâmica, inter-relacionada e interdependente cada vez mais.

Referências

- AARON, Henry. Tax Reform In 2017 Is Doomed to Fail. Here's Why It Is. *Journal Real Clear Markets*, 23rd Aug. 2017. Disponível em: https://www.realclearmarkets.com/articles/2017/08/23/tax_reform_in_2017_is_doomed_to_fail__heres_why_it_is_102832.html. Acesso em: 20 dez. 2018.
- ALFARO ABOGADOS. Argentina: E-Commerce Taxation in Argentina. In: PENN, Ana; ARIAS, Martha. *Global E-Business Law & Taxation*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- AUERBACH, Alan Jeffrey; DEVEREUX, Michael P.; KEEN, Michael; VELLA, John. *Destination-Based Cash Flow Taxation*. Feb. 6th, 2017. (Oxford Legal Studies Research Paper, n. 14/2017). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2908158>. Acesso em: 15 nov. 2018.
- AVI-YONAH, Reuven S.; CLAUSING, Kimberly A. Chapter 2 Business Profits (Article 7 OECD Model Convention). In: LANG, Michael; PISTONE, Pasquale; SCHUCH, Josef; STARINGER, Claus (ed.). *EUCOTAX Series on European Taxation Source versus Residence Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2008. p. 9-20.
- AVI-YONAH, Reuven S.; CLAUSING, Kimberly A. *Reforming Corporate Taxation in a Global Economy: A Proposal to Adopt Formulary Apportionment*. Washington, DC: The Hamilton Project, 2007. Discussion paper. Disponível em: <https://www.brookings.edu/research/reforming-corporate-taxation-in-a-global-economy-a-proposal-to-adopt-formulary-apportionment/>. Acesso em: 9 maio 2019.
- BASU, Subhjit. Global Perspectives on E-Commerce Taxation Law. In: HOWELLS, Geraint (ed.). *Markets and the Law*. Farnham: Lancaster University, 2007. p. 29-54; 107-139; 308-309.
- BECKER, Johannes; ENGLISCH, Joachim. Taxing Where Value Is Created: What's 'User Involvement' Got to Do with It? *Intertax*, v. 47, n. 2, p. 161-171, 2019.

- BIANCO, João Francisco; SILVA, Fabiana Carsoni Alves Fernandes. Seção A – Aspectos relacionados à tributação direta local e internacional. Estabelecimento permanente: legislação tributária brasileira e desafios na economia digital. In: FARIA, Renato Vilela; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do Rêgo; SILVEIRA, Ricardo Maitto da (coord.). *Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2018. Edição do Kindle. Locais do Kindle 26391-26392.
- BOEING. *3D printing done right: Applying additive manufacturing in integrated mechanical designs*. Disponível em: <https://www.boeing.com/features/innovation-quarterly/nov2017/feature-thought-leadership-3d-printing.page>. Acesso em: 28 mar. 2019.
- BOND, Stephen; DEVEREUX, Michael P. *Cash Flow Taxes in an Open Economy*. Feb. 2002. Disponível em: <https://eml.berkeley.edu/~burch/Bond.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.
- BRASIL. *Decreto n. 9.580, de 22 de novembro de 2018*. Brasília, 22 nov. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9580.htm. Acesso em: 20 dez. 2018.
- BRASIL. *Instrução Normativa RFB n. 1681, de 28 de dezembro de 2016*. Brasília, 28 dez. 2016. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=79444&visao=anotado>. Acesso em: 20 dez. 2018.
- BRAUNER, Y.; MORENO, A. B. Withholding Taxes in the Service of BEPS Action 1: Address the Tax Challenges of the Digital Economy – IBFD. *WU International Taxation Research Paper Series*, v. 14, p. 2-33, 2015.
- BRAUNER, Y.; PISTONE, P. Some Comments on the Attribution of Profits to the Digital Permanent Establishment. *Bulletin for International Taxation*, v. 72, n. 4a, Special Issue, 2018. Disponível em: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/bit_2018_4a_int_2. Acesso em: 15 dez. 2018.
- BROOKS, Kimberley. Inter-Nation Equity: The Development of an Important but Underappreciated International Tax Value (October 30, 2008). In: KREVER, Richard; HEAD, John G. (ed.). *Tax Reform in the 21st Century*. Alphen aan den Rijn; The Netherlands: Kluwer Law International. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1292370>. Acesso em: 6 maio 2019.

- CASTELON, Marta. *International Taxation of Income from Services under Double Taxation Conventions: Development, Practice and Policy*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2018.
- CHAND, Vikram; DAS, Pitambar. From a FAR to a FARM Analysis with Respect to Profit Attribution to the Indian Significant Economic Presence (SEP) Test. *Kluwer International Tax Blog*. Disponível em: <http://kluwertaxblog.com/2018/07/09/far-farm-analysis-respect-profit-attribution-indian-significant-economic-presence-sep-test/?print=print>. Acesso em: 23 mar. 2019.
- COCKFIELD, Arthur J. Reforming the Permanent Establishment Principle Through a Quantitative Economic Presence Test. *Tax Notes International*, Special Reports, p. 643-654, Feb. 16, 2004.
- COCKFIELD, Arthur J. Tax Wars: The Battle Over Taxing Global Digital Commerce. *Tax Notes International*, v. 161, p. 1063-1071, Dec. 10th, 2018.
- COMISSÃO EUROPEIA. *A Comissão Europeia propõe, para as empresas multinacionais, regras de transparência fiscal perante o público*. Estrasburgo, 12 abr. 2016. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-1349_en.htm. Acesso em: 12 fev. 2019.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Proposta de diretiva do conselho que estabelece regras relativas à tributação das sociedades com uma presença digital significativa*. Bruxelas, 21 mar. 2018. COM(2018) 147 final. Disponível em: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/PT/COM-2018-147-F1-PT-MAIN-PART-1.PDF>. Acesso em: 17 nov. 2018.
- COMISSÃO EUROPEIA. *Proposta de diretiva do conselho relativa ao sistema comum de imposto sobre os serviços digitais aplicável às receitas da prestação de determinados serviços digitais*. Bruxelas, 21 mar. 2018. COM(2018) 148 final. Disponível em: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/PT/COM-2018-148-F1-PT-MAIN-PART-1.PDF>. Acesso em: 17 nov. 2018.
- CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO TRIBUTÁRIO, 7, 23 ago. 2018, São Paulo. *Anais [...]*. São Paulo: Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário da FDUSP, 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pEZl8GSWlts#action=share>. Acesso em: 23 ago. 2018.

- CUI, Wei. Destination-Based Cash-Flow Taxation: A Critical Appraisal (December 19, 2016). *University of Toronto Law Journal*, v. 67, n. 3, p. 301-347, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2887218>. Acesso em: 20 dez. 2018.
- CUI, Wei. *The Digital Services Tax: A Conceptual Defense*. Oct. 26th 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3273641>. Acesso em: 3 jan. 2019.
- DE WILDE, Maarten Floris. Tax Jurisdiction in a Digitalizing Economy: Why “Online Profits” are so Hard to Pin Down. 1st. Dec. 2015. *Internacional Tax Review Intertax*, v. 43, n. 12, p. 796-803, 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2702222>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- DEVEREUX, Michael; FERIA, Rita de la. *Designing and Implementing a Destination-Based Corporate Tax*. Oxford University Centre for Business Taxation Working Paper 14/07, 2014.
- DOERNBERG, Richard L.; HINNEKENS, Luc; HELLERSTEIN, Walter; LI, Jinyan. *Electronic Commerce and Multijurisdictional Taxation*. The Hague: Kluwer Law International, 2001.
- ERNEST&YOUNG. Saudi Arabian Tax Authorities Introduce Virtual Service PE Concept. *Global Digital Tax Developments Review*, p. 44-45, nov. 2015. Disponível em: <https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-global-digital-tax-developments/%24FILE/EY-global-digital-tax-developments.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.
- EUROPE. European Union Law. *COM (2016) 683*: Proposal for a Council Directive on a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2016_336#2017-09-20_OPI_byEESC. Acesso em: 20 dez. 2018.
- EUROPE. European Union Law. *Commission Decision (EU) 2017/329 of 4 November 2016 on the measure SA.39235 (2015/C) (ex 2015/NN) implemented by Hungary on the taxation of advertisement turnover*. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2017.049.01.0036.01.ENG&toc=OJ:L:2017:049:TOC. Acesso em: 2 abr. 2019.
- EUROPE. European Union Law. *Procedure 2018/0073/CNS. Proposal for a Council Directive on the common system of a digital services tax on revenues resulting from the provision of certain digital services*.

- Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2018_73. Acesso em: 20 dez. 2018.
- EUROPEAN COMMISSION. *Commission Recommendation of 21.3.2018 Relating to the Corporate Taxation of a Significant Digital Presence*. Brussels, 21st Mar. 2018. C(2018) 1650 final. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/sites/taxation/files/commission_recommendation_taxation_significant_digital_presence_21032018_en.pdf. Acesso em: 17 nov. 2018.
- EUROPEAN COMMISSION. *Digital Single Market*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en>. Acesso em: 17 nov. 2018.
- EUROPEAN COMMISSION. *Economic Analysis*. Disponível em: https://ec.europa.eu/growth/single-market/services/economic-analysis_en. Acesso em: 17 nov. 2018.
- EUROPEAN COMMISSION. *Fair Taxation of the Digital Economy*. Disponível em: https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/company-tax/fair-taxation-digital-economy_en. Acesso em: 17 nov. 2018.
- EUROPEAN COMMISSION. *Tallinn Digital Summit: Fair Taxation of the Digital Economy*. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/digital-taxation-factsheet-tallinn_en.pdf. Acesso em: 17 nov. 2018.
- EUROPEAN UNION. *European Parliament 2014-2019*. P8-TA(2015)0408. Tax rulings and other measures similar in nature or effect. European Parliament resolution of 25 November 2015 on tax rulings and other measures similar in nature or effect (2015/2066(INI)). Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2015-0408+0+DOC+PDF+V0//EN>. Acesso em: 12 fev. 2019.
- EUROPEAN UNION. *Tax Challenges in the Digital Economy*. 2016. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579002/IPOL_STU\(2016\)579002_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579002/IPOL_STU(2016)579002_EN.pdf). Acesso em: 3 jan. 2019.
- FERIA, Rita de la. O novo imposto não vê as transformações de forma profunda. *O Estado de S. Paulo*, 4 nov. 2018. Entrevista realizada pelo jornalista Andrei Netto. Disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,o-novo-imposto->

- nao-ve-as-transformacoes-de-forma-profunda,70002583670. Acesso em: 20 dez. 2018.
- G20. *Summit on Financial Markets and the World Economy*. Disponível em: <https://www.g20.org/en/summit/about/>. Acesso em: 20 dez. 2018.
- GADŽO, Stjepan. *Nexus Requirements for Taxation of Non-Residents' Business Income: Normative Evaluation in the Context of the Global Economy*. Amsterdam: IBFD, 2018. v. 41. (Doctoral Series.)
- GENERAL ELECTRIC. *New Manufacturing Milestone: 30,000 Additive Fuel Nozzles*. 4th. Oct. 2018. Disponível em: <https://www.ge.com/additive/blog/new-manufacturing-milestone-30000-additive-fuel-nozzles>. Acesso em: 28 mar. 2019.
- GLABUSH, Julie Rogers. *IBFD International Tax Glossary*. 7. ed. Amsterdam: IBFD, 2015.
- GRAETZ, Michael J; O'HEAR, Michael M. The "Original Intent" of U.S. International Taxation. *Duke Law Journal*, v. 46, p. 1021-1110, 1997. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol46/iss5/2>. Acesso em: 15 mar. 2019.
- GRAND OLD PARTY. *A Better Way: Our Vision for a Confident America*. June 2016. Disponível em: https://www.novoco.com/sites/default/files/atoms/files/ryan_a_better_way_policy_paper_062416.pdf. Acesso em: 17 nov. 2018.
- HARDING, Arthur Leon. *Double Taxation of Property and Income: A Study in the Judicial Delimitation of the Conflicting Claims of Taxing Jurisdiction Advanced by the American States*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1933.
- HEAD, John G.; KREVER, Richard E. *Tax Reform in the 21st Century: A Volume in Memory of Richard Musgrave*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009. (Series on International Taxation.)
- HINNEKENS, Luc. Looking for an Appropriate Jurisdictional Framework for Source-State Taxation of International Electronic Commerce in the Twenty-first Century. *Intertax*, v. 26, n. 6-7, p. 192-200, 1998.
- HONGLER, Peter; PISTONE, Pasquale. Blueprints for a New PE Nexus to Tax Business Income in the Era of the Digital Economy. *WU International Taxation Research Paper Series*, n. 15, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2591829>. Acesso em: 3 jan. 2019.

- INDIA. *Budget 2016-2017*. Speech of Arun Jaitley, Minister of Finance. 29th Feb. 2016. Disponível em: <http://indiabudget.nic.in/ub2016-17/bs/bs.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.
- INDIA. *The Finance Act*. 28th Mar. 2018. Disponível em: <http://egazette.nic.in/writereaddata/2018/184302.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.
- INDIA. *The Finance Bill*. 2016. Disponível em: <https://www.indiabudget.gov.in/budget2016-2017/ub2016-17/fb/bill.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.
- ISRAEL. *The Israeli Tax Authority Published Guidelines Regarding Taxation of Foreign Corporation Activity in Israel Via the Internet*. Disponível em: https://taxes.gov.il/English/About/SpokesmanAnnouncements/Pages/Ann_11042016.aspx. Acesso em: 20 nov. 2018.
- ITALIA. *Legge 27 dicembre 2017, n. 205*. Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020. Disponível em: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2017/12/29/302/so/62/sg/pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.
- ITALIA. *Legge 30 dicembre 2018, n. 145*. Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021. Disponível em: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2018/12/31/302/so/62/sg/pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- JONES, Bem; SEABROOK, Susan; SCILIBERTO, Sebastiano; JONES, Georgina. Taxation of the Digital Economy: Unilateral Measures. *Tax Journal*, Mar. 1st 2018. Disponível em: <https://www.taxjournal.com/articles/taxation-digital-economy-unilateral-measures-01032018>. Acesso em: 22 jun. 2019.
- JONES, Ben; SEABROOK, Susan; SCILIBERTO, Sebastiano; JONES, Georgina; SUTHERLAND, Eversheds. Taxing the Digital Economy: The Unilateral Approach. *Tax Journal*, n. 1389, p. 2, mar. 2018. Disponível em: www.taxjournal.com. Acesso em: 20 dez. 2018.
- LOHR, Steve. New Approach to Corporate Tax Law Has House G.O.P. *The New York Times*, 13th Dec. 2016, p. B1. Disponível em: https://www.nytimes.com/2016/12/12/business/economy/new-approach-to-corporate-tax-reform.html?_r=0. Acesso em: 20 dez. 2018.

- MALAN, Monique T. New Article 12A of the UN Model Regarding Fees for Technical Services: Ahead of Its Time or a Step Too Far? *OECD/United Nations Bulletin for International Taxation*, p. 58-68, Feb. 2019.
- MAZZ, Addy. Rasgos fundamentales de la doctrina latinoamericana sobre el derecho tributario internacional y los requerimientos actuales de éste. In: MAZZ, A.; PISTONE, Pasquale (coord.). *Reflexiones en torno a un modelo latinoamericano de convenio de doble imposición*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2010. p. 29-55.
- MICHEL, Bob. Release of the UN Model (2017) Update. *Intertax*, v. 46, n. 8/9, p. 686-689, 2018.
- MORENO, A. B.; BRAUNER, Y. *Policy Options Regarding Tax Challenges of the Digitalized Economy: Making a Case for Withholding Taxes*. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3167124>. Acesso em: 20 mar. 2019.
- MUSGRAVE, Peggy B. *Tax Policy in the Global Economy: Selected Essays of Peggy B. Musgrave Studies in Fiscal Federalism and State-local Finance Series*. Camberley: Edward Elgar, 2002.
- NAVARRO IBARROLA, A. La normativa de atribución de rentas a establecimientos permanentes en Colombia. *Revista de Derecho Fiscal*, n. 9, p. 43-62, 7 dez. 2016.
- NBER TØRSLØV, Thomas R.; WIER, Ludvig S.; ZUCMAN, Gabriel. The Missing Profits of Nations. *NBER Working Paper*, n. 24701. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w24701>. Acesso em: 13 fev. 2019.
- OCDE. *BEPS Public Consultation on the Tax Challenges of Digitalisation*. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-on-tax-challenges-of-digitalisation-1-november-2017.htm>. Acesso em: 12 fev. 2018.
- OECD. *2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*. Paris: OECD, 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/45689524.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.
- OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1-2015: Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD, 2015. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-eco>

- onomy-action-1-2015-final-report-9789264241046-en.htm. Acesso em: 17 nov. 2018.
- OECD. *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*: Policy Note As approved by the Inclusive Framework on BEPS on 23 January 2019. 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/policy-note-beps-inclusive-framework-addressing-tax-challenges-digitalisation.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2019.
- OECD. *Base Erosion and Profit Shifting Project Public Consultation Document*: Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy – 13 February – 6 March 2019. 2019. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-addressing-the-tax-challenges-of-the-digitalisation-of-the-economy.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.
- OECD. *BEPS Public Comments Received on the Tax Challenges of Digitalization*. 2017. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/public-comments-received-on-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>. Acesso em: 15 nov. 2018.
- OECD. *Dismantling the Barriers to Global Electronic Commerce, Turku (Finland)*: 19-21 November 1997 – Conference Report. Paris: OECD, 1998. p. 1-62. (OECD Digital Economy Papers, n. 38). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/236647320075>. Acesso em: 15 maio 2019.
- OECD. *Electronic and Mobile Commerce*. Paris: OECD Publishing, 2013. (OECD Digital Economy Papers, n. 228). Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/5k437p2gxw6g-en>. Acesso em: 15 dez. 2018.
- OECD. *Electronic Commerce: Taxation framework conditions*. A Report by the Committee on Fiscal Affairs as presented to Ministers at the OECD Ministerial Conference, “As Borderless World: Realising the Potential of Electronic Commerce” on 8 October 1998. Disponível em: <https://www.oecd.org/ctp/consumption/1923256.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.
- OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*. 2017. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en. Acesso em: 23 mar. 2019.

- OECD. *OECD Invites Public Input on the Tax Challenges of Digitalization*. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/oecd-invites-public-input-on-the-tax-challenges-of-digitalisation.htm>. Acesso em: 15 nov. 2018.
- OECD. *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017*. Paris: OECD, 2017.
- OECD. *Revised Guidance on the Application of the Transactional Profit Split Method: Inclusive Framework on BEPS: Action 10*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Paris: OECD, 2018. Disponível em: www.oecd.org/tax/beps/revised-guidance-on-the-application-of-the-transactional-profit-split-method-beps-action-10.pdf. Acesso em: 20 dez. 2018.
- OECD. *Tax Challenges Arising from Digitalisation – Interim Report 2018: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*. Paris: OECD, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264293083-en>. Acesso em: 15 nov. 2018.
- OECD. *Tax Challenges of Digitalization: Comments Received on the Request for Input – Part II*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-digitalisation-part-2-comments-on-request-for-input-2017.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2018.
- OECD; G20. *Base Erosion and Profit Shifting Project Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy: Policy Note As approved by the Inclusive Framework on BEPS on 23 January 2019*. Disponível em: <http://www.oecd.org/tax/beps/policy-note-beps-inclusive-framework-addressing-tax-challenges-digitalisation.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2019.
- OECD; G20. *BEPS Project*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions.htm>. Acesso em: 11 maio 2019.
- OECD/G20. *Inclusive Framework on BEPS Cover Note by the Inclusive Framework to the Progress Report on Amount A of Pillar One: As approved by the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS on 1 July 2022*. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/oecd-g20-inclusive-framework-on-beps-cover-note-to-the-progress-report-on-amount-a-of-pillar-one.pdf>. Acesso em: 2 set. 2022.
- OECD. *Pillar One – Amount A: draft model rules for nexus and revenue sourcing*. Paris: OECD, 2022. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/pillar-one/>

- oecd.org/tax/beps/public-consultation-document-pillar-one-amount-a-nexus-revenue-sourcing.pdf. Acesso em: 2 set. 2022.
- OECD . *Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy – Commentary to the Global AntiBase Erosion Model Rules (Pillar Two)*. Paris: OECD, 2022. Disponível em: <https://www.oecd.org/tax/beps/tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-global-anti-base-erosion-model-rules-pillar-two-commentary.pdf>. Acesso em: 2 set. 2022.
- OLBERT, Marcel Olbert; SPENGLER, Christoph. International Taxation in the Digital Economy: Challenge Accepted? *World Tax Journal*, v. 9, n. 1, p. 16-44, Feb. 2017.
- PINTO, Dale. *Ecommerce and Source-Based Income Taxation*. Amsterdam: IBFD Doctoral, 2003. v. 6. (Doctoral Series.) PISTONE, Pasquale; NOGUEIRA, João Félix Pinto; ANDRADE, Betty. *Comments Submitted by The International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD): Task Force on the Digital Economy*. Mar. 2019. Disponível em: https://research.ibfd.org/#/doc?url=/document/itaxs_2019_01_e2_1. Acesso em: 3 jan. 2019.
- POLIZELLI, Victor B. Accounting and Taxation: Brazil. In: GRANDINETTI, Mario (ed.). *Corporate Tax Base in the light of IAS/IFRS and EU Directive 2013/34: A Comparative Approach*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2016. v. 48. (Eucotax Series on European Taxation.) POLIZELLI, Victor Borges. *O princípio da realização da renda: reconhecimento de receitas e despesas para fins do IRPJ*. São Paulo: IBDT/Quartier Latin, 2012.
- REZENDE, Fernando. Globalização, federalismo e tributação. *Revista Planejamento e Políticas Públicas – IPEA*, n. 20, p. 3-18, dez. 1999.
- ROCHA, Sergio André. *Interpretação dos tratados para evitar a bitributação da renda*. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- ROCHA, Sergio André; CASTRO, Diana Rodrigues Prado. Plano de Ação 1 do BEPS e as diretrizes gerais da OCDE. In: PISCITELLI, Tathiane (coord.). *Tributação da economia digital*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 15-38.
- ROTHMANN, Gerd Willi. O princípio da legalidade tributária. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 67, p. 231-268, 1º jan. 1972.

- ROTHMANN, Gerd Willi. Tributação internacional sem sujeito passivo: uma nova modalidade de imposto de renda sobre ganhos de capital? In: ROCHA, Valdir de Oliveira (org.). *Grandes questões atuais de direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2006. v. 10. p. 111-113.
- SCHÖN, Wolfgang. Destination-Based Income Taxation and WTO Law: A Note. *Working Paper of the Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance*, n. 2016-3, January 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2727628>. Acesso em: 20 dez. 2018.
- SCHÖN, Wolfgang. International Tax Coordination for a Second-Best World (Part I). *World Tax Journal*, v. 1, n. 1, p. 67-114, Sep. 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1577035>. Acesso em: 20 dez. 2018.
- SCHOUERI, Luís Eduardo. *Preços de transferência no direito tributário brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Dialética, 2013.
- SILVEIRA, Ricardo Maitto. Economia digital, a Ação 1 do BEPS e a visão da ONU: proposições e críticas. As estruturas de planejamento tributário adotadas pelas empresas de tecnologia, as proposições da Ação 1 do BEPS e as iniciativas legislativas dos países ao redor do mundo. In: MONTEIRO, Alexandre; FARIA, Renato; MAITTO, Ricardo (coord.). *Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas*. São Paulo. Saraiva Educação, 2018. Edição do Kindle.
- SINNIG, Julia. The Reflection of Data-Driven Value Creation in the 2018 OECD and EU Proposals. *EC Tax Review*, v. 6, p. 325-334, 2018.
- SKAAR, Arvid Aage. Erosion of the Concept of Permanent Establishment: Electronic Commerce. *Intertax*, v. 28, n. 5, p. 188-194, 2000.
- SKAAR, Arvid Aage. *Permanent Establishment: Erosion of a Tax Treaty Principle*. Boston: Kluwer Law and Taxation, 1991.
- SPACE EXPLORATION TECHNOLOGIES CORP. *Arabsat-6A Mission*. Disponível em: https://www.spacex.com/sites/spacex/files/arabsat_6a_press_kit.pdf. Acesso em: 5 maio 2019.
- SPACE EXPLORATION TECHNOLOGIES CORP. *Falcon Heavy*. Disponível em: <https://www.spacex.com/falcon-heavy>. Acesso em: 5 maio 2019.

- TANG, Paul; BUSSINK, Henri. *EU Tax Revenue Loss from Google and Facebook*. *PvdA and Group of the Progressive Alliance of Socialists & Democrats in the European Parliament (S&D)*. Disponível em: <https://static.financieel-management.nl/documents/16690/EU-Tax-Revenue-Loss-from-Google-and-Facebook.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- TEIJEIRO, Guillermo O.; VÁZQUEZ, Juan Manuel. Taxation of the Digital Economy: Argentina Perspective. In: MONTEIRO, Alexandre; FARIA, Renato; MAITTO, Ricardo (coord.). *Tributação da economia digital: desafios no Brasil, experiência internacional e novas perspectivas*. São Paulo. Saraiva Educação, 2018. Edição do Kindle.
- THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE. *The 'EU Legislation in Progress' briefings: Interim Digital Services Tax on Revenues from Certain Digital Services*. 2. ed. 2018. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625132/EPRS_BRI\(2018\)625132_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/625132/EPRS_BRI(2018)625132_EN.pdf). Acesso em: 20 dez. 2018.
- TÔRRES, Heleno. *Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- TURINA, Alessandro. Which “Source Taxation” for the Digital Economy? *Intertax*, v. 46, n. 6/7, p. 495-519, 2018.
- UNIÃO EUROPEIA. *Diretiva 2013/34/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de junho de 2013 relativa às demonstrações financeiras anuais, às demonstrações financeiras consolidadas e aos relatórios conexos de certas formas de empresas*. Disponível em: https://www.portugal2020.pt/Portal2020/Media/Default/Docs/Legislacao/Comunitaria/DiretivaUE2013_34.pdf. Acesso em: 20 dez. 2018.
- UNITED KINGDOM. *Finance Act 2015*. 2015. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/11/part/3/enacted>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- UNITED KINGDOM. *Policy Paper Diverted Profits Tax Amendments*. 29 Oct. 2018. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/diverted-profits-tax-changes/diverted-profits-tax-amendments>. Acesso em: 12 fev. 2019.
- UNITED NATIONS. *Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries 2017 Update*. 2017. Disponível

- em: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf. Acesso em: 1º maio 2019.
- UNITED STATES OF AMERICA. *International Monetary Fund, Policy Paper: Spillovers in International Corporate Taxation*. 2014. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/pp/eng/2014/050914.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- UNITED STATES OF AMERICA. International Monetary Fund. *Working paper “Base erosion, profit shifting and developing countries”*. May 2015. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2015/wp15118.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- UNITED STATES OF AMERICA. *National Aeronautics and Space Administration*. Disponível em: https://www.nasa.gov/directorates/heo/scan/communications/outreach/funfacts/txt_satellite_comm.html. Acesso em: 5 maio 2019.
- UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court of the United States n. 17-494. *Case 585 U. S.* 2018. Disponível em: https://www.supremecourt.gov/opinions/17pdf/17-494_j4el.pdf. Acesso em: 20 dez. 2018.
- UNNIKRISHNAN, Anandapadmanabhan; NAGAPPAN, Meyyappan. Virtual Permanent Establishments: Indian Law and Practice. *Intertax*, v. 46, n. 6/7, p. 520-540, 2018.
- VASCONCELLOS, Roberto França de; OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Tributação do comércio eletrônico internacional*. 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.
- VOGEL, Klaus. Il diritto tributario internazionale. In: AMATUCCI, Andrea. *Trattato di diritto tributario. Il diritto tributario e le sue fonti*. Colaboração de Eusebio González García e Walter Schick. Padova: CEDAM, 1994. v. 1. t. 2. p. 691-725.
- VOGEL, Klaus. Worldwide vs Source Taxation of Income: A Review and Re-evaluation of Arguments (Part III). *Intertax*, v. 11, p. 393-402, 1988.
- VOGEL, Klaus. Worldwide vs. Source Taxation of Income: A Review and Re-Evaluation of Arguments (Part I). *Intertax*, v. 16, n. 8-9, p. 216-229, 1988.
- VOGEL, Klaus. Worldwide vs. Source Taxation of Income: A Review and Re-Evaluation of Arguments (Part II). *Intertax*, v. 16, n. 10, p. 310-320, 1988.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ZAPATA, Sonia. The Latin American Approach to the Concept of Permanent Establishment in Tax Treaties with Developed Countries. *Bulletin for International Bureau of Fiscal Documentation*, v. 52, p. 252-261, June 1998.

