



JORGE JOSÉ ROQUE PIRES FILHO

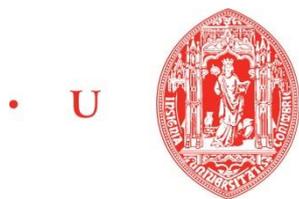
# OS DESAFIOS DA TRIBUTAÇÃO NA ECONOMIA DIGITAL

Dissertação em Ciências Jurídico-Políticas  
Menção em Direito Fiscal

Julho de 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

JORGE JOSÉ ROQUE PIRES FILHO

OS DESAFIOS DA TRIBUTAÇÃO NA ECONOMIA DIGITAL  
(THE CHALLENGES OF TAXATION IN THE DIGITAL ECONOMY)

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Fiscal.

Orientador: Dr. José Casalta Nabais.

Coimbra

2017

## **Agradecimentos**

Agradeço a Deus por me conceder o dom do intelecto e por conduzir os meus passos na vida acadêmica, contribuindo para a ciência do Direito.

À minha mãe Márcia Holanda - mulher batalhadora, de caráter inigualável, e que tanto contribui para o estudo da Cardiologia no Brasil, da qual ostento imenso orgulho - por todo o apoio pessoal e material a mim concedido, que possibilitou os meus estudos na quase milenar, mundialmente renomada, e tradicional Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, culminando na elaboração da presente obra.

À minha mulher parceira, Amanda Nicolosi, que muito me incentivou na elaboração da presente dissertação, sendo também compreensiva com a distância física nos tempos em que estive em Portugal.

Ao meu grande amigo Diego Medeiros, que, pacientemente, tanto me ouviu debater sobre o tema deste estudo, instigando-me para as reflexões respeitantes às suas problemáticas sob o ponto de vista não jurídico, mas filosófico.

Por fim, mas de longe menos importante, aos meus Professores de Direito Fiscal na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Dr. José Casalta Nabais e Dra. Suzana Tavares da Silva, que, em razão da qualidade de suas aulas e da sincera dedicação à vida acadêmica, introduziram-me nos estudos de dois novos ordenamentos jurídico-fiscal, o Português e o Europeu, despertando-me uma visão crítica acerca do ordenamento fiscal brasileiro. É um ganho que carregarei comigo para toda a vida.

## Resumo

A economia digital difere da economia tradicional na medida em que aquela possibilitou o surgimento de novos modelos de negócios. Estes novos modelos de negócios têm como característica em comum a venda de bens e serviços via dispositivos eletrônicos conectados à Internet. Em uma economia demasiadamente globalizada, na qual empresas multinacionais realizam operações comerciais em todo o globo através da Internet, constata-se a inexistência de fronteiras físicas entre países, assim, novos mercados são alcançados em nível sem precedente. Isso acontece porque a economia digital torna desnecessária a presença física da empresa multinacional nos países em que atua e onde possui clientes. Em termos de tributação, isso dificulta ao país consumidor (Estado da fonte) exercer a tributação dos rendimentos gerados em seu território pelas atividades da empresa estrangeira digital, mormente em razão de planejamentos fiscais bem elaborados. O presente trabalho tem como escopo identificar os problemas respeitantes à tributação sobre o rendimento das empresas multinacionais que operam na economia digital de bens intangíveis a nível global, sob o ângulo do Estado da fonte do rendimento. Busca-se também identificar as soluções propostas para que referidos rendimentos sejam tributados adequadamente (inclusive, sob o enfoque dos relatórios produzidos pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE no contexto do programa “*Base Erosion and Profit Shifting*” – BEPS). Ao final, o autor aponta o caminho que, no seu entender, é o mais apropriado de ser seguido para que os países consumidores consigam exercer legitimamente seu poder tributário sobre o rendimento gerado no comércio eletrônico direto pelas empresas multinacionais.

Palavras-chave: economia digital, comércio eletrônico, tributação, planejamento fiscal, BEPS.

## Abstract

The digital economy differs from the traditional economy because it made possible the emergence of new business models. What these new business models have in common is the sale of goods and services via electronic devices connected to the Internet. In a globalized economy, in which multinational corporations conduct business operations across the globe by using the Internet, there is no physical boundaries between countries anymore, so that new markets are reached at an unprecedented level. This occurs because the digital economy do not require a physical presence of a multinational enterprise in countries where it operates and have consumers. Regarding taxation, this makes it difficult for the consumer country (source country) to tax the income of the foreign company's activities produced in its territory, mainly because of well-prepared tax planning adopted by the company. The objective of this paper is to identify the problems related to taxation of the income of multinational enterprises operating worldwide in the digital economy (regarding goods and services sold *online*), from the point of view of the source state. It also seeks to identify the proposed solutions so that their income are properly taxed (including the suggestions contained in the reports produced by the Organisation for Economic Co-operation and Development -OECD in the context of the "Base Erosion and Profit Shifting" - BEPS program). In the end, the author points out the path that, in his opinion, is the most appropriate one to follow in order for consumer countries (source countries) to legitimately exercise their tax power over income of multinational enterprises in the digital economy.

Keywords: Digital economy, e-commerce, taxation, tax planning, BEPS.

## Siglas

**B2B:** *Business-to-business*

**B2C:** *Business-to-consumer*

**BEPS:** *Base erosion and profit shifting*

**CFC:** *Controlled Foreign Corporations*

**CTN:** Código Tributário Nacional (brasileiro)

**EUA:** Estados Unidos da América

**IP:** *Internet Protocol*

**IVA (VAT):** Imposto sobre o valor acrescentado (*Value-added tax*)

**LGT:** Lei Geral Tributária (portuguesa)

**OCDE (OECD):** Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico  
(*Organisation for Economic Co-operation and Development*)

**TIC:** Tecnologia da informação e comunicação

**TFDE:** *Task Force on Digital Economy*

## Índice

|   |           |
|---|-----------|
| <b>Agradecimentos</b> .....   | <b>1</b>  |
| <b>Resumo</b> .....   | <b>2</b>  |
| <i>Abstract</i> .....   | <b>3</b>  |
| <b>Siglas</b> .....   | <b>4</b>  |
| <b>Índice</b> .....   | <b>5</b>  |
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....   | <b>8</b>  |
| <b>CAPÍTULO I – A ECONOMIA DIGITAL</b> .....  | <b>12</b> |
| 1.1 A sociedade da informação e o Direito .....   | 12        |
| 1.2 A economia digital surgida como consequência da sociedade da informação .....           | 14        |
| 1.3 O volume financeiro movimentado na economia digital .....                               | 16        |
| 1.4 Economia digital x economia física .....  | 19        |
| 1.5 Modelos de negócios surgidos na economia digital .....                                  | 19        |
| 1.5.1 Comércio eletrônico .....   | 20        |
| 1.5.2 Serviços de pagamento .....   | 22        |
| 1.5.3 <i>App stores</i> .....   | 23        |
| 1.5.4 Propagandas <i>online</i> .....   | 23        |
| 1.5.5 Outros modelos de negócios na economia digital .....                                  | 23        |
| 1.6 O Direito precisa ser reformulado para bem regular a economia digital .....             | 24        |
| <b>CAPÍTULO II – O PLANEAMENTO FISCAL E A ECONOMIA DIGITAL</b> .....                        | <b>27</b> |
| 2.1 A vontade de pagar menos impostos .....   | 27        |
| 2.2 O planeamento fiscal .....  | 33        |
| 2.3 Os motivos que levam administrações tributárias a combaterem o planeamento fiscal ..... | 36        |
| 2.4 O planeamento fiscal na economia digital .....  | 44        |

|   |           |
|---|-----------|
| <b>CAPÍTULO III – O DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL E A ECONOMIA DIGITAL .....</b>   | <b>48</b> |
| 3.1 A venda de bens e serviços na forma digital .....   | 48        |
| 3.2 Soberania fiscal .....  | 49        |
| 3.3 Dos elementos de conexão no Direito Tributário Internacional .....  | 52        |
| 3.3.1 Dos elementos de conexão subjetivos .....   | 55        |
| 3.3.2 Dos elementos de conexão objetivos.....   | 59        |
| 3.3.2.1 Do estabelecimento permanente .....   | 61        |
| 3.4 Os elementos de conexão e o planejamento fiscal na economia digital .....   | 65        |
| 3.4.1 A Ação 1 do BEPS: identificando oportunidades para a erosão da base tributável e transferência de lucros (BEPS) na economia digital ..... | 66        |
| 3.4.1.1 Características em comum nos planejamentos fiscais no contexto da economia digital .....  | 66        |
| 3.4.1.2 BEPS no contexto da tributação direta (imposto de renda) .....  | 68        |
| 3.4.1.2.1 Reduzindo a tributação no país atuante ( <i>market country</i> ) evitando uma presença física .....                                   | 68        |
| 3.4.1.2.2 Transferindo os lucros para uma jurisdição fiscal de baixa tributação   | 69        |
| 3.4.1.2.3 Reduzindo o lucro tributável no país atuante através de maximização das deduções à base tributável .....                              | 70        |
| 3.4.1.2.4 Baixa ou nenhuma tributação (retenção) na fonte .....   | 70        |
| 3.4.1.2.5 Baixa ou nenhuma tributação na empresa que auferir o rendimento....   | 70        |
| 3.4.1.2.5 Nenhuma tributação na empresa controladora .....  | 71        |
| <b>CAPÍTULO IV – OS DESAFIOS DA TRIBUTAÇÃO NA ECONOMIA DIGITAL .....</b>  | <b>72</b> |
| 4.1 Estado da fonte x Estado da residência .....  | 72        |
| 4.2 Breve histórico sobre a tributação pelo estado da fonte e pelo estado da residência e a Convenção Modelo da OCDE .....                      | 73        |
| 4.3 Princípios da tributação na economia digital .....  | 77        |

|  |            |
|--|------------|
| <b>CAPÍTULO V – POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA A TRIBUTAÇÃO NA ECONOMIA DIGITAL</b> .....   | <b>81</b>  |
| 5.1 As soluções da tributação na economia digital apontadas pela OCDE na Ação 1 do plano BEPS .....  | 81         |
| 5.1.1 Um novo elemento de conexão: a presença econômica significativa ( <i>significant economic presence</i> ) .....   | 82         |
| 5.1.2 Uma tributação retida na fonte nas transações digitais .....   | 85         |
| 5.1.3 Um tributo de equalização ( <i>equalisation levy</i> ) .....   | 87         |
| 5.1.4 Um novo conceito de estabelecimento permanente .....   | 88         |
| 5.1.4.1 Estratégias artificiais para evitar a constituição de um estabelecimento permanente: acordos de comissário .....   | 90         |
| 5.1.4.2 Estratégias artificiais para evitar a constituição de um estabelecimento permanente: exceções à definição de estabelecimento permanente, no que respeita a atividades preparatórias e auxiliares ..... | 91         |
| 5.1.4.3 Antigas propostas da OCDE para uma nova definição do conceito de estabelecimento permanente na economia digital .....  | 93         |
| 5.2 As soluções da tributação na economia digital apontadas pela doutrina .....  | 97         |
| 5.2.1 Doutrina de José Casalta Nabais .....  | 97         |
| 5.2.2 Doutrina de Luís Eduardo Schoueri .....  | 98         |
| 5.2.3 Doutrina de Roberto França de Vasconcellos .....   | 101        |
| 5.2.4 Doutrina de Glória Teixeira .....  | 107        |
| 5.3 Visão crítica do autor e a solução mais adequada .....   | 108        |
| <b>CONCLUSÃO</b> .....   | <b>118</b> |
| <b>Bibliografia</b> .....  | <b>130</b> |

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objeto de estudo os desafios da tributação na economia digital.

Diante da novidade do programa BEPS da OCDE para o Direito Tributário Internacional (cujos primeiros relatórios foram produzidos em 2013), programa este que possui imenso apoio de diversos líderes mundiais, o autor entende que o presente tema, amplamente discutido no Relatório Final da Ação 1 do BEPS publicado em 2015, é deveras recente para o Direito Tributário Internacional (embora a discussão em torno da tributação do comércio eletrônico já venha desde da década de 90, o plano BEPS promoveu uma aproximação diferente e muito mais aprofundada), além de ser de ampla importância para as empresas multinacionais contribuintes tributários em dezenas de países, e para as próprias administrações tributárias destes países.

A importância do tema se dá precipuamente porque os países enfrentam um cenário de perda de arrecadação tributária, em razão da redução da carga fiscal das empresas multinacionais decorrente de planejamentos fiscais bem estruturados na economia digital.

Na medida em que o autor foi adquirindo proximidade com o tema através de pesquisas bibliográficas, periódicos científicos, relatórios da OCDE, etc., percebeu a imensa amplitude de seu objeto, bem assim os inúmeros desafios que o comércio eletrônico traz para o campo do Direito Tributário.

Dessa forma, foi promovido um recorte da realidade estudada, de modo a delimitar o tema da dissertação. Quatro recortes assim foram feitos.

O primeiro, delimitando o campo de estudo para as operações que envolvam apenas o comércio eletrônico direto (de bens intangíveis), deixando em segundo plano o comércio eletrônico indireto (de bens tangíveis).

O segundo, buscando analisar os desafios da tributação somente sob o ângulo do Estado da fonte (país consumidor), deixando de lado problemáticas referentes ao Estado da residência (país de residência da empresa multinacional).

O terceiro, enfatizando o imposto sobre rendimento das empresas, deixando de canto os desafios relacionados aos impostos sobre consumo (IVA), impostos alfandegários, dentre outros.

O quarto recorte, implicitamente contido no segundo, limita o estudo ao Direito Tributário Internacional, sem ater-se à análise de um ordenamento jurídico de um país específico.

Algumas questões fora do tema proposto foram trazidas à tona, mas apenas de forma rápida e sucinta, para servir de suporte e melhor contextualizar as problemáticas enfrentadas.

Assim, a presente dissertação possui como objetivo estudar os desafios enfrentados pelo Estado da fonte (país consumidor) para conseguir tributar o rendimento das empresas multinacionais que operam no comércio eletrônico direto. A partir da identificação de tais desafios, buscam-se suas respectivas soluções.

Quatro questionamentos servem como um norte orientador. São eles:

- 1 – O país consumidor tem legitimidade para tributar os rendimentos das empresas estrangeiras não residentes que, mesmo não necessitando estabelecer uma presença física (estabelecimento permanente) em seu território, participam ativamente da vida econômica do país através do comércio eletrônico direto, já que a Internet não conhece fronteiras físicas?
- 2 – Tendo em vista que o país consumidor tem legitimidade para tributar fatos ocorridos em seu território, e, já que a Internet não conhece fronteiras físicas, pode-se sustentar que a atividade da empresa não residente está sendo exercida nos limites geográficos do território do país consumidor, caracterizando a existência de um estabelecimento permanente, permitindo a pretendida tributação?
- 3 – Caso positivo, qual seria o método para constatar a existência do estabelecimento permanente, assegurando a tributação pelo país consumidor? Há a necessidade de modificar as normas da Convenção Modelo da OCDE?

4 – Caso negativo, quais seriam outras soluções viáveis para que o país de consumo tribute a renda das empresas digitais não residentes?

Para o enfrentamento do tema, foram utilizadas como fonte de pesquisa: legislação, livros, periódicos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado, relatórios da OCDE e fontes eletrônicas como jornais e revistas.

Os capítulos I, II e III servem para contextualizar o tema, enquanto que os demais capítulos IV e V passam a enfrentar com objetividade o estudo que foi proposto.

No capítulo I (a economia digital), verificamos que a economia digital, fruto da sociedade da informação, é uma realidade global. O consumo de bens e serviços na forma digital, através de computadores, *smartphones* e *tablets* gera uma volumosa fonte de arrecadação tributária, mas que está sendo tolhida pelas empresas multinacionais. O Direito, especialmente o Direito Fiscal, precisa ser reformulado para se adequar aos novos tempos.

No capítulo II (o planejamento fiscal e a economia digital), falamos brevemente sobre a figura do planejamento fiscal, e o contextualizamos com a economia digital.

No capítulo III (o direito tributário internacional e a economia digital), identificamos os princípios e regras que orientam a tributação internacional, que têm como base elementar a soberania fiscal/estatal dos países. Analisamos como as empresas multinacionais estão se valendo de “brechas” na legislação para fugir à tributação da renda na economia digital.

No capítulo IV (os desafios da tributação na economia digital), adentramos nas problemáticas que se deseja enfrentar, trazendo um histórico sobre a briga entre o Estado da fonte e o Estado da residência na tributação da renda das empresas multinacionais, bem como identificando os princípios que devem guiar a tributação na economia digital.

Por fim, no capítulo V (possíveis soluções para a tributação na economia digital), apresentamos algumas soluções aos problemas enfrentados. São soluções propostas pela OCDE, especialmente no contexto do programa BEPS, e por juristas renomados estudiosos do Direito Tributário Internacional. Ao fim, o autor expõe sua visão crítica sobre os

estudos pesquisados, e se aventura a propor uma solução que, no seu entender, seria mais adequada, sem perder a humildade de, desde logo, criticá-la.

A presente dissertação carrega tema instigante e de infinita discussão no plano do Direito Tributário Internacional, necessitando de constantes e urgentes estudos, de modo a dirimir os desafios que a economia digital traz à tributação. Espera o autor que tenha logrado êxito em contribuir, um pouco mais, para o conhecimento e o enfrentamento da questão.

## CAPÍTULO I – A ECONOMIA DIGITAL

### 1.1 A sociedade da informação e o Direito

A sociedade da informação, impulsionada principalmente pela internet, veio para revolucionar o comportamento humano em várias de suas dimensões.

ADALBERTO SIMÃO FILHO<sup>1</sup>, citando David Lyon, esclarece que “a primeira onda [econômica] foi a agrícola, a segunda, a industrial e a terceira será a da Sociedade da Informação<sup>2</sup>”. Essa mesma linha progressiva de eras econômicas foi descrita no livro “A Terceira Onda”, de Alvin Toffler, em 1980, onde o mesmo chama a atenção para a era da informação.

Conceituando a expressão “sociedade da informação”, IRINEU FRANCISCO BARRETO JÚNIOR<sup>3</sup> leciona:

“A sociedade contemporânea atravessa uma verdadeira revolução digital em que são dissolvidas as fronteiras entre telecomunicações, meios de comunicação de massa e informática. Convencionou-se nomear esse novo ciclo histórico de Sociedade da Informação, cuja principal marca é o surgimento de complexas redes profissionais e tecnológicas voltadas à produção e ao uso da informação, que alcançam ainda sua distribuição através do mercado, bem como as formas de utilização desse bem para gerar conhecimento e riqueza<sup>4</sup>”.

O advento da sociedade da informação, marcada pela facilidade de acesso à informação através da utilização de “tecnologia da informação e comunicação – (TIC)”<sup>5</sup>, como computadores, internet e *tablets*, trouxe ao Direito uma imensa problemática a ser enfrentada: acompanhar o processo de evolução da sociedade humana na era digital, de modo a não ficar obsoleto, de modo a que as normas jurídicas não percam eficácia perante o modelo da sociedade atual.

---

<sup>1</sup> Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

<sup>2</sup> LYON, David. **A Sociedade da Informação: questões e ilusões**. Oeiras: Celta Editora. 1992, *apud* FILHO, Adalberto Simão. **Sociedade da Informação e seu Lineamento Jurídico**. In: O Direito na sociedade da informação / Liliana Minardi Paesani, coordenadora. São Paulo: Atlas, 2007. p. 7.

<sup>3</sup> Doutor em Ciência Política pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

<sup>4</sup> JÚNIOR, Irineu Francisco Barreto. Atualidade do Conceito de Sociedade da Informação para a Pesquisa Jurídica. In: O Direito na sociedade da informação / Liliana Minardi Paesani, coordenadora. São Paulo: Atlas, 2007. p. 62.

<sup>5</sup> Em inglês, “*information and communications technology (ICT)*”.

JÚNIOR (2007, pp. 65 e 66) chama atenção para este problema:

“A chamada Sociedade de Informação propicia um novo passo nas relações entre as nações, influenciando sistemas políticos e econômicos e a própria soberania de cada povo. O operador do Direito, mais do que estar atento para este fenômeno, deverá atuar ativamente para que, através de novas proposições, possa fornecer elementos normativos para as relações jurídicas criadas pela Internet.”

O Direito, exercendo o importante papel de regular o comportamento humano<sup>67</sup>, objetivando a uma sociedade harmoniosa, necessita adequar-se aos “novos tempos”. Caso contrário, a sociedade da informação, propiciada especialmente pela contínua expansão de usuários de internet, trará caos, desordem, anarquia à sociedade humana.

Felizmente, o Direito está buscando acompanhar esta evolução social, inclusive o Direito Fiscal. Não é a toa que a OCDE criou, no contexto do plano BEPS, do qual trataremos no decorrer deste trabalho, um grupo intitulado “*Task Force on Digital Economy*”, para estudar os desafios da tributação na economia digital.

O Brasil, reconhecendo a internet como um campo novo das relações humanas, decidiu regulamenta-la por meio da edição da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida no país como o “Marco Civil da Internet”. Se foi necessária a criação de uma lei para disciplinar o uso da internet em um determinado país como o Brasil, é porque a rede mundial de computadores possui suas nuances próprias na relação entre indivíduos.

A Internet também requereu modificações na legislação europeia. A União Europeia editou a Directiva 97/7/CE, com o objetivo de “aproximar as disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-membros relativas aos contratos à distância entre consumidores e fornecedores” (art. 1º); a Directiva 2000/31/CE, com o objetivo de “contribuir para o correcto funcionamento do mercado interno, garantindo a livre circulação dos serviços da sociedade da informação entre Estados-Membros” (art. 1º);

---

<sup>6</sup> “(...) o Direito corresponde à exigência essencial e indeclinável de uma convivência ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade.” REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002. p.2.

<sup>7</sup> No mesmo sentido de ser o Direito uma ordem de condutas humanas, um sistema de normas jurídicas que regulam a conduta humana: KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 33.

a Resolução do Conselho de 19 de janeiro de 1999 sobre os aspectos relativos ao consumidor na sociedade da informação (1999/C 23/01).

Relativamente à Resolução 1999/C 23/01, verifica-se de seu texto que o Conselho da União Europeia reconhece que o desenvolvimento contínuo de novas tecnologias de transmissão e armazenagem de informação está a conduzir a inovações a nível organizativo, comercial, técnico e jurídico com profundo impacto na sociedade em geral (1), bem como o desenvolvimento da sociedade de informação cria novos contextos comerciais que podem por em perigo os interesses dos consumidores (3).

Alguns dos perigos estão elencados na Resolução referida, tais como, (i) a transparência, incluindo a quantidade e a qualidade da informação; (ii) a proteção das crianças contra conteúdos inadequados; (iii) a segurança no sistema de pagamento, nomeadamente a assinatura eletrônica; (iv) a privacidade e proteção de dados pessoais; dentro outros.

Por fim, a Resolução convida a Comissão Europeia a analisar a legislação atual da Comunidade para identificar eventuais lacunas relativamente a problemas no contexto da sociedade da informação e identificar áreas onde possam ser necessárias medidas regulamentares adicionais.

Bem se percebe que o Direito está sendo revolvido e aprimorado para que possa acompanhar as mudanças trazidas pela “sociedade da informação”, nas mais diversas áreas (Consumidor, Penal, Fiscal, etc.).

Como visto, a sociedade da informação veio para revolucionar o comportamento humano. Inclusive, no campo da economia, ao criar a denominada “economia digital”, com consequências nítidas no campo do Direito Fiscal, conforme veremos.

## **1.2 A economia digital surgida como consequência da sociedade da informação**

A sociedade da informação, conforme visto, é a nova era da civilização humana. A expansão mundial do número de usuários de computadores, internet, *tablets*, *smartphones*, etc, fez com que o mundo ficasse ainda menor, possibilitando a interação global imediata de troca de informações.

Os agentes econômicos, especialmente as empresas, não tardaram a perceberem os benefícios de se inserirem no contexto da sociedade da informação, nascendo, assim, a “economia digital”.

Valendo-se do conceito de “economia” contida no dicionário<sup>8</sup>, a economia digital pode ser conceituada como sendo a ciência que estuda o processo de comercialização de bens e serviços via dispositivo eletrônico, comumente conectado à Internet. Assim, a economia digital tem por objeto o “comércio eletrônico”.

As informações, agora transformadas em “bits”, possibilitaram consumidores a comprar produtos e serviços por meio do computador ou do celular, sem precisarem se dirigir a lojas físicas. Tudo na comodidade de suas residências.

Nasceu assim o comércio eletrônico, primeiramente, de bens tangíveis (materiais). A internet, a princípio, serviu para facilitar a venda de produtos e serviços já existentes na economia “física”, como carros, roupas, eletrodomésticos, livros, etc.

Depois, vieram os bens intangíveis (imateriais), ou seja, bens incorpóreos. Com o aprimoramento da tecnologia de informação, produtos e serviços passaram a ser não somente vendidos através da internet, mas, também, consumidos dentro do próprio sistema eletrônico. São as músicas, filmes e jogos digitais, por exemplo, consumidos no próprio computador do usuário, por meio de *download* ou *streaming*.

Os bens intangíveis estão dominando os aplicativos de celular. Hoje, podemos armazenar livros, jogos, filmes, músicas e tantos outros arquivos dentro do referido aparelho.

A presente dissertação está sendo redigida no programa chamado “Word”, da empresa multinacional Microsoft, o qual foi adquirido por este autor via *download*. E, ao final, a dissertação poderá ser lida por outro programa que abre arquivos no formato “pdf”, o “Adobe Reader”, da empresa Adobe Systems. Esta obra, que está sendo escrita no Brasil e em Portugal, poderá ser posteriormente comercializada e vendida a um consumidor no Japão, sem a necessidade de um navio ou um avião fazer o transporte físico do produto até

---

<sup>8</sup> “Ciência que analisa e estuda os mecanismos referentes à obtenção, à produção, ao consumo e à utilização dos bens materiais necessários à sobrevivência e ao bem-estar”. <https://www.dicio.com.br/economia/>. Acesso em 02 de julho de 2017.

o consumidor. Todo o processo de consumo é realizado no contexto de uma troca de informações proporcionada por produtos tecnológicos de comunicação e informação como computadores e *smartphones*.

Serviços de educação são oferecidos à distância, por meio de cursos *online*. Publicidade e propaganda são veiculadas em sítios eletrônicos (*websites*). Pode-se hoje realizar transações bancárias pela internet. Investe-se na bolsa de valores, comprando e vendendo ações, de frente a um computador.

A economia digital é uma realidade na vida das pessoas de todo o mundo, demonstrando crescimento inevitável.

### **1.3 O volume financeiro movimentado na economia digital**

A rede mundial de computadores tornou-se um campo fértil de negócios. Consumidores em todo o mundo utilizam a internet para fazer compras de mercadorias, tanto as tangíveis (roupas, sapatos, instrumentos musicais e até carros), como as intangíveis (músicas e filmes *online*, aplicativos para celular, etc).

A tecnologia da informação e comunicação (TIC) foi responsável pelo nascimento de novas espécies de negócios, inimagináveis no passado, e que são capazes de dizimar, levar à extinção, empresas tradicionais em seus respectivos ramos. Serviços como o Uber, Lyft, e Airbnb detém o poder de retirar empregos em ramos de negócios como táxi e hotéis<sup>9</sup>.

O famoso serviço do Uber - através do qual o usuário solicita um motorista por meio de um aplicativo para celular, designando a rota e sabendo previamente o quanto vai pagar pela corrida, a preço competitivo - está invadindo o mercado antes dominado por taxistas e empresas de táxi. Na cidade de New York, Estados Unidos, empresas de táxi pedem que a indústria de táxi da cidade seja blindada contra ameaças de empresas como o Uber<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> TAPSCOTT, D. **After 20 Years, It's Harder to Ignore the Digital Economy's Dark Side**. Harvard Business Review Digital Articles. 2-6, Mar. 11, 2016. ISSN: 01000000.

<sup>10</sup> <http://exame.abril.com.br/economia/uber-em-ny-esta-matando-mercado-de-credito-para-taxis/>. Acesso em 25 de abril de 2017.

Os serviços de *streaming* de músicas (ouvir artistas através da internet, sem precisar fazer o *download* da canção para o computador, celular ou *tablet*), como o Spotify, gerou dois bilhões e quatrocentos milhões de dólares no ano de 2015, somente nos Estados Unidos<sup>11</sup>. A receita de *streaming* de músicas já é muito maior que a receita da venda de CD's (*compact disc*) físicos, que até o ano de 2000 era um mercado consolidado.

A receita do Facebook no segundo trimestre de 2016 foi de seis bilhões e quatrocentos e quarenta milhões de dólares, originada em maior parte pelo anúncio de publicidades em vídeos<sup>12</sup>.

Para se ter mais noção do volume financeiro gerado na economia digital, as cinco maiores empresas do mundo (em valor de mercado) são todas atuantes no mercado digital: Apple, Alphabet, Amazon, Microsoft, e Facebook<sup>13</sup>.

Segundo apontado pelo Relatório Final da Ação 1 do BEPS, estima-se que as vendas de comércio eletrônico no formato B2C (*business-to-consumer* / empresa para consumidor) em 2014 excederam a 1,4 trilhões de dólares mundialmente. Se computadas também as vendas B2B (*business-to-business* / empresa para empresa), elas equivaleram em 2013 a 16 trilhões de dólares.

Com esses dados, fica evidente que por trás das empresas que operam na rede mundial de computadores, existe uma extensa base tributável, e, conseqüentemente, uma extensa fonte de receita tributária, relativamente ao imposto sobre a renda destas empresas [e também ao imposto sobre consumo, mas que não é objeto deste trabalho]. E, por se tratarem de empresas multinacionais, operando em diversos países e jurisdições fiscais, decorre disso a preocupação mundial de evitar que haja o deslocamento desta base tributável, por meio de planejamentos fiscais agressivos, para jurisdições com baixa tributação.

Daí a relevância, por exemplo, da Ação 1 do BEPS<sup>14</sup>. Conforme relatório final desta Ação<sup>15</sup>:

---

<sup>11</sup> <https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-03-22/apple-s-itunes-overtaken-by-streaming-music-services-in-sales>. Acesso em 25 de abril de 2017.

<sup>12</sup> <https://www.forbes.com/sites/kathleenchaykowski/2016/07/27/facebook-shares-soar-on-sales-earnings-that-blow-away-estimates/#64964901c562>. Acesso em 25 de abril de 2017.

<sup>13</sup> CHAKRAVORTI, B. **The Missing Political Debate Over the Digital Economy**. Harvard Business Review Digital Articles. 2-6, Oct. 6, 2016. ISSN: 01000000.

*“The spread of the digital economy also poses challenges for international taxation. The digital economy is characterised by an unparalleled reliance on intangibles, the massive use of data (notably personal data), the widespread adoption of multi-sided business models capturing value from externalities generated by free products, and the difficulty of determining the jurisdiction in which value creation occurs.”*

Em dados colhidos e apresentados em artigo elaborado por SUZANA TAVARES DA SILVA, MARTA VICENTE E MARTA COSTA SANTOS<sup>16</sup>, o Fundo Monetário Internacional identificou que, em 2010, os Barbados, as Bermudas e as Ilhas Virgens Britânicas receberam mais investimentos estrangeiros diretos do que a Alemanha ou o Japão, e fizeram, cumulativamente, mais investimento estrangeiro (4,54% combinado) do que aquele país (4,28%), sendo de se indagar como estas três pequenas jurisdições conseguem alcançar tais números. Apresentam as autoras, como explicativa, o fato de que os resultados dos grupos de sociedades multinacionais são transferidos artificialmente para estes países de baixa tributação por meio de planeamentos fiscais. Aduzem que:

*“o grande problema e as dificuldades a estes planos, que passam sobretudo por esquemas de eliminação de dupla tributação, prende-se com o facto de os mesmos, em teoria, serem lícitos, ou, pelo menos, não serem proibidos, explorando as oportunidades concedidas por sistemas fiscais projetados para a “velha” economia, desalinhados entre si, dando aso a situações de dupla ou ausência de tributação”.*

Mais adiante retornaremos a esta problemática do planeamento fiscal, importando, por ora, evidenciar que a economia digital gera uma tamanha fonte de tributação, e, por isso, a preocupação dos líderes mundiais em impedir que esta base tributável seja deslocada pelas empresas multinacionais, de forma ardilosa, para jurisdições fiscais com

---

<sup>14</sup> BEPS significa “*Base erosion and profit shifting*”, e é um programa desenvolvido pela OCDE em parceria com o G20 para combater o planeamento fiscal agressivo praticado por empresas multinacionais com vistas à redução ilegítima dos tributos por elas devidos.

<sup>15</sup> OECD (2015), **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 16. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>

<sup>16</sup> SILVA, Suzana Tavares e outros. **Os benefícios da harmonização fiscal e os respectivos riscos face ao actual modelo de desenvolvimento económico**. Data da publicação: 11 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/handle/10316/157>

baixa tributação, as quais, em tese, não deveriam exercer a tributação sobre os rendimentos destas empresas.

#### **1.4 Economia digital x economia física**

Leis antigas, estruturas, normas, e soluções tradicionais estão provando serem completamente inadequadas para a vida na nova economia digital<sup>17</sup>. Isso porque a economia digital trouxe novos modelos e formas de negócios não existentes na tradicional economia física, dando origem ao “comércio eletrônico”.

O comércio eletrônico depreende-se em dois tipos. O indireto, de bens materiais (tangíveis), e o direto, de bens imateriais (intangíveis). Embora o comércio eletrônico de bens materiais possa ser considerado como um novo modelo de negócio surgido na economia digital, nele não encontramos um elemento marcante e totalmente diferenciador da economia tradicional. Isso se dá porque o envio da mercadoria ou a prestação do serviço é realizado por vias tradicionais, tal qual ocorre na economia “física”. Apenas outra etapa da operação se dá de forma *online*, comumente o método de pagamento, mas o produto ou serviço é entregue ou prestado fisicamente, ou, melhor dizendo, presencialmente.

Mas, já não podemos afirmar o mesmo com relação ao comércio eletrônico direto, de bens imateriais, incorpóreos. E é esse o elemento em comum, marcante, encontrado na economia digital e que a distancia sobremodo da economia tradicional: o consumo de bens e serviços na forma digital. Isso sucede porque se destrói as barreiras físicas existentes na economia tradicional, possibilitando empresas a atingirem mercados e consumidores remotamente.

#### **1.5 Modelos de negócios surgidos na economia digital**

Tomamos como base as informações contidas no Relatório Final da Ação 1 do BEPS<sup>18</sup>, cujo capítulo quatro contempla estudo bem aprofundado sobre os modelos de negócios surgidos como consequência dos avanços da tecnologia da informação e comunicação (TIC).

---

<sup>17</sup> TAPSCOTT, D. *Op. cit.*

<sup>18</sup> OECD (2015), **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report.** *Op. cit.*

O capítulo quatro tem início afirmando que todos os setores da economia têm adotado TICs para aumentar a produtividade, alcançar novos mercados, e reduzir custos operacionais. Com o barateamento dos produtos tecnológicos, empresas passaram a utilizá-los com cada vez mais frequência.

Depois, menciona que alguns modelos de negócios surgidos na economia digital possuem seu paralelo na economia tradicional, mas, o avanço de TICs fez com que atividades empresariais fossem conduzidas em uma escala substancialmente maior e abrangesse mercados distantes. Inclusive, modelos tradicionais de negócios podem vir a serem extintos com o advento da economia digital (já vimos, por exemplo, que em Nova York as empresas de táxi se sentem ameaçadas pelo surgimento do aplicativo *Uber*).

O Relatório da Ação 1 do BEPS aponta alguns modelos de negócios surgidos na economia digital, sobre os quais trataremos a seguir, com base precipuamente nas informações extraídas deste Relatório. Embora referido relatório identifique o “comércio eletrônico” como sendo um novo modelo de negócio ao lado de outros como *app stores* e *cloud computing*, entendemos que o “comércio eletrônico” é gênero, tendo como espécies as suas mais diversas facetas (*app stores*, *cloud computing*, *online payment*, etc.).

### **1.5.1 Comércio eletrônico**

O comércio eletrônico é a venda ou compra de bens ou serviços, realizada com o auxílio de um instrumento eletrônico (dispositivos eletrônicos conectados à internet é o meio mais utilizado atualmente).

Para MAUCIR FREGONESI JÚNIOR, o termo “comércio eletrônico” pode designar, simplesmente:

“as operações de compra e venda de bens ou de prestação de serviços em que pelo menos uma de suas etapas (oferta, proposta, aceitação, execução/entrega e pagamento) são realizadas com o auxílio de um instrumento eletrônico<sup>19</sup>”.

---

<sup>19</sup> JÚNIOR, Maucir Fregonesi. **Desafios do Comércio Eletrônico Direto para o Direito Tributário**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004. p. 19.

MAUCIR enfatiza que o comércio eletrônico existe desde o momento em que empresas e consumidores passaram a utilizar telefone ou fax para concretizarem negócios, mas que tal comércio só atingiu níveis elevados de transação com o advento da Internet<sup>20</sup>.

O que é relevante para o presente trabalho é o comércio eletrônico via internet.

Se a entrega (consumo) do bem ou serviço é feita de forma eletrônica (via internet), temos aí o que o Relatório Final da Ação 1 do BEPS da OCDE intitula de “comércio eletrônico direto” ou “comércio eletrônico *online*”. São exemplos o *download* de músicas e filmes para o próprio computador do consumidor, sem a utilização de meios de transporte físicos.

Agora, se a entrega do bem ou serviço é realizada via meios tradicionais (caminhões, trens, avião, navio, etc), temos então o “comércio eletrônico indireto” ou “comércio eletrônico *offline*”. Neste último caso, o comércio eletrônico apenas facilita a compra e venda da mercadoria ou serviço (por exemplo, com o pagamento *online*). Exemplo é o caso de compra de livros (físicos) no sítio eletrônico da Editora Almedina, os quais são entregues via transporte físico ao domicílio ou morada do consumidor.

O comércio eletrônico pode ser praticado entre empresas, indivíduos, governos, e outras organizações públicas e privadas. O que está conforme conceito definido por GLÓRIA TEIXEIRA:

“Com efeito, consistindo o comércio eletrônico em qualquer transação comercial que envolva quer organizações quer indivíduos e que seja baseada no processamento e transmissão de dados por via eletrônica, incluindo texto, som e imagem, permite-se, através do mesmo, a criação de um verdadeiro mercado global, em que não existem as limitações inerentes à distância física<sup>21</sup>”.

Novos modelos de negócio como o “Ebay” possibilitam pessoas singulares venderem bens pela internet a outras pessoas singulares, sem que isso se constitua uma atividade empresarial, porquanto a venda não é habitual, contemplando bens, por exemplo, que o indivíduo não usa mais e quer se desfazer. Em contrapartida, o “Ebay” cobra uma taxa sobre o valor da transação.

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>21</sup> TEIXEIRA, Glória. **Manual de Direito Fiscal**. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2015. pp. 194 e 195.

As empresas também começaram a utilizar a plataforma “Ebay” para venderem seus produtos e serviços. Neste caso, pequenos comerciantes conseguem se inserir em mercados os quais não seriam possíveis de serem atingidos se não fosse pela existência da internet.

Os grupos empresariais maiores, incluindo multinacionais, criaram sítios eletrônicos próprios para comercializarem seus produtos ou serviços, como as empresas Amazon, Walmart, Bestbuy, FNAC, dentre outras.

Dados coletados pela OCDE expostos no Relatório Final da Ação 1 do BEPS mostram que, até 2018, o comércio eletrônico entre empresas e consumidores (*business-to-consumer – B2C*) está estimado para ultrapassar a cifra de dois trilhões de dólares.

### **1.5.2 Serviços de pagamento**

Pagamentos *online* normalmente requerem informações financeiras do consumidor. Conforme visto, a internet possibilitou que pessoas físicas vendam bens pela internet de forma aleatória, sem que isso constitua uma atividade empresarial. Nestes casos, o vendedor é comumente uma pessoa desconhecida. Sendo assim, o consumidor, obviamente, tem o receio de enviar seus dados bancários ou informações de cartão de crédito para o vendedor.

Diante disto, surgiram novos modelos de negócio, como o Paypal. No Paypal, o consumidor entrega seus dados de cartão de crédito. Quando o consumidor realiza uma compra junto ao vendedor pelo referido sistema, o vendedor não precisa de seus dados pessoais, pois receberá do Paypal o pagamento correspondente. Assim, o serviço de pagamento funciona como um intermediário entre vendedor e comprador nas operações *online*. O pagamento de propinas na Universidade de Coimbra, por exemplo, pode ser realizado via Paypal.

Os serviços de pagamento eletrônico oferecem vários benefícios aos usuários, como (i) proteção contra fraudes, já que comprador e vendedor não trocam informações bancárias confidenciais; (ii) rápido pagamento, processado em questão de minutos; (iii) a possibilidade de transacionar em diversos tipos de moeda.

Os serviços de pagamento eletrônico, em contrapartida, cobram normalmente uma tarifa sobre o valor da transação.

A economia digital também deu nascimento à “moeda eletrônica”, utilizada no contexto dos pagamentos *online*.

### **1.5.3 App stores**

A proliferação dos usuários de internet através de *smartphones* e *tablets* causou o surgimento das “lojas de aplicativos” (*app stores*), um tipo de plataforma de distribuição digital de softwares e bens eletrônicos. O usuário compra diversos tipos de aplicativos, como jogos, filmes, livros, instalando-os em seus dispositivos móveis.

Algumas aplicações são grátis, porém, veiculam propagandas comerciais que trazem ganhos financeiros para o vendedor do aplicativo.

Exemplo de loja de aplicativo é o “Google Play”, da empresa Google.

Conforme mencionado no Relatório Final da Ação 1 do BEPS, a receita das lojas de aplicativos para o ano de 2013 foi estimada em 26 bilhões de dólares.

### **1.5.4 Propagandas online**

Serviços de propagandas *online* utilizam a internet não apenas como meio de transmitir a propaganda comercial, mas, também, para coletar informações de possíveis públicos alvos da propaganda.

O Facebook, além de ser uma plataforma *online* de comunicação entre usuários formando uma rede de relacionamentos, também veicula propagandas *online* como modo de obter receita. Diversos sítios eletrônicos também o fazem.

A OCDE no Relatório da Ação 1 do BEPS, mencionando dados colhidos pela PWC (famosa empresa mundial de auditoria), estima que o mercado para propagandas na internet alcançará o montante de quase duzentos e quarenta bilhões em 2019.

### **1.5.5 Outros modelos de negócios na economia digital**

O *cloud computing*, ou computação em nuvem, oferece um serviço de armazenagem de dados *online* e funciona, também, como um computador pessoal, rodando alguns tipos de programas. Como exemplo, temos o “Onedrive”, da empresa Microsoft. O *cloud computing* funciona especialmente como alternativa para guardar e salvar arquivos (foto, músicas, arquivos de texto, etc), pois, mesmo que o usuário perca seu computador, os arquivos manterão salvos no mundo virtual, podendo ser acessados de qualquer outro dispositivo conectado à internet. É comum que escritórios de advocacias, por exemplo, salvem seus arquivos “em nuvem”, de modo que caso ocorra uma pane no servidor e nos computadores do escritório, os arquivos dos clientes estarão a salvo.

As *plataformas participativas* também possuem um importante papel na economia digital, atingindo a maioria dos usuários de internet. São elas os *blogs*, as redes sociais como Facebook e LinkedIn, o Youtube, etc. A receita destas atividades são oriundas em maior parte de veiculação de propagandas *online*.

## **1.6 O Direito precisa ser reformulado para bem regular a economia digital**

A sociedade de informação mudou o comportamento da sociedade em várias de suas facetas.

Antes, para violar o sigilo de correspondência de outrem, o indivíduo precisaria abrir a caixa de correio da vítima e roubar-lhe as cartas, o que é muito difícil quando a pessoa mora em um condomínio com portaria e segurança. Além disso, para ter acesso a todas as correspondências da vítima, seria preciso, diariamente, furtar as cartas de correio. Agora, basta que se utilize de algum software malicioso para descobrir a senha do correio eletrônico (e-mail) de outra pessoa e ter acesso constante e diário a todas as suas correspondências eletrônicas.

Os direitos autorais são comumente desrespeitados na era da internet. Músicas, filmes, livros são baixados sem autorização dos respectivos autores. Há casos em que o filme sequer chegou a estrear nas salas de cinema, e ele já se encontra acessível ilicitamente em sítios eletrônicos. No mundo físico, poucos entrariam em uma loja de CDs ou em uma livraria e furtaria CDs de músicas e livros. Obviamente, devido ao risco de serem presos pela polícia.

No campo do Direito Penal, a natureza dos crimes cibernéticos os insere em um contexto no qual a aplicação das normas jurídico-penais internas de um Estado pode ser insuficiente, pela atipicidade de determinada conduta<sup>22</sup>. A necessidade de mudanças na legislação para o enfrentamento dos crimes cometidos na era digital foi percebida pelo Conselho Europeu, firmando, no ano de 2001, a *Convenção de Cibercrimes de Budapeste*<sup>23</sup>.

O comportamento dos agentes econômicos também mudou no contexto da sociedade da informação. Conforme visto, a economia digital trouxe novos modelos de negócios, transformando a face da economia global.

Compras são feitas *online*, paga-se para assistir filmes *online*, pagamentos de faturas por serviços ou produtos são feitos *online*, motoristas e serviços de táxi são solicitados *online*, até entrega de comida é solicitada utilizando-se a internet.

E se comportamentos novos surgem no contexto de uma economia digital, o Direito precisa assimilá-los e discipliná-los, na medida em que a sociedade necessita de uma convivência organizada relativamente a tais novos comportamentos.

Nesse contexto, surge uma árdua tarefa para o Direito Fiscal/Tributário<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> COLLI, Maciel. **Cibercrimes: limites e perspectivas para a investigação preliminar policial brasileira de crimes cibernéticos**. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009. p. 9. Texto parcial disponível em: <http://hdl.handle.net/10923/1747>.

<sup>23</sup> “O Conselho Europeu firmou, no ano de 2001, a *Convenção de Cibercrimes de Budapeste*, a qual estabelece um extenso rol de diretrizes e regras através das quais as produções legislativas nacionais, em matéria penal (material e processual) sobre crimes informáticos e em matéria administrativa sobre o armazenamento de dados, deveriam se orientar. Trata-se do primeiro instrumento internacional firmado por diversos países de um mesmo continente em busca de medidas que pudessem viabilizar a mitigação dos danos oriundos das infrações penais cometidas pela rede mundial de computadores. Dentre as medidas previstas no referido instituto está a orientação sobre a produção legislativa em matéria de cibercrimes.” *Ibidem*, p. 9.

<sup>24</sup> Interessante mencionar a reflexão de Hugo de Brito Machado sobre a finalidade do Direito Tributário. Segundo o autor, “O Direito, de um modo geral, tem por finalidade promover o equilíbrio nas relações entre os que têm e os que não têm poder. Ou entre os que têm mais e os que têm menos poder. Sabido que o estado é a maior expressão de poder que se conhece, fácil é concluir-se que o Direito Tributário tem por finalidade limitar o poder de tributar e proteger o cidadão contra os abusos desse poder.” MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. P. 71. Assim, não visão de Hugo de Brito, o Direito Tributário se ocupa em limitar o poder de tributar e proteger o cidadão contra os abusos desse poder, posicionando o contribuinte como parte hipossuficiente e frágil da relação jurídica. Em sentido contrário, José Casalta Nabais defendeu em sua tese de doutorado o “dever fundamental de pagar impostos”, enfatizando, já nas primeiras páginas de sua obra, que o cidadão moderno está exigindo e consagrando cada vez mais direitos, como se observa de Constituições atuais, olvidando-se, porém, de seus deveres perante a comunidade. Compartilhamos mais dessa última linha de raciocínio. Exemplo notório é a prática pelas empresas multinacionais de planejamentos fiscais abusivos, com o objetivo de fraudar a lei

Tendo em vista que a tributação, fonte predominante de receita para os Estados Fiscais, incide sobre a riqueza dos cidadãos, expressada pela sua capacidade contributiva<sup>25</sup>, e, tendo em vista que o Direito Tributário visa regular o comportamento do contribuinte, certo é que, surgindo novos comportamentos por parte do contribuinte (em decorrência de novos modelos de negócios) que sucedem uma geração de riqueza, estes novos comportamentos devem ser assimilados e disciplinados pelo Direito Tributário.

Salvo contrário, as atuais normas tributárias domésticas e internacionais não serão suficientes para regular a tributação tanto no campo doméstico como no campo internacional, prejudicando todas as jurisdições fiscais envolvidas.

Conforme avancemos, os desafios da tributação na economia digital e a indicação de possíveis soluções serão postas em evidência. Fica, como conclusão, que o Direito Tributário, especialmente o Internacional, precisa se modificar do modo a bem regular a tributação da economia digital, em especial o comércio eletrônico direto.

---

tributária, situação na qual o contribuinte, em verdade, encontra-se em posição de superioridade perante o Fisco, valendo-se das brechas da legislação para pagar menos impostos e dificultando o Fisco de cobrar os tributos que seriam devidos. A esperteza das empresas multinacionais configura a fuga do dever fundamental de pagar seus tributos.

<sup>25</sup> A capacidade contributiva tem sido incorporada na condição de princípio fundamental da tributação. No Brasil, referido princípio é positivado de forma expressa no art. 145, §1º, da Constituição brasileira: “*Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte (...)*”.

## CAPÍTULO II – O PLANEAMENTO FISCAL E A ECONOMIA DIGITAL

Os desafios da tributação na economia digital estão intrinsecamente ligados aos planeamentos fiscais<sup>26</sup> adotados pelas empresas a partir de brechas na legislação tributária doméstica e internacional.

Dessa forma, de modo a seguirmos adiante com a análise da problemática da presente obra, necessário primeiro tecer algumas considerações breves sobre o planeamento tributário.

### 2.1 A vontade de pagar menos impostos

“Nossa nova Constituição está agora implementada, e aparentemente ela será permanente; mas, neste mundo nada pode ser tido como certo, exceto a morte e os impostos<sup>27</sup>”.

A célebre frase de Benjamin Franklin - político estadunidense contemporâneo da Declaração de Independência dos Estados Unidos - consignada em uma carta que encaminhou ao cientista francês Jean-Baptiste Le Roy, em 1789, ainda ecoa atualmente.

Depois de passados mais de duzentos anos da famosa frase de Franklin, verifica-se que a maioria dos países do mundo é constituída sob a forma de Estado Fiscal. Isto é, são nações que, para satisfazerem suas necessidades financeiras, necessitam recorrer à figura do tributo<sup>28</sup>, sendo este conceituado como o montante pecuniário cobrado compulsoriamente dos indivíduos (pessoas singulares e coletivas, abrangendo, inclusive, entidades governamentais) que ostentam algum elemento de conexão com o Estado<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> No Brasil, o termo planeamento fiscal possui a designação de “planeamento tributário”.

<sup>27</sup> Tradução livre de *“Our new Constitution is now established, and has an appearance that promises permanency; but in this world nothing can be said to be certain, except death and taxes”*. Fonte: Smyth, Albert Henry (1907). *The Writings of Benjamin Franklin*, Vol. X (1789-1790). New York: MacMillan. p. 69. In: [https://en.wikipedia.org/wiki/Death\\_and\\_taxes\\_\(idiom\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Death_and_taxes_(idiom)). Acesso em 02 de maio de 2017.

<sup>28</sup> Definindo-se o conceito de tributo: na legislação brasileira, *ex vi* art. 3º da Lei n.º 5.172/1966 (Código Tributário Nacional), *“tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”*. Em sentido similar temos o art. 2, n.º 1, da Lei 58/2003 da Espanha (*Ley General Tributaria*): *“Los tributos son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos.”*

<sup>29</sup> Em Portugal, por exemplo, a tributação dos rendimentos se baseia em elementos de conexão como, por exemplo, a residência e a fonte: *“Para além do critério da residência, a tributação dos rendimentos em IRC*

A imposição de tributos pelo Estado possui como principal objetivo a arrecadação de receita para cobertura de gastos públicos essenciais<sup>3031</sup>. A tributação é o instrumento de que se vale o Estado para realizar os seus fins sociais, caso contrário, teria que monopolizar toda a atividade econômica<sup>32</sup> de modo a ser financiado. Como já sucedeu com países comunistas do século XX.

A tributação deveria ser, sempre, um “pequeno” preço a pagar pelos cidadãos para que, por meio da ação do Estado, a eles sejam garantidos e assegurados os seus direitos (à vida, à propriedade, à liberdade, etc).

De fato, a tributação é o instrumento que viabiliza sem sombra de dúvida, ainda que indiretamente, a proteção dos direitos dos cidadãos, a convivência pacífica da sociedade. É em razão da existência do Estado que, por exemplo, a casa ou apartamento em que moramos não é invadido por outrem, e, caso o seja, o Estado-juiz ordenará que o invasor se retire de nossa propriedade coercitivamente.

Assim sendo, todos os indivíduos deveriam prestar tributos ao Estado por ato de pura vontade, emanado de um desejo intrínseco, ciente de que está recebendo, em troca, inúmeros benefícios. O mesmo deveria valer para as empresas, visto que também necessitam da atuação estatal para possibilitar a proteção de seus interesses econômicos.

Não obstante o que foi dito, verifica-se que cidadãos e empresas muitas das vezes não sentem qualquer prazer em pagar impostos.

Em artigo de CLAUDIA FLORINA RADU, intitulado “*About Tax Compliance: Some Reasons why People Pay Their Taxes*”<sup>33</sup>”, a autora já alerta logo no início de seu trabalho que *tax evasion* (evasão fiscal) é um fenômeno presente desde a introdução dos

---

*pode ainda resultar de um outro elemento de conexão: o critério da fonte (art. 4.º/2 CIRC) aplicável à tributação dos rendimentos auferidos em Portugal por não residentes...”, SILVA, Suzana Tavares da. Direito Fiscal: Teoria Geral. 2ª Edição. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. p. 107.*

<sup>30</sup> TEIXEIRA, Glória, *op. cit.* p. 48.

<sup>31</sup> O tributo também serve para outros fins, comumente denominados *extrafiscais*: “*Para além deste objetivo prioritário [cobertura de gastos públicos essenciais] podem os estados prosseguir outros objetivos tais como o da redistribuição da riqueza, assumindo aqui uma relevância especial o princípio da progressividade, ou o do controlo da economia e da sociedade, através de uma influência direta ou indireta no comportamento dos contribuintes*”. *Ibidem*, pp. 48 e 49.

<sup>32</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 34ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 24.

<sup>33</sup> RADU, Claudia Florina. **About Tax Compliance Some Reasons why People Pay Their Taxes**. *Scientific Journal of Humanistic Studies*. 6, 10, 107-112, Mar. 2014. ISSN 20668880.

impostos, pois tributos são vistos, geralmente, como um mal necessário para o funcionamento do Estado. Assim, indivíduos procuram maneiras de escapar da tributação, especulando brechas na legislação fiscal ou sonegando impostos.

O artigo menciona que estudos mostram que quanto maior for a probabilidade de fiscalizações levadas a cabo pelo Estado, e quanto maior forem as penalidades cominadas pelo não pagamento do tributo, menor será o nível de sonegação fiscal<sup>34</sup>. O pagamento de impostos se dá em razão, portanto, do medo, isto é, do temor das consequências negativas do não pagamento.

Porém, na visão de RADU, o medo de sofrer sanções é apenas a motivação secundária pela qual as pessoas pagam impostos.

Segundo a autora, o primeiro motivo que leva pessoas a pagarem impostos é, na verdade, as consequências, positivas, advindas da tributação para a consecução dos interesses dos próprios contribuintes<sup>35</sup>. Se existente a percepção de “ganho”, de uma contrapartida clara e palpável, o indivíduo cooperará para o pagamento de seus impostos.

Em terceiro lugar, está o sentimento de moralidade, impulsionado pelo desejo de contribuir para o bem comum, para a coletividade.

Para alcançar suas conclusões, RADU analisou dados coletados por Friedrich Schneider, Andreas Buehn e Claudio Montengro em um trabalho intitulado “*Shadow Economies All Over The World*”<sup>36</sup> realizado para o Banco Mundial, bem como dados constantes do relatório “*Government Finance Statistic Yearbook, IMF, 2004*”, do Fundo Monetário Internacional. As análises da autora partiram da confrontação entre: (i) o nível de atividades comerciais que deveriam, mas não foram submetidas à tributação (*shadow*

---

<sup>34</sup> Porém, Claudia destaca que se a fiscalização for muito opressiva e as multas em patamares muito elevados, ter-se-á o efeito contrário, na medida em que o contribuinte perceberá o sistema tributário como desleal e injusto.

<sup>35</sup> “Here we could say that finding the necessary reasons for paying taxes is correlated with the reversibility of taxes. So if the individual knows that he will receive as many as possible services from the state, he will be more willing to pay taxes.” RADU, Claudia Florina. *Op. cit.*

<sup>36</sup> SCHNEIDER, Friedrich; BUEHN, Andreas; MONTENEGRO, Claudio E.. 2010. **Shadow Economies All over the World : New Estimates for 162 Countries from 1999 to 2007**. Policy Research working paper ; no. WPS 5356. World Bank. © World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/3928> License: CC BY 3.0 IGO.

*economy*) em um determinado país<sup>37</sup> e (ii) a quantidade de dinheiro público usado por esse mesmo país em prol dos interesses imediatos da população<sup>38</sup>.

Em síntese, a autora conclui que quando o contribuinte tem a percepção de usufruir, como contrapartida do tributo, um leque enorme de serviços públicos, ele estará mais inclinado a pagar impostos.

Tomando como base a conclusão de RADU, relativamente aos grupos empresariais multinacionais, os quais operam em diversos países, surge para nós a reflexão de como medir, concretamente, o benefício que esses grupos internacionais recebem, como contrapartida dos tributos, em cada um dos países em que possuem atividades comerciais, mormente quando a atuação engloba dezenas de países. Certamente, é uma avaliação deveras complicada de se fazer.

E, mesmo que fosse possível fazer tal avaliação, não se pode negar a existência de entraves burocráticos existentes comumente nos países - em alguns mais, em outro menos - que dificultam e criam limites à iniciativa privada.

No seio destes entraves ao desenvolvimento das atividades comerciais privadas, encontramos, a título de exemplos, rígidas legislações trabalhistas<sup>39</sup>, normas emanadas por agências ou entidades reguladoras da economia, burocracia para a abertura e registro de

---

<sup>37</sup> É certo que não se pode perder de vista que atividades comerciais não levadas à tributação não necessariamente decorrem do fato de que simplesmente o empresário quis sonegar impostos, mas, pode decorrer do fato de que tais atividades são ilícitas (e.g., tráfico de drogas), e, portanto, a sonegação ocorreu para se evitar a descoberta do crime. Entretanto, o trabalho “*Shadow Economies All over the World*” levou em consideração, para fins de definição do que seria *shadow economy*”, apenas as atividades lícitas, com as seguintes ressalvas: “*all market-based legal production of goods and services that are deliberately concealed from public authorities for any of the following reasons: (1) to avoid payment of income, value added or other taxes, (2) to avoid payment of social security contributions, (3) to avoid having to meet certain legal labor market standards, such as minimum wages, maximum working hours, safety standards, etc., and (4) to avoid complying with certain administrative procedures, such as completing statistical questionnaires or other administrative forms.*” (SCHNEIDER, Friedrich; BUEHN, Andreas; MONTENEGRO, Claudio E. *op. cit.* p. 5)

<sup>38</sup> Quanto à percepção pelos contribuintes de que o dinheiro arrecadado na forma de impostos está sendo usada para o benefício da população, Claudia Radu enfatiza que esta percepção deixa de existir quando, por exemplo, o serviço público é de baixa qualidade, há desvio de dinheiro para o setor privado em razão de serviços públicos sobrefaturados, etc (RADU, Claudia Florina, *op. cit.* p. 110).

<sup>39</sup> Atualmente, o Brasil busca aprovar no Poder Legislativo uma ampla reforma à legislação trabalhista, como consequência da maior crise econômica que já atingiu o país, de modo a flexibilizar os direitos dos trabalhadores e permitir que empresas reduzam custos evitando, assim, uma demissão em massa e até mesmo a geração de empregos. <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-39714346>. Acesso em 07 de maio de 2017.

empresas<sup>40</sup>, normas quanto à sustentabilidade e ao meio-ambiente, dentre inúmeros outros empecilhos à atividade privada.

Pode-se tentar afirmar, portanto, que as empresas multinacionais encontram muito mais entraves para suas atividades advindos da atuação estatal, do que benefícios de fato. A percepção do benefício da atuação estatal para a atividade econômica privada é, desse modo, reduzida, pelo que, com base no estudo de RADU, este pode ser, para nós, um dos motivos pelo qual empresas buscam reduzir seus impostos.

Contudo, RADU deixou passar despercebidas outras possíveis razões que motivam ou não o contribuinte a pagar impostos.

Uma delas é provavelmente devido ao fato de que o custo tributário é visto frequentemente como um ônus para as empresas, na medida em que este custo envolve um volume de dinheiro que poderia ser canalizado para a ampliação de suas atividades<sup>41</sup>. Nestes casos, é logicamente aceito que “o administrador eleito para dirigir uma empresa deve, segundo a ordem jurídica vigente, adotar todas as medidas que, de acordo com a lei e o direito, tragam as menores desvantagens possíveis para a empresa<sup>42</sup>”.

Antônio Martins<sup>43</sup>, citado de CLARINDA PATRÍCIA D SOUSA PIMENTA em sua dissertação de mestrado, defende que a crescente competitividade no mercado de bens e serviços reprime as margens operacionais das empresas, levando-as a adotarem estratégias agressivas nas áreas financeiras, e, também, fiscais, com vistas à melhora de seus resultados contábeis.

---

<sup>40</sup> Relativamente ao Brasil, “(...) o tempo para abrir uma empresa é também muitas vezes apontado como um indicador de nossa burocracia, prejudicando o ambiente de negócios. Ocupamos o 123º lugar nesse quesito, com uma demora que é de mais de cem dias, enquanto que, na Nova Zelândia, país que ocupa o primeiro lugar, uma empresa pode ser aberta no mesmo dia.” <http://epocanegocios.globo.com/colunas/Enxuga-Ai/noticia/2017/04/nao-e-so-burocracia-do-governo-que-emperra-empresas.html>. Acesso em 07 de maio de 2017.

<sup>41</sup> “Visto que a carga tributária brasileira é muita elevada, os contribuintes procuram mecanismos para resguardar seus negócios”. YOUNG, Lúcia Helena Briski. **Planejamento Tributário: Fusão, Cisão e Incorporação**. 7ª ed. Curitiba: Juará Editora, 2011. p. 104.

<sup>42</sup> FILHO, Edmar Oliveira Andrade. **Direito e dever de planejamento tributário ou de otimização da carga tributária**. In: Planejamento Fiscal – Aspectos Teóricos e Práticos – Volume II – Coordenado por Pedro Anan Jr. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 159.

<sup>43</sup> MARTINS, Antônio (2006) “A internacionalização das empresas e a tributação dos lucros: Uma análise preliminar para o caso português” in Sanches, J. L.S.; Martins, Antônio (eds.) Homenagem a José Guilherme Xavier de Basto. Coimbra: Coimbra Editora, 71-81: *APUD* PIMENTA, Clarinda Patrícia de Sousa. **A deslocalização das empresas como forma de Planejamento Fiscal: uma análise à operação realizada pelo grupo Jerônimo Martins**. Dissertação de Mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016. P. 16.

Ainda nesse caminhar, a empresa vê a evasão fiscal (ilícita), em alguns casos, como necessária para a própria manutenção e sobrevivência da atividade produtiva. O Brasil, percebendo essa realidade, promulgou a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, instituindo o “Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional”, para que pequenas empresas pudessem pagar os diversos tributos federais, estaduais e municipais (Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica, Imposto sobre Produtos Industrializados, Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, Contribuição para o PIS/Pasep, Contribuição Patronal Previdenciária, Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, e Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza), de forma unificada (como se um tributo só fossem), aplicando-se, tão somente, uma determinada taxa sobre a receita bruta auferida no mês pela empresa.

Há outros estudos que tentam explicar a fuga aos impostos. GRANT RICHARDSON<sup>44</sup> realizou também uma análise sobre o tema. Ele analisou diversas variáveis relacionadas ao próprio contribuinte, como a idade, o gênero, o conhecimento da legislação fiscal, o rendimento, a fonte de rendimento, etc.

Ao final, menciona como fortes redutores da evasão fiscal, na seguinte ordem: (i) um sistema tributário simplificado, (ii) a ampla utilização da tributação na fonte (*withholding taxes*), utilizada, por exemplo, para a tributação dos rendimentos de trabalhadores, que é retida pela empresa e repassada ao Fisco; e (iii) um sistema tributário percebido como justo.

Percebe-se, pois, serem diversos os motivos que podem servir como explicativa para que o contribuinte tenha vontade de se furtar de suas obrigações tributárias, sendo possível, a partir daí, conceber soluções para motivar o contribuinte a cumprir sua obrigação fiscal de forma espontânea.

---

<sup>44</sup> RICHARDSON, Grant. **Determinants of tax evasion: A cross-country investigation.** Journal of International Accounting, Auditing and Taxation. 15, 150-169, Jan. 1, 2006. ISSN: 1061-9518.

Com base no artigo de RADU, a solução seria fazer com que fossem perceptíveis os benefícios que o Estado oferece como contrapartida à tributação. Com base em RICHARDSON, o mais importante é simplificar o sistema tributário.

Entretanto, por mais que se estudem os motivos para a evasão fiscal e os incentivos e motivações que poderiam ser oferecidas aos contribuintes de modo a que cumpram espontaneamente suas obrigações fiscais, algo é certo: a vontade de pagar menos impostos é uma realidade entre as grandes empresas, especialmente, as multinacionais.

Para além dos meios ilícitos de sonegação fiscal, verifica-se uma tendência mundial de grandes corporações multinacionais praticarem o famigerado planeamento fiscal, visando reduzir sua carga tributária, o que, com o advento da sociedade da informação e da economia digital, isso se tornou um problema ainda mais crônico, requerendo novas reflexões e soluções, as quais serão discutidas mais ao final deste trabalho.

Antes, pertinentes algumas breves considerações sobre o que é planeamento fiscal e as razões de os países adotarem medidas para seu combate.

## **2.2 O planeamento fiscal**

O termo “planeamento fiscal” tem sido bastante conceituado pela doutrina. Comumente, dá-se a ele o nome de “elisão fiscal”. Mas, quando o planejamento ultrapassa os limites legais, é denominado de “evasão fiscal”.

O conceito que, no nosso entender, bem define o planeamento fiscal é dado por LÁUDIO CAMARGO FABRETTI<sup>45</sup>, nos seguintes termos:

“O planejamento tributário é a atividade preventiva que estuda *a priori* os atos e negócios jurídicos que o agente econômico (empresa, instituição financeira, cooperativa, associação etc.) pretende realizar. Sua finalidade é obter a maior economia fiscal possível, reduzindo a carga tributária para o valor realmente exigido por lei. Devem-se pesquisar, antes de cada operação, suas consequências econômicas e jurídicas, porque uma vez concretizadas, considera-se ocorrido o

---

<sup>45</sup> FABRETTI, Lúdio Camargo. **Código Tributário Nacional Comentado**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2005. Pp. 152-153.

fato gerador e existentes seus efeitos (*art. 116 do CTN*), surgindo a obrigação tributária. Portanto, devem-se estudar e identificar todas as alternativas legais aplicáveis ao caso ou a existência de lacunas (“brechas”) na lei, que possibilitem realizar a operação pretendida, da forma menos onerosa possível para o contribuinte, sem contrariar a lei.”

Depreende-se do conceito acima, que o planejamento tributário é praticado pelo contribuinte visando a um objetivo específico, qual seja, reduzir o valor de tributos a pagar.

Esta redução da carga fiscal é alcançada por meio da análise *prévia* dos atos e negócios jurídicos a serem praticados pelo contribuinte, pois, sabe-se que, uma vez praticado o fato gerador, decorre daí o nascimento da obrigação de pagar o imposto<sup>46</sup>, não podendo mais se falar em planejamento e, sim, em sonegação fiscal. Neste último caso, quando já ocorrido o fato gerador, o contribuinte tenta, em verdade, esconder do Fisco uma obrigação fiscal já existente, deixando de prestar informações e declarações verdadeiras, conforme ensina ALBERTO XAVIER<sup>47</sup>.

Por conseguinte, esta análise prévia dos atos e negócios jurídicos se destina a verificar suas consequências jurídico-tributárias, e, a partir daí, buscar na (i) legislação ou em (ii) “brechas” na legislação, a possibilidade de praticar outros atos ou outros negócios jurídicos que, quando realizados, sobre eles incidirá uma carga tributária reduzida ou, mesmo, nula.

A própria legislação pode oferecer ao contribuinte opção para reduzir seus tributos, seja por meio de regimes tributários diferenciados à escolha do contribuinte<sup>48</sup>, seja por meio de incentivos fiscais criados pelo legislador para determinadas regiões

---

<sup>46</sup> Amílcar de Araújo Falcão possui uma obra inteira dedicada ao “fato gerador”. Cf. FALCÃO, Amílcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. 7ª ed. São Paulo: Noeses, 2013.

<sup>47</sup> “(...) o objeto da sonegação não é diretamente o próprio tributo, devido e declarado, mas não recolhido, mas o *conhecimento* dos fatos relevantes para o exercício do poder-dever de lançamento pela Administração fiscal, correspondendo, assim, a uma violação de deveres instrumentais ou acessórios, de caráter instrutório, pelos quais se concretiza o dever de colaboração do contribuinte na descoberta da verdade material, através da prestação de informações e declarações verdadeiras”. XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva**. São Paulo: Dialética, 2001. Pp. 81-82.

<sup>48</sup> Por exemplo, no Brasil, a pessoa jurídica, atendidos os requisitos legais, poderá optar pelo regime de tributação do imposto sobre a renda com base no lucro presumido (art. 516 do Decreto nº 3.000/1999), o que poderá levar a uma tributação reduzida, em comparação com o regime de tributação pelo lucro real. Nesta situação, é a própria lei que permite, expressamente, ao contribuinte, realizar um planejamento tributário.

geográficas<sup>49</sup>. Quando a própria lei, expressamente, permite ao contribuinte realizar um determinado planejamento tributário, e o mesmo é realizado conforme a lei, discussões em torno de sua validade são praticamente inexistentes, a não ser que a lei seja de algum modo inválida (por exemplo, por ferir a Constituição).

Problema surge mesmo quando a lei é omissa, obscura ou contraditória, isto é, quando a lei nem permite expressamente, nem proíbe expressamente determinado tipo de planejamento. Quando há “brecha” na lei, o contribuinte entende não haver óbices para reduzir seus gastos tributários. Mas, disto discorda o Fisco.

Para não nos limitarmos apenas ao campo teórico, damos um exemplo prático de planejamento fiscal, comumente praticado por diversas empresas internacionais. Os acordos internacionais firmados entre países para evitar a dupla tributação, normalmente seguindo a Convenção Modelo da OCDE<sup>50</sup>, acabam sendo utilizados de maneira abusiva pelas empresas, por meio do denominado “*treaty shopping*”.

LUÍS FLÁVIO NETO discorre sobre como é realizado o *treaty shopping*:

“(…) a estruturação ou reestruturação societária, realizada a fim de alocar empresas controladas como residentes em países que tenham celebrado Tratados de dupla tributação com o país da controladora, com o país de produção dos rendimentos (fonte) ou com ambos, de forma que tal controlada seja um “interposto” entre a controladora e o país da fonte, permitindo, assim, o acesso aos benefícios de Tratados de bitributação que, de outra forma, não seriam concedidos.”<sup>51</sup>

Sem o intuito de aprofundarmos na análise da operação societária por trás do *treaty shopping*, importa revelar que a empresa multinacional consegue reduzir sua carga fiscal “constituindo uma empresa subsidiária em determinada jurisdição fiscal”, sendo que

---

<sup>49</sup> Também no Brasil, o Decreto-Lei nº 288/1967 criou a Zona Franca de Manaus, uma área de livre comércio de importação e exportação e de incentivos fiscais especiais, estabelecida com a finalidade de criar no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas que permitam seu desenvolvimento, em face dos fatores locais e da grande distância, a que se encontram, os centros consumidores de seus produtos.

<sup>50</sup> OECD (2015), **Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)**, OECD Publishing, Paris. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264239081-en>.

<sup>51</sup> NETO, Luís Flávio. **A tolerância e a intolerância ao Treaty Shopping: os casos “Prévost”, “Indofood”, “Eagle I” e “Eagle II”**. In: Revista Direito Tributário Atual, v. 23. São Paulo: Dialética, 2009. p. 321-349.

esta operação possui o exclusivo intuito de pagar menos impostos. A multinacional, em verdade, não deseja constituir a referida subsidiária; esta serve apenas como um *veículo* para que a “empresa mãe<sup>52</sup>” e ou suas controladas tenham acesso a benefícios de tratados internacionais para evitar a dupla tributação, que, caso tal subsidiária não fosse constituída, não seriam concedidos. Não há, assim, um efetivo propósito comercial<sup>53</sup> na operação, que não a redução do ônus fiscal.

Neste caso, a brecha na legislação tributária internacional ocorre na medida em que o direito de constituir uma empresa é, em tese, um direito assegurado em qualquer país, observados os procedimentos legais para o efeito. Não há, *a priori*, nada de ilícito em se constituir uma empresa.

E, a ideia por trás do planejamento tributário consiste justamente no fato de que o planejamento é uma maneira *lícita* de reduzir a carga tributária do contribuinte. E, em razão disso, as empresas se valem deste método.

### **2.3 Os motivos que levam administrações tributárias a combaterem o planejamento fiscal**

Na linha do que foi explanado no tópico anterior, o planejamento tributário é uma maneira lícita (não contrária à lei) através da qual o contribuinte se vale para reduzir seus custos tributários.

O problema surge porque as administrações tributárias dos diversos países veem frequentemente com maus olhos o planejamento fiscal fundado em brechas na legislação, pois entendem que o contribuinte estaria, de algum modo, buscando fraudar a lei imperativa.

Não nos cabe esmiuçar nesse trabalho sobre as inúmeras controvérsias existentes acerca do planejamento fiscal. Cumpre-nos apontar apenas alguns dos motivos principais

---

<sup>52</sup> Denominamos empresa-mãe como sendo a controladora de uma ou mais empresas, por deter o poder de controle societário das demais, exercendo sobre elas o poder de gerência, ainda que por delegação.

<sup>53</sup> Sobre o propósito comercial como elemento verificador da validade de um planejamento tributário, confira artigo de nossa autoria: FILHO, Jorge José Roque Pires. **Planejamento tributário deve ser feito com propósito comercial**. Revista eletrônica Consultor Jurídico (CONJUR), 27 de janeiro de 2014. Acessível em <http://www.conjur.com.br/2014-jan-27/jorge-roque-planejamento-tributario-feito-proposito-negocial>.

porque países tendem a combatê-lo, de modo a contextualizar a problemática do presente trabalho.

A economia globalizada é regida em especial pelas regras de livre mercado (economia de mercado), com alguma pontuada intervenção estatal. Dessa forma, o contribuinte entende que o planeamento fiscal decorre do seu direito à “livre condução da atividade econômica”, visando obter melhores resultados econômicos, sendo uma das ferramentas, o planeamento fiscal.

JOSÉ CASALTA NABAIS discorre sobre essa liberdade de reduzir a carga tributária, e enfatiza que ela decorre do “princípio da liberdade de gestão fiscal”. Defende que indivíduos e empresas podem “planificar a sua actividade económica sem preocupações com as necessidades financeiras da comunidade estatal, actuando de molde a obter os melhores resultados económicos em consequência do seu planeamento fiscal (*tax planning*)”<sup>54</sup>.

NABAIS entende serem lícitos os atos jurídicos praticados com o fim de se evitar os impostos, sustentando, inclusive, a licitude de “praticar actos ou celebrar negócios jurídicos com o principal ou mesmo único objetivo de reduzir ou eliminar impostos”<sup>55</sup>, mas, “conquanto que esta opção não seja veiculada através da utilização de meios ou instrumentos insólitos ou de todo inadequados ao objetivo ou objectivos económicos pretendidos”<sup>56</sup>.

A doutrina e jurisprudência de diversos países há bastante tempo vem se debruçando sobre a legitimidade de planejamentos fiscais, e, normalmente, o planejamento somente pode ter sua validade constatada a partir da análise de cada caso concreto, análise esta, comumente, contaminada por um elevado grau de subjetividade, tanto por parte do contribuinte, como por parte do Fisco.

PAULO AYRES BARRETO identifica os principais desafios do planejamento tributário sob a ótica do ordenamento brasileiro, mas que são também enfrentados por diversas outras jurisdições fiscais, entre eles (i) constante tensão entre os princípios da

---

<sup>54</sup> NABAIS, Jose Casalta. **Introdução ao Direito Fiscal das Empresas**. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 51

<sup>55</sup> *Idem*, p. 69

<sup>56</sup> *Ibidem*.

segurança jurídica e legalidade tributária, de um lado, e capacidade contributiva e solidariedade social, de outro e (ii) ausência de uniformidade no plano doutrinário, relativamente aos conceitos de simulação, dissimulação, fraude à lei, abuso de direito e abuso de forma.<sup>57</sup>

O planejamento fiscal é lícito, mas, como todo direito, possui limitações. Ocorre que tais limites não são expressos na legislação (“brecha na lei”), e por causa disso, põe-se grande celeuma no debate doutrinário e jurisprudencial.

É em tais limites que o Fisco busca abrigo para desconsiderar um planejamento fiscal.

Em consonância com os desafios apontados por BARRETO, o Fisco tende a desconsiderar um planejamento fiscal por causa: (i) da capacidade econômica do contribuinte e (ii) da existência de patologias (simulação, dissimulação, fraude à lei, abuso de direito, abuso de forma, ausência de propósito comercial, etc) no planejamento.

Relativamente à capacidade econômica, alguns entendem que pelo fato de o contribuinte ostentar capacidade de pagar o imposto, ele deve praticar atos e negócios jurídicos que gerem a consequência de pagar mais impostos, sendo vedada a opção pela forma menos onerosa.

Pensamos que, do ponto de vista da *solidariedade social*, tem algum sentido esse entendimento. Quem é mais rico, deveria contribuir mais para a manutenção do Estado.

Mas, do ponto de vista estritamente jurídico, e, aqui, caminhamos no sentido da teoria do positivismo jurídico bem exposta por Hans Kelsen, se não há norma que obrigue o contribuinte a pagar determinado imposto, ele não é obrigado a fazê-lo, só porque possui riquezas. É questão, inclusive, solucionada, integralmente, pelo princípio da legalidade.

ROQUE ANTONIO CARRAZA ilustra que “no passado, a tributação era realizada de modo tirânico: o monarca “criava” os tributos e os súditos deviam suportá-los

---

<sup>57</sup> BARRETO, Paulo Ayres. **Desafios do Planejamento Tributário**. In: Direito Tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Coordenador: Luís Eduardo Shoueri. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

(...) Foi só com o surgimento dos modernos *Estados de Direito* (...) que começaram a ser garantidos, de modo mais efetivo, os direitos dos contribuintes<sup>58</sup>.

Sabe-se que a maioria dos países do mundo são constituídos na forma de Estado de Direito (*rule of law*), isto é, são regidos pelo princípio da legalidade, traduzido na máxima de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei<sup>59</sup>”. Levando essa premissa para o Direito Tributário, podemos afirmar que ninguém será obrigado a pagar tributo senão em virtude de lei.

Dessa forma, pouco ou nada interessa se o indivíduo possui patrimônio vultoso e, portanto, tem condições de pagar mais impostos. Embora fosse esperada e gratificante a atitude de financiar o Estado por livre e espontânea vontade, isso seria apenas um ato de “bondade” ou conforme a “moral”. Mas, jamais seria um comportamento adotado em obediência a uma norma jurídica. Como ressalta Kelsen, a moral distingue-se do Direito<sup>60</sup>, pois, uma vez posta a norma no ordenamento, o que interessa é saber se a norma é válida ou inválida, e não se ela é justa ou injusta. A norma regula um comportamento humano que a sociedade, anteriormente ao processo de elaboração da norma, entendeu como obrigatório, facultativo ou proibitivo. O comportamento humano regulado pelo Direito Tributário é, especialmente, o comportamento do cidadão de pagar impostos.

Assim, se o contribuinte adota um planeamento fiscal para evitar que incida sobre ele a norma que o obrigue a pagar determinado tributo, não há como exigir deste contribuinte o pagamento da exação fiscal, apenas porque ele tem capacidade de pagar mais imposto<sup>61</sup>. Estamos diante de um comportamento desejável, mas, do ponto de vista jurídico, não obrigatório por lei.

---

<sup>58</sup> CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 213-214.

<sup>59</sup> Na Constituição brasileira, o princípio da legalidade, elevado ao campo dos direitos fundamentais, está previsto no art. 5º, inciso I.

<sup>60</sup> KELSEN, *op. cit.*, pp. 67-76.

<sup>61</sup> Embora a capacidade econômica e a interpretação econômica em Direito Tributário sejam coisas diferentes, estão muito próximas. Ambos institutos são vistos por alguns como ferramenta para identificar a riqueza a ser tributada, mitigando o princípio da legalidade tributária. Quanto à interpretação econômica em matéria tributária, Amilcar de Araújo Falcão, em obra citada, entende que o método exegético da interpretação econômica da lei tributária não acarreta violação ao princípio da legalidade tributária. Pelo contrário, o assegura, uma vez que fica o contribuinte vedado de fugir da intenção (espírito) da lei, com o único objetivo de determinar o tempo, a forma e quantidade da tributação. Se o esquema legal da tributação é vinculante para o Estado, não há por que deixar de sê-lo para o contribuinte. Segundo o autor, a interpretação econômica da lei tributária “(...) consiste em dar-se à lei, na sua aplicação às hipóteses concretas,

Tanto demonstra ser verdade essa afirmação (de que a capacidade econômica por si só não é amparo legal para a exigência de tributos) que jurisdições fiscais elaboram normas jurídicas buscando afirmar *respeito* ao princípio da legalidade que tanto alberga e salvaguarda o contribuinte. Inseriu-se em alguns ordenamentos, por exemplo, o que a doutrina denomina de “cláusula geral anti-elisiva” ou “cláusula geral anti-abuso”.

No Brasil, o art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional (CTN) assim dispõe:

“A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.”

Até hoje não se criou a lei ordinária a que faz menção o artigo 116, § único do CTN, e, assim, a doutrina majoritária brasileira entende que a norma geral anti-elisão prevista no mencionado dispositivo não tem eficácia e não pode ser aplicada a casos concretos<sup>62</sup>.

Em Portugal, o artigo 38.º, nº 2 da Lei Geral Tributária (LGT) veicula também uma cláusula geral anti-elisão:

“São ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efectuando-se então a tributação de

---

*inteligência tal que não permita ao contribuinte manipular a forma jurídica para, resguardando o resultado econômico visado, obter um menor pagamento ou o não pagamento de determinado tributo.”* FALCÃO, Amílcar de Araújo, *op. cit.*, p. 25. Em crítica a Amílcar e à interpretação econômica da norma tributária, Alfredo Augusto Becker defende que “*A doutrina da interpretação do Direito Tributário, segundo a realidade econômica, é filha do maior equívoco que tem impedido o Direito Tributário evoluir como Ciência Jurídica. Esta doutrina, inconscientemente, nega a utilidade do Direito, porquanto destrói precisamente o que há de jurídico dentro do Direito Tributário*”. BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2013. p. 138.

<sup>62</sup>“(…) o parágrafo único do artigo 116 do CTN é norma de eficácia limitada; portanto, só irá adquirir plena eficácia quando vier a ser integrado pela lei ordinária nele prevista; até lá, não pode ser invocado para o fim de serem considerados atos ou negócios celebrados e que tenham o efeito previsto no dispositivo”. GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 3ª Ed. São Paulo: Dialética, 2011. p.589.

acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas.”

Críticas comumente são feitas a tais normas gerais “anti-elisão”, dentre elas, a difícil ou impossível definição de seu alcance e conteúdo, ou seja, a dificuldade em delimitar o seu espectro de incidência, bem como a discussão acerca da sua própria validade em face de princípios constitucionais maiores.

Referindo-se ao n.º 2 do art. 38.º da LGT portuguesa, JOSÉ CASALTA NABAIS salienta a dificuldade da exata compreensão do que diz a norma, além de demonstrar preocupação com a questão de sua constitucionalidade em razão dos princípios da liberdade de gestão fiscal e da legalidade fiscal<sup>63</sup>.

DIOGO LEITE DE CAMPOS e JOÃO COSTA ANDRADE também chamam atenção ao cuidado que se deve ter com a norma geral anti-elisão, defendendo a liberdade de gestão fiscal, assim como NABAIS. Para os autores, o cidadão tem o direito *a priori* de celebrar os negócios que quiser, com os fins que entender<sup>64</sup>. A norma geral anti-elisão só pode aparecer depois, e desde que limite a liberdade da pessoa e da sociedade de forma reduzida e bem definida. “O Direito Tributário, antes de nascer, reconhece a autonomia dos cidadãos. Limitando-se a aguardar os resultados dessa autonomia para os tributar (ou não)”<sup>65</sup>. E prosseguem os autores:

“(…) o cidadão comportar-se-á de boa fé, não havendo lugar a abuso de direito (ou de liberdade) se, ao gerir os seus interesses, tiver em conta os custos fiscais e os inserir como mais um fator nos seus planos de vida ou na gestão da sua empresa<sup>66</sup>”.

CAMPOS e ANDRADE enfatiza a importância de não se conceber o indivíduo (contribuinte) como mecanismo econômico ou objeto de planificação fiscal. O Direito Tributário não pode ser o próprio Direito Civil, orientando o campo da liberdade civil. O Direito Tributário, deve, respeitar, assim, a “escolha fiscal”, que é antecessora à tributação:

---

<sup>63</sup> NABAIS, Jose Casalta, *op. cit.*, p. 70-71.

<sup>64</sup> CAMPOS, Diogo leite e João Costa Andrade. **Autonomia Contratual e Direito Tributário: A Norma Geral Anti-Elisão**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 50.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 52 e 53.

“O Direito deixa à pessoa-contribuinte um leque de opções, com a faculdade de escolher. Nomeadamente, de preencher ou não o tipo legal tributário. A pessoa-contribuinte escolhe de entre os instrumentos jurídicos postos à sua disposição, aquele que mais lhe convém. Trata-se de um percurso de liberdade e de um resultado “secundum legem”: não há aqui qualquer oposição à lei, qualquer ilícito, mais sim uma mera aplicação dos quadros jurídicos que pareceram mais favorável ao contribuinte. A liberdade que o Direito privado, reconhecendo a pessoa, singular ou colectiva, lhe reconhece de escolher os seus objectivos e os meios de os atingir, é anterior ao legislador fiscal, pois este limita-se a definir e a tributar os instrumentos de atingir um resultado, sem se poder cingir ao resultado propriamente dito<sup>67</sup>”.

Porém, CAMPOS e ANDRADE afirmam que a liberdade de gestão fiscal (adotar um comportamento anti-elisivo), embora deva ser respeitada, possui seus limites. Estes limites esbarrariam no fato de que a pessoa somente é livre para gerir os seus negócios, não os dos outros<sup>68</sup>. Para os autores, o contribuinte não poderia adotar comportamentos que acabassem por burlar o sistema fiscal, a ponto de escolher quais impostos pagar, a quantia e em que momento. Parece-nos que, neste caso, o contribuinte estaria realmente gerindo os impostos, assunto que lhe é alheio e pertence ao Estado.

Quando se fala em “burla ao sistema fiscal”, quer-se com isso dizer a prática, pelo contribuinte, de atos fraudulentos e artificiosos visando a redução de sua carga fiscal. CAMPOS e ANDRADE conceituam o que viriam a ser tais atos fraudulentos e artificiosos<sup>69</sup>: (i) inúteis ou desnecessários para a prossecução do projecto de vida ou da gestão da empresa, só tendo como objetivo a elisão fiscal e (ii) associados ao abuso de formas jurídicas, que, por sua vez, resta configurada<sup>70</sup> quando se verifica uma estrutura não usual para atingir o negócio pretendido, ausência de razões negociais, com o objetivo de reduzir a carga tributária.

---

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 56 e 57.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 79

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 81

A discussão em torno da legalidade, do alcance e conteúdo da norma geral anti-elisão é infinita, mas já é possível perceber que tais normas buscam preservar a integridade do sistema fiscal sem ter de desprezar princípios constitucionais maiores, como o da legalidade fiscal e da liberdade de gestão fiscal.

Outras tentativas de inserção no ordenamento jurídico de normas que possibilitem combater o planejamento fiscal são frequentes, o que só corrobora que o princípio da legalidade é amplamente respeitado no Direito Tributário. Exemplo são as leis, recomendadas pela OCDE, que obrigam o contribuinte ou o idealizador do planejamento fiscal a revelar para o Fisco os planejamentos fiscais que tem adotado. Em Portugal, tem-se o Decreto-Lei nº 29/2008, de 25 de fevereiro. No Brasil, o Governo Federal tentou aprovar a Medida Provisória nº 685/2015, cujo artigo 7º determinava que o sujeito passivo declarasse seus planejamentos tributários à Secretaria da Receita Federal do Brasil, contudo, o Congresso Nacional não convalidou a norma e ela foi extirpada do ordenamento jurídico.

Se fosse realmente legítima a desconsideração de planejamentos fiscais com base no princípio da capacidade econômica do contribuinte, não haveria necessidade de os Estados buscarem inserir em seus ordenamentos jurídicos regras impositivas que impedem ou dificultam a realização dos planejamentos fiscais. Bastaria o Fisco averiguar se a empresa tem reserva de lucro em montante suficiente para pagar o imposto que seria devido caso não tivesse sido realizado o planejamento, e aplicar a norma tributária correspondente.

Agora, com relação às *patologias* do planejamento tributário, verifica-se serem elas capazes de invalidar os atos e negócios jurídicos, para fazer com que irradie os efeitos da norma tributária aos fatos praticados pelo contribuinte que se tentou encobrir. Simulação, fraude à lei, abuso de direito, etc, são patologias que têm o condão de invalidar um planejamento<sup>71</sup>, desde que o ordenamento jurídico assim preveja.

---

<sup>71</sup> “Verifica-se, portanto, que os elementos que informam o planejamento tributário e estabelecem a diferença entre elisão e evasão fiscal são (i) a legalidade da conduta e (ii) a sua anterioridade em relação à ocorrência do fato gerador. Acrescente-se, ainda, como requisitos eventuais para o planejamento tributário válido, a inexistência de abuso de direito, de abuso de forma ou de fraude à lei.” SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. **A relevância dos elementos de conexão no planejamento tributário internacional**. In:

No Brasil, por exemplo, o artigo 167 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) dispõe expressamente em seu texto que o negócio jurídico *simulado* é nulo, bem como aquele que tiver por objetivo *fraudar* a lei imperativa (artigo 166, inciso VI). E o artigo 187 também do Código Civil eleva o *abuso de direito* a categoria de ato ilícito. Já no Código Tributário Nacional, o artigo 149, inciso VII, possibilita à administração tributária lançar o tributo “quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação”.

Estas patologias que atingem atos e negócios jurídicos, desde que positivadas no ordenamento jurídico, podem ser evocadas para invalidar um planejamento fiscal, permitindo ao Fisco apurar o fato concretizado, sem levar em consideração tais atos e negócios jurídicos.

Ocorre que os conceitos destes institutos patológicos são tão controvertidos, conforme se vê dos debates doutrinários, o que faz com que a delimitação de seus conteúdos e alcances se torne quase impossível, devido ao elevado grau de subjetividade que lhes é intrínseco. Aliado ao fato de que estes conceitos podem ter diferentes significados em diferentes ordenamentos jurídicos, embora estes institutos estejam, de certo modo, dentro do contexto da teoria geral do Direito. O que é fraude à lei deve ser fraude à lei em qualquer ordenamento jurídico.

Das considerações acima, verifica-se que o planejamento fiscal é lícito, mas, possui limites, os quais devem se encontrar positivados no ordenamento jurídico, e respeitar os princípios da livre gestão fiscal e da legalidade tributária. O ideal é que estes limites estejam bem delineados, e, para tanto, a solução deve focar em conceituar com máxima precisão, no ordenamento jurídico, as patologias do planejamento fiscal.

Se ultrapassados os limites legais, a administração tributária pode e deve combater o planejamento fiscal, mas não porque o contribuinte possui capacidade econômica para pagar impostos e, assim, deveria contribuir mais para a sociedade, mas porque ele violou o ordenamento jurídico.

## **2.4 O planejamento fiscal na economia digital**

O planejamento fiscal praticado pelas empresas numa economia tradicional e numa economia digital pode, muitas das vezes, ser idêntico.

Conforme já visto, a diferença marcante entre os dois tipos de economia é que, no mundo digital, especialmente no comércio eletrônico direto, os bens e serviços são comercializados digitalmente. Eles são bens incorpóreos, intangíveis, o que traz a dificuldade quanto à identificação do “local” em que a operação é realizada e o “local” do estabelecimento empresarial [trataremos em capítulo posterior com mais profundidade sobre estes problemas e possíveis soluções, objeto central do presente trabalho<sup>72</sup>].

A identificação do “local” da operação tributável ou do estabelecimento empresarial, ou, na definição de PAULO DE BARROS CARVALHO, o “critério espacial da regra-matriz de incidência tributária<sup>73</sup>”, é, no nosso entender, o maior desafio da tributação na economia digital, visto que a Internet não conhece barreiras físicas e o consumo de bens e serviço é feito de qualquer lugar do mundo na forma digital.

Dessa forma, o planejamento fiscal intrinsecamente atrelado à economia digital é aquele que se vale da dificuldade de identificar, com exatidão, o “local” da operação tributável e do estabelecimento que realiza a operação, e, assim, o contribuinte fica livre para alocar sua operação e seu estabelecimento na jurisdição fiscal de tributação mais favorável<sup>74</sup>, já que a Internet está presente e é livre na maioria dos países.

---

<sup>72</sup> Ao final do trabalho, concluiremos que o “local da operação” não deve servir de critério para verificar qual a jurisdição fiscal competente (sob o enfoque do Estado da fonte) para tributar o comércio eletrônico direto, pois isso daria carta livre ao planejamento fiscal abusivo, já que a Internet é um mundo sem fronteiras. Elegeremos como critério de atração da competência tributária um novo elemento de conexão proposto pelo programa BEPS da OCDE, a “presença econômica significativa”.

<sup>73</sup> “Ao mesmo tempo, a regra-matriz de incidência, como anunciamos anteriormente, se inscreve entre as normas gerais e abstratas, havendo nela condicionalidade. O antecedente é posto em formulação hipotética: “se ocorrer o fato F”. Além disso, integra o quadro das regras de conduta, pois define por inteiro a situação de fato, sobre qualificar deonticamente os comportamentos inter-humanos por ela alcançados. No descritor da norma (hipótese, suposto, antecedente) teremos diretrizes para identificação de eventos portadores de expressão econômica. Haverá um critério material (comportamento de alguma pessoa), condicionado no tempo (critério temporal) e no espaço (critério espacial). Já na consequência (prescritor), toparemos com um critério pessoal (sujeito ativo e sujeito passivo) e um critério quantitativo (base de cálculo e alíquota). A conjugação desses dados indicativos nos oferece a possibilidade de exibir, na plenitude, o núcleo lógico-estrutural da norma-padrão, preenchido com os requisitos significativos necessários e suficientes para o impacto jurídico da exação.” CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 134-135.

<sup>74</sup> Por meio, por exemplo, de um servidor. O servidor, conforme Convenção Modelo da OCDE, pode constituir em determinadas circunstâncias um estabelecimento permanente para fins de tributação. Enfrentaremos mais adiante esta questão. O servidor serviria de base fixa de negócios para a comercialização de bens e serviços digitais.

O planejamento fiscal ocorre evitando-se uma presença física na jurisdição fiscal desvantajosa (no país consumidor), já que a empresa pode vender seus produtos digitais (músicas, livros, filmes) de qualquer lugar do mundo, de forma remota, na medida em que usuários e consumidores, para comprarem e usufruírem os produtos, precisam apenas possuir um dispositivo móvel, como um computador, conectado à Internet.

Evitando-se a presença física, evita-se a constituição de um estabelecimento permanente, o que afasta a tributação pelo Estado da fonte, conforme Convenção Modelo da OCDE. Trataremos sobre isto em capítulo posterior.

A mobilidade, tanto de consumidores como dos próprios agentes econômicos, juntamente com a superação das fronteiras geográficas, são características marcantes da economia digital no contexto do comércio eletrônico direto.

MAUCIR FREGNOSI JÚNIOR<sup>75</sup> elenca as características principais<sup>76</sup> do comércio eletrônico direto<sup>77</sup>:

- a) Mobilidade e alteração no fluxo do consumo: no mercado global proporcionado pela Internet, qualquer pessoa pode ser consumidora de qualquer bem, desde que esteja conectada à Rede Mundial de Computadores. Marco Aurélio Greco (*apud* JÚNIOR), consigna que: “não existe mais uma cadeia definida de produção, distribuição e consumo, de modo que o fluxo econômico parta da produção até chegar ao consumo. Na economia clássica, o consumidor, como regra, consumia o que lhe era trazido pela cadeia de distribuição a partir da produção<sup>78</sup>”.
- b) Mobilidade dos agentes e das atividades econômicas: Muitos agentes econômicos possuem hoje menos necessidade de estarem alocados fisicamente a um

---

<sup>75</sup> JÚNIOR, Maucir Fregonesi. **Desafios do Comércio Eletrônico Direto para o Direito Tributário**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004.

<sup>76</sup> *Ibidem*, pp. 29-32.

<sup>77</sup> Lembrando que comércio eletrônico direto, ao contrário do indireto, é aquele no qual a mercadoria ou serviço é comercializado digitalmente (no meio eletrônico). Exemplo: *download* de músicas, filmes, livros, etc. No comércio eletrônico indireto, a mercadoria ou serviço é entregue via física, mas, uma outra etapa da operação é realizada de forma eletrônica, comumente, o pagamento, feito de forma *online*.

<sup>78</sup> GRECO, Marco Aurélio. **Poderes da Fiscalização Tributária no Âmbito da Internet**. In: Direito e Internet – Relações Jurídicas na Sociedade Informatizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. pp. 170-172.

determinado lugar, podendo desenvolver suas atividades onde estiverem, com o auxílio da Internet.

- c) Superação das fronteiras geográficas: Em termos globais, o comércio eletrônico traz sérios desafios à fronteira geográfica dos países, sobretudo se considerarmos as operações de compra e venda de bens digitalizados e prestação de serviços.

Note-se que mobilidade do consumo, mobilidade dos agentes econômicos e superação das fronteiras geográficas, são características que estão vinculadas à questão do local da operação.

JÚNIOR traz uma reflexão bastante interessante nesse ponto, de que o local do fato que se pode tributar não necessariamente corresponde ao local da vigência da norma, o que já denota a dificuldade em saber onde o fato deve ser tributado. Diz o autor:

“O critério espacial do antecedente da regra-matriz é o lugar onde se deve dar o comportamento descrito no critério material para que ocorra a incidência normativa. Semanticamente, critério espacial não se confunde com o território de vigência de uma lei, ainda que, do ponto de vista pragmático, muitas vezes um e outro se confundam, como ocorre, por exemplo, com o critério espacial do Imposto sobre a Renda (no território nacional) a própria legislação desse imposto (vigente no território nacional)<sup>79</sup>”.

De fato, o local da operação é, definitivamente, a Internet.

Mas, é preciso ir mais além à definição do território onde ocorre o fato gerador do tributo, porque se simplesmente apontássemos a Internet como sendo o local do fato tributável pelo imposto de renda (auferir rendimento), permanece a dúvida em saber em qual ou em quais países está localizada a dita Internet? E, por conseguinte, qual o país que detém a legitimidade para arrecadar o correspondente tributo sobre o rendimento? Será que em vez de eleger o local da operação (local onde é comercializado o bem ou serviço) como critério de atração da competência tributária, deve-se eleger outro elemento de conexão territorial?

---

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 91.

Buscaremos solucionar essa e outras questões na medida em que avançamos no presente estudo.

## **CAPÍTULO III – O DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL E A ECONOMIA DIGITAL**

### **3.1 A venda de bens e serviços na forma digital**

Conforme aponta o Relatório Final da Ação 1 da OCDE, algumas problemáticas existentes na economia digital são as mesmas existentes na economia tradicional. É preciso, portanto, avaliar a diferença existente entre os dois tipos de economia, de forma a delimitar o nosso campo de estudo.

Conforme o primeiro capítulo do presente estudo, a diferença marcante entre economia digital e economia tradicional é a existência de um elemento em comum aos novos modelos de negócios surgidos na sociedade da informação no contexto do *comércio eletrônico*.

Como já vimos, o comércio eletrônico depreende-se em dois tipos. O de bens materiais e imateriais. Embora o comércio eletrônico de bens materiais possa ser considerado como um novo modelo de negócio surgido na economia digital, nele não encontramos um elemento marcante em comum com as demais atividades econômicas no mundo digital. Isso se dá porque o envio da mercadoria ou a prestação do serviço é realizado por vias tradicionais, tal qual ocorre na economia “física”. Apenas o método de pagamento se dá de forma *online*, mas o produto ou serviço é entregue ou prestado fisicamente, ou, melhor dizendo, presencialmente.

Mas, já não podemos afirmar o mesmo com relação ao comércio eletrônico de bens imateriais, incorpóreos (serviços de pagamento *online*, *app stores*, serviços de propaganda *online*, *cloud computing*, entre outros). E é esse o elemento em comum, marcante, encontrado na economia digital: o consumo de bens e serviços na forma digital.

Delimitado o campo fático de estudo, ou seja, o evento da natureza que se põe em observação (comercialização de bens e serviços na forma digital), é de se desenvolver a

problemática existente na tributação deste evento, encontrando-se, primeiramente, a característica essencial do fenômeno.

Esta característica reside no fato de que, tendo em vista a atividade comercial ser realizada no mundo digital, surge a questão de saber o local onde ela de fato acontece e o local do estabelecimento prestador da atividade.

O local do fato econômico sujeito à tributação e do estabelecimento permanente é de total relevância para o Direito Tributário Internacional, na medida em que o território é um dos elementos de conexão para averiguar se aquele determinado evento ou sujeito passivo deve ser submetido ao ordenamento fiscal de uma ou mais jurisdições fiscais. Assim o é em razão da *soberania fiscal* de cada nação.

### 3.2 Soberania fiscal

Se o Governo português promulgasse uma lei preconizando que todo cidadão brasileiro deve pagar imposto de renda à Portugal, rapidamente surgiria alguém para afirmar que Portugal estaria rebaixando o Brasil ao status de colônia. Brasileiros estariam submetidos ao poder de Portugal.

Assim, porque o poder de tributar é umas das manifestações do poder de *soberania*<sup>80</sup> de um Estado:

“Como se sabe, o Estado é entidade soberana. No plano internacional representa a Nação em suas relações com as outras Nações. No plano interno tem o poder de governar todos os indivíduos que se encontrem no seu território. Caracteriza-se a soberania como a vontade superior às vontades individuais, como um poder que não reconhece superior. No exercício de sua soberania o Estado exige que os indivíduos lhe forneçam os recursos de que necessita. Institui o tributo. O poder

---

<sup>80</sup> “A primeira obra teórica a desenvolver o conceito de soberania foi “*Les Six Livres de la République*”, de Jean Bodin, havendo inúmeras fontes que apontam o ano de 1576 como o do aparecimento dessa obra. (...) Esclarece (Jean Bodin) então que a soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República, palavra que se usa tanto em relação aos particulares quanto em relação aos que manipulam todos os negócios de estado de uma República. (...) Quase dois séculos mais tarde, no ano de 1762, Rousseau publicaria “*O Contrato Social*”, dando grande ênfase ao conceito de soberania e já transferindo sua titularidade da pessoa do governante para o povo. (...) ” DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 82-84.

de tributar nada mais é que um aspecto da soberania estatal, ou uma parcela desta<sup>81</sup>”.

Por sua vez, o poder de soberania de um Estado é realizado conforme a vontade dos indivíduos, segundo ALFREDO AUGUSTO BECKER:

“O poder do Estado é o poder dos indivíduos que se transindividualizou (...) A embriogenia do Estado é uma espécie de solidariedade psicológica continuada entre os indivíduos, porque aquela atividade (poder atuante ou capacidade de agir em fase dinâmica: o agir) contínua e relacionada ao bem comum é sustentada e alimentada pela inteligência e vontade dos indivíduos<sup>82</sup>”.

Sem a necessidade de aprofundamentos sobre teoria geral do Estado e ciência política, é possível afirmar que, ao menos presentemente, a relação entre Estado e cidadão não é de submissão, mas de concordância, a qual há de ser expressa por uma norma jurídica (*rule of law*).

Hugo de Brito esclarece bem esta ideia quando afirma que não se deve mais admitir-se a relação tributária como relação de poder, mas como relação jurídica: “A ideia mais generalizada parece ser a de que os indivíduos, por seus representantes, consentem na instituição do tributo, como de resto na elaboração de todas as regras jurídicas que regem a Nação<sup>83</sup>”.

Nessa linha de raciocínio, o poder de tributar exercido pelo Estado é realizado conforme a vontade do cidadão, que, por sua vez, é exteriorizada por meio de representantes eleitos. Em última análise, é o cidadão que decide sofrer a tributação.

Assim sendo, como a Assembleia Legislativa de Portugal não é eleita por, nem representa o cidadão brasileiro, não haveria como Portugal exercer qualquer poder tributário sobre o Brasil, salvo por consentimento deste último país.

Assim o é porque Portugal e Brasil são países soberanos, ou seja, suas respectivas atuações são – evocando as palavras de BECKER - sustentadas e alimentadas pela

---

<sup>81</sup> MACHADO, Hugo de Brito. 2013. *Op. cit.*, p. 27.

<sup>82</sup> BECKER, Alfredo Augusto, *op. cit.*, pp. 198 e 200.

<sup>83</sup> MACHADO, Hugo de Brito, 2013, *op. cit.*, p. 28.

inteligência e vontade de dois grupos distintos de indivíduos, os portugueses e os brasileiros.

Da soberania estatal (consubstanciada na vontade de um grupo determinado de indivíduos) decorre, portanto, a soberania fiscal. Aquela precede esta e possui mesma extensão e alcance. Portanto, para que se identifique a extensão e o alcance da soberania fiscal, é preciso primeiro verificar a extensão e o alcance da soberania estatal. E, assim, verificar a condição necessária para que um Estado exerça o poder de tributar sobre determinado fato econômico.

A resposta é possível se ser extraída das reflexões de RODRIGO MAITTO DA SILVEIRA<sup>84</sup>:

“Inicialmente, a ideia de soberania está ligada à noção de território, que é entendido como o espaço físico juridicamente qualificado e delimitado, que denota os limites físicos de um Estado, conferindo-lhe individualidade. O território, nesses termos, abrange não apenas o espaço terrestre, mas, também, o mar territorial, o espaço aéreo e o subsolo correspondentes. Transplantada a noção de território para o âmbito tributário, justamente com vistas a relacioná-lo à soberania fiscal do Estado, é possível, então, abstrair o conceito de território fiscal como sendo a delimitação física dentro da qual, por razão de conexão territorial (residência, localização, fonte etc.), um fato fica sujeito à incidência tributária. Com efeito, a jurisdição que o Estado exerce sobre seu território não abarca todas as relações ou situações da vida capazes de produzir efeitos jurídicos. Para que uma relação ou situação da vida possa sujeitar-se à jurisdição de um Estado, faz-se necessário que a relação ou situação tenha um mínimo de conexão com a ordem jurídica deste Estado. Nessa linha de ideias, ao poder tributário de um Estado somente estarão sujeitas as relações ou situações que tiverem uma conexão mínima com a ordem jurídica, podendo tal conexão ser, por exemplo, de ordem territorial, em função da residência ou domicílio, ou pessoal, por conta da nacionalidade dos sujeitos envolvidos.”

---

<sup>84</sup> SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Op. cit.* p. 309.

SILVEIRA chega à conclusão, da qual comungamos, que a extensão e o alcance da soberania estatal, e, por conseguinte, da soberania fiscal (poder de tributar) atinge aqueles fatos que possuem uma conexão mínima com a ordem jurídica do Estado. Esta conexão mínima é extraída da ideia tradicional de soberania estatal, exposta na Teoria do Estado, a qual é identificada em conjunto com dois elementos: o território e o povo<sup>85</sup>.

Nesse trilhar, ALBERTO XAVIER há muito preconizou:

“(...) o poder de tributar (*jurisdiction to tax*) baseia-se na soberania do Estado e como esta tem duas vertentes – uma pessoal (baseada na nacionalidade) e outra territorial (baseada no território), assim também a tributação se pode basear num *princípio da pessoalidade* ou num *princípio da territorialidade*<sup>86</sup>.”

Dessa forma, a soberania fiscal de um Estado atinge fatos que (i) ocorram dentro do seu território ou (ii) que envolvam o seu povo. São estes elementos (território e povo) que determinam qual país, ou seja, qual jurisdição fiscal terá o direito de cobrar o tributo.

O que há total relevância na economia digital, na medida em que bens e serviços circulam na rede mundial de computadores por cabos interligados - o que leva à indagação sobre qual território está sendo praticado o fato tributável – bem como envolve consumidores em todo o mundo – o que nos faz refletir sobre quais as pessoas envolvidas no fato tributável, e quais poderiam ser tidas como contribuinte do imposto.

Esmiuçemos, então, os elementos de conexão no Direito Tributário internacional, originados dos dois elementos da soberania estatal/fiscal (território e povo), de relevância para identificar o país que detém o poder de tributar.

### 3.3 Dos elementos de conexão no Direito Tributário Internacional

---

<sup>85</sup> “Finalmente, quanto ao objeto e à significação da soberania, verifica-se que o poder soberano se exerce sobre os indivíduos, que são a unidade elementar do Estado, não importando que atuem isoladamente ou em conjunto. Uma diferença importante a ressaltar é que os cidadãos do Estado estão sempre sujeitos ao seu poder soberano, havendo mesmo inúmeras hipóteses em que esse poder é exercido além dos limites territoriais do Estado. Relativamente aos que não são cidadãos do Estado, este exerce poder soberano quando se encontram dentro de seu território, embora haja também alguns casos excepcionais (...) em que um estrangeiro não é atingido pela soberania de um Estado, mesmo que se ache em seu território.” DALLARI, Dalmo de Abreu, *op. cit.*, pp. 88-89.

<sup>86</sup> XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil: tributação das operações internacionais**. 5ª ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.21.

ALBERTO XAVIER, ao se reportar ao objeto do Direito Tributário Internacional, o define da seguinte forma:

“O Direito Tributário Internacional tem por objeto *situações internacionais (cross-border situations)*, ou seja, situações da vida que têm contato, por qualquer dos seus elementos, com mais do que uma ordem jurídica dotada do poder de tributar<sup>87</sup>”.

O contato da situação da vida com mais de um ordenamento jurídico se verifica através dos elementos de conexão<sup>88</sup>. “São elementos de conexão os critérios fáticos (eleitos pela lei) que devem ser usados como critério definidor do poder tributário de determinado Estado sobre certas relações ou situações jurídicas<sup>89</sup>”.

Conforme XAVIER, “o elemento de conexão é um dos instrumentos nucleares em torno do qual se articula toda a estrutura da norma de conflitos<sup>90</sup>”. A norma de conflitos tem por objetivo determinar a jurisdição fiscal competente para tributar um fato sujeito a mais de uma jurisdição fiscal.

Ainda segundo XAVIER, os elementos de conexão se dividem em:

- a) Subjetivos: se se reportam às pessoas, como a *nacionalidade* ou a *residência*;
- b) Objetivos: se se reportam às coisas e aos fatos, como a *fonte de produção ou pagamento da renda, o lugar do exercício da atividade, o lugar da situação dos bens, o lugar do estabelecimento permanente, o lugar de celebração de um contrato*.

Entendemos que os elementos de conexão (subjetivos e objetivos), no Direito Tributário Internacional, representam os elementos da soberania estatal, e, por conseguinte, da soberania fiscal, quais sejam, o povo e o território. Essa conclusão se atinge em conformidade com as observações feitas no capítulo anterior relacionado à soberania fiscal.

---

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>88</sup> “O elemento de conexão é o elemento da previsão normativa que, determinando a “localização” de uma situação da vida num certo ordenamento tributário, tem como efeito típico determinar o âmbito de aplicação das leis desse ordenamento a essa mesma situação.” *Ibidem*, p. 218.

<sup>89</sup> SILVEIRA, Rodrigo Maiito da. *Op. cit.*, p. 316.

<sup>90</sup> A norma de conflito é aquela, segundo XAVIER, que define o âmbito de incidência das leis tributárias internas dos Estados, quando a tributação pode ser exercida por outro Estado. Exemplo de normas de conflito são aquelas constantes dos tratados contra a dupla tributação que seguem a Convenção Modelo da OCDE.

Assim, o elemento subjetivo a que alude XAVIER vincula-se à ideia do povo de uma nação<sup>91</sup>. O elemento objetivo, por sua vez, vincula-se à ideia do território de uma nação.

Desse modo, é a partir da identificação do elemento de conexão que se consegue identificar o país que detém, para si, o poder de tributar determinada situação econômica.

Assim, voltando ao exemplo dado pouco antes, Portugal não poderia editar uma norma tributária que obrigasse todo cidadão brasileiro a pagar imposto sobre a renda ao Estado Português, porque não se verifica nenhum elemento de conexão nesta hipotética norma. O cidadão brasileiro não reside em Portugal. O cidadão brasileiro não é nacional de Portugal. O cidadão brasileiro não auferir rendimento em Portugal, nem trabalha em Portugal. Enfim, não há, na referida norma, nenhum elemento de conexão: nem o pessoal (subjetivo) nem o territorial (objetivo).

Caso Portugal promulgasse referida norma, ela até poderia ser válida do ponto de vista formal<sup>92</sup>, mas não teria qualquer eficácia. A não ser que o Brasil, por meio de seus governantes, a aceitasse expressamente (como se acordo internacional fosse), ou, se o Brasil abdicasse de sua soberania fiscal e estatal frente a Portugal.

Como ressalta LUCAS AUGUSTO PONTE CAMPOS:

“A importância do estudo dos elementos de conexão na seara jurídica tributária deriva diretamente da necessidade do estudo da validade e da eficácia que se atribui à norma tributária em sua extraterritorialidade, isto é, quando a constrição normativa é imposta sobre fatos geradores diferenciados dos que corriqueiramente denunciamos como passíveis de serem atingidos por um exercício específico de soberania<sup>93</sup>.”

---

<sup>91</sup> No nosso entender, a *residência* é um elemento de conexão ligado ao elemento de territorialidade, portanto, ele deveria ser classificado como um elemento de conexão objetivo, e não subjetivo. A residência atrai a tributação não porque o contribuinte é nacional do país, integra a condição de povo da nação, mas porque sua residência está localizada em seu território.

<sup>92</sup> Porque a norma poderia ser promulgada obedecendo a um processo legislativo pré-determinado conforme a Constituição portuguesa.

<sup>93</sup> CAMPOS, Lucas Augusto Ponte. **Os elementos de conexão em direito tributário internacional: definindo o significado de "residência" para pessoa física e contribuição do direito comparado**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 103, p. 877-889, jan. 2008. ISSN 2318-

Tendo em vista que na economia digital deparamos com a dificuldade na identificação das pessoas (elemento de conexão subjetivo) e dos territórios (elemento de conexão objetivo) vinculados à operação tributável, isto é, a dificuldade em identificar a nacionalidade da empresa multinacional (problemática da qual não trataremos, pois tem haver com identificação do país de residência legítimo para exercer a tributação, já que nosso trabalho está focado sob o ponto de vista do país da fonte) e o local da atividade comercial e do estabelecimento prestador (aqui sim de total relevância para o país da fonte, porque sua tributação é legitimidade em razão do princípio da territorialidade), importante destrinchar melhor os elementos de conexão no Direito Tributário Internacional.

A importância dos elementos de conexão não se restringe apenas à supressão do fenômeno da bitributação, de modo a atrair a aplicação de apenas um ordenamento jurídico-fiscal (evitar que um ou mais países tributem o mesmo fato econômico, na conformidade com os critérios de conexão adotados em tratados para evitar a bitributação, nos termos da mundialmente utilizada Convenção Modelo da OCDE). No que é relevante à economia digital, os elementos de conexão são peças essenciais para, antes de tudo, verificar qual jurisdição fiscal tem o legítimo poder de cobrar o tributo. Em vez de evitar que dois ou mais países que, sabidamente detém o poder de tributar, tributem uma mesmo pressuposto fático, cabe saber qual o país que realmente pode exercer a tributação. A preocupação deixa de ser o pesado ônus fiscal que recai sobre as atividades das empresas multinacionais, e passa a ser qual o Estado verdadeiramente legítimo para tributar tal atividade. Não basta que o elemento de conexão seja inserido na norma de conflito, é preciso que ele seja válido do ponto de vista da soberania estatal/fiscal.

### **3.3.1 Dos elementos de conexão subjetivos**

Em conformidade com a doutrina de XAVIER, da qual guardamos ressalvas<sup>94</sup>, os elementos de conexão subjetivos se depreendem em dois: (i) a nacionalidade e (ii) a residência.

---

8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67832/70440>>. Acesso em: 02 de junho de 2017. doi: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v103i0p877-889>.

<sup>94</sup> Vide nota 91.

A nacionalidade é um vínculo político que se estabelece entre o Estado e o indivíduo, consubstanciando a dimensão pessoal do Estado soberano, sendo que cada Estado determina seus critérios para a concessão de nacionalidade a indivíduos<sup>95</sup>.

Regra geral, para pessoas físicas, a nacionalidade é verificada com base em dois critérios, o *ius soli* (quando a pessoa nasce dentro dos limites geográficos de um país) e o *ius sanguini* (quando a pessoa é descendente, por sangue, de um nacional).

Já a nacionalidade das pessoas jurídicas ou coletivas são verificadas, regra geral, com base no critério do *locus lex celebrationis* (lugar de sua constituição, de acordo com a legislação em vigor de um Estado determinado).

A Convenção Modelo da OCDE<sup>96</sup> para evitar dupla tributação traz o conceito de nacionalidade da seguinte forma:

- (i) toda pessoa singular ou física que possui nacionalidade ou cidadania de um Estado contratante; e
- (ii) toda pessoa coletiva ou jurídica, sociedade de pessoas ou associação constituídas de acordo com a legislação em vigor num Estado contratante<sup>97</sup>.

XAVIER<sup>98</sup> ressalta que há de se ter cuidado para que países não discriminem nacionais e estrangeiros tributando-os de forma diferente quando se encontrem na mesma situação, sob pena de se ferir o princípio da igualdade entre os povos, salientando que neste caso a tributação deve ser guiada pelo princípio da capacidade contributiva, e não pela característica da pessoa ser ou não um nacional (mesmo se se tratando de pessoa física ou pessoa jurídica). O princípio da não discriminação está elencado no artigo 24 do Modelo da OCDE.

---

<sup>95</sup> *Idem*.

<sup>96</sup> OECD (2015), **Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)**, OECD Publishing, Paris. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264239081-en>.

<sup>97</sup> Tradução livre do art. 3º, n.1, “g”, da Convenção Modelo da OCDE: “g) the term “national”, in relation to a Contracting State, means: (i) any individual possessing the nationality or citizenship of that Contracting State; and (ii) any legal person, partnership or association deriving its status as such from the laws in force in that Contracting State.”

<sup>98</sup> XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil: tributação das operações internacionais**. *Op. cit.*, pp. 240 e 241.

A nacionalidade atrai a tributação, pelo Estado no qual o contribuinte possui nacionalidade, de todos os rendimentos obtidos pelo contribuinte, ainda que obtidos noutros Estados (*world-wide income taxation*).

A nacionalidade como critério de conexão foi abandonada pela maior parte dos países, que adotam o critério da residência.

Quanto a este segundo elemento de conexão subjetivo, a “residência”<sup>99</sup>, ela significa, segundo o Modelo Convenção da OCDE, o domicílio, a residência, o local de direção ou a qualquer outro critério de natureza similar.

A qualificação como residente pertence ao direito interno dos Estados interessados. Em Portugal, por exemplo, o princípio da residência é definido na legislação do imposto sobre a renda das pessoas coletivas com base em dois critérios, o da sede e o da direção efetiva<sup>100</sup>.

Normalmente, os países, para a definição de residência, utilizam os seguintes critérios: (i) lugar da constituição ou incorporação, (ii) lugar da sede social, (iii) lugar da direção efetiva ou sede da administração, (iv) lugar da direção ou do poder de controle, (v) lugar da atividade principal e (vi) estabelecimento de direção principal<sup>101</sup>.

Daí que pode acontecer que um ou mais Estados consideram a mesma pessoa residente: são os casos de “dupla residência” (*dual residence*)<sup>102</sup>.

O elemento de conexão “residência” faz com que, caso um estrangeiro possua residência em um determinado país, ele esteja sujeito ao poder de tributar desse país, ainda que com ele não possua qualquer vínculo político (nacionalidade).

Daí porque, a nosso ver, a “residência”, embora definida na doutrina de XAVIER como sendo um elemento de conexão *subjetivo*, isto é, vinculado à pessoa (contribuinte), entendemos que, em verdade, diz respeito ao elemento de conexão *objetivo* (territorial). Ou seja, a “residência” insere-se no contexto da soberania estatal/fiscal exercida sobre o

---

<sup>99</sup> Há discussão doutrinária a respeito do conceito de residência, se ele é idêntico ao de domicílio, ou se domicílio possuiria um outro significado com fins relevantes ao Direito Tributário. Confira Alberto Xavier, *ibidem.*, p. 252-255.

<sup>100</sup> TEIXEIRA, Glória. *Op. cit.*, p. 73.

<sup>101</sup> SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. *Op. cit.* p. 319.

<sup>102</sup> XAVIER, Alberto. 2000. *Op.cit.*, p. 263.

território, não sobre o povo. Entendemos como mais adequada a classificação dos elementos de conexão que permita guardarem relação com os elementos da soberania estatal/fiscal: povo e território; sendo o elemento subjetivo (pessoal) apenas a nacionalidade, e, os demais, elementos objetivos (territoriais). Um estrangeiro, por ser residente em determinado país, não ganha automaticamente o status de nacional, ou seja, não cria vínculo político com aquele país. A conexão do estrangeiro ao ordenamento fiscal local se dá porque a sua residência se localiza em seu território.

A partir dessa premissa soberana, entendemos que ao Estado é legítimo tributar as pessoas, sejam físicas ou jurídicas, que residem em seu território. Mas, este poder tributante deve ficar limitado aos fatos geradores ocorridos nos limites geográficos do país, caso os residentes sejam estrangeiros. Assim, os rendimentos auferidos no exterior não devem ser levados à tributação, porque são fatos ocorridos fora do território da nação. Em outras palavras, não se deve aplicar o princípio da universalidade (*worldwide income taxation*)<sup>103</sup> aos residentes estrangeiros, mas somente aos nacionais. Embora isso possa gerar uma discriminação em termos de tributação entre estrangeiros e nacionais, ela deve ser resolvida, se for o caso, isentando os nacionais da tributação universal.

Ressaltamos que esse não é o entendimento da doutrina majoritária<sup>104</sup>. É aceito que os residentes, ainda que estrangeiros, sejam tributados em bases universais. Mas, nosso entendimento não é isolado<sup>105</sup>, sendo a tributação em base universal de residente

---

<sup>103</sup> “O princípio da universalidade vai além, para autorizar a tributação de residente em relação aos rendimentos produzidos fora do território, com a justificativa de uma conexão de natureza pessoal (residência, domicílio ou nacionalidade). (...) Ou seja, a norma tributária passa a alcançar situações que ultrapassam o território do Estado tributante.” SILVERA, Rodrigo Maitto da. *Op. cit.* p. 312.

<sup>104</sup> “A tributação segundo o critério da residência envolve tributar o rendimento independentemente do local onde é originário; i.e., a jurisdição fiscal é exercida pelo estado da residência do contribuinte. Trata-se de uma tributação mundial de residentes (*worldwide taxation of residents*). Assim, o Estado da residência do contribuinte toma em consideração para efeitos de cálculo da sua dívida fiscal, a totalidade dos seus rendimentos ainda que obtidos noutros Estados.” TEIXEIRA, Glória, *op. cit.*, p. 74. Cf. também XAVIER, Alberto, 2000, *op. cit.* e SILVEIRA, Rodrigo Maitto da, *op. cit.*

<sup>105</sup> “(...) há que ponderar novamente o argumento de Martha, acima reproduzido, mas no sentido de que a jurisdição não pode ultrapassar a extensão do poder soberano do Estado. Daí decorre a estranheza em se pretender, afastada a territorialidade material, que seja possível ao Estado alcançar situações com as quais não mantenha qualquer conexão. O referido autor vai além, entretanto, ao sustentar que o Estado apenas mantém jurisdição sobre os seus cidadãos (princípio da nacionalidade) ou sobre situações ocorridas em seu território, dali extraíndo que não provém do princípio da soberania a pretensão de se tributarem rendimentos do exterior auferidos por estrangeiros, ainda que residentes; tal prática, embora válida internacionalmente, teria por fundamento um costume internacional, sem ligação, portanto, com os princípios do Direito Internacional. Em consequência, encontrar-se-ia a territorialidade assim delimitada: (i) pelo princípio da soberania, rendimentos (universais) auferidos pelos nacionais ou a situações ocorridas no território; (ii) por um costume internacional, a rendimentos auferidos por residentes (não nacionais),

estrangeiro somente explicada por um costume internacional, sem amparo na soberania estatal/fiscal do país. O que corrobora a ideia de que a residência deve ser tida como um elemento de conexão objetivo (territorial).

### 3.3.2 Dos elementos de conexão objetivos

Segundo classificação adotada por XAVIER, os elementos objetivos respeitam diretamente ao próprio fato tributário ou à sua base de cálculo. Não importa se o contribuinte possui nacionalidade no país tributante, desde que guarde alguma vinculação com o seu território.

Os elementos de conexão objetivos são comumente assim classificados: (i) a fonte de rendimento, (ii) o local da situação do bem, (iii) o local do comprador ou vendedor e (iv) o estabelecimento permanente. Mas, há outros como o lugar do exercício da atividade e o lugar da celebração de um contrato, conforme veremos mais adiante quando descrevermos as soluções propostas por VASCONCELLOS para a tributação na economia digital. E, no nosso ver, também a residência é elemento objetivo, em termos sustentados anteriormente. Todos estes elementos estão vinculados à territorialidade<sup>106</sup>, no contexto da soberania estatal/fiscal exercida pelo Estado sobre seu território.

Conforme leciona FLÁVIA CAVALCANTE, a fonte de rendimento é o local de onde se origina a renda. Assim, ao se empregar o critério fonte de rendimento como elemento de conexão, reconhece-se como base para tributação o fato de a renda ser auferida dentro de uma dada jurisdição territorial, desconsiderando-se o fato daqueles que recebem estarem fisicamente fora. Entende-se que existam duas regras, quando surge a questão de que se a “fonte” seria a da fonte de pagamento ou local de produção de onde se deriva a renda: i. utiliza-se como critério primário, preceito geral, a eleição do local de

---

*fora do território. Vêem-se, assim, identificados os critérios (elementos de conexão) reconhecidos para a tributação: nacionalidade, fonte e residência.*”. R. Silvestre J. Martha, *The jurisdiction to tax in international law: theory and practice of legislative fiscal jurisdiction*. (series on international taxation, nº9), Deventer, Fluwer, 1989, p.7 APUD SHOUEI, Luís Eduardo. **Princípios do Direito Tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade**. In: *Princípios e Limites da Tributação*, Coord. Roberto Ferraz. São Paulo: Quartier Latin, 2005. pp. 329-330. No mesmo sentido que defendemos, cf. CAVALCANTI, Flávia. **Contribuições ao Estudo do Estabelecimento Permanente**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013. p. 50.

<sup>106</sup> A ideia de que os elementos de conexão objetivos vinculam a tributação em base exclusivamente territorial, i.e., em relação ao rendimento que mantém vínculo espacial com o ordenamento jurídico fiscal relevante, é também defendida na tese de doutorado de Flávia Cavalcanti, *op. cit.*

produção, e neste se poderá exercer a exação; ii. se a lei exigir, incidir-se-á a tributação sobre a fonte de pagamento, derogando preceito acima<sup>107</sup>.

Ambos os tipos de fontes de rendimento (de produção e de pagamento) são critérios adotados para atrair a tributação para um determinado Estado, qual seja, o do local onde é exercida a atividade econômica de que deriva a renda (fonte de produção) ou o do local onde se encontra o sujeito passivo que realiza o pagamento da renda (fonte de pagamento).

Esclarecendo melhor a diferença entre fonte de produção e fonte de pagamento, temos os ensinamentos de LUIS EDUARDO SHOUERI:

“(…) pode-se distinguir a ‘fonte de produção’ e ‘fonte de pagamento’, o primeiro conceito de índole econômica, exigindo um nexo causal entre a renda e o fato que a determina e o segundo nua acepção fática, identificada com aquele de cujo patrimônio foram extraídos os recursos para o pagamento. Ou seja: a fonte de um rendimento pode referir-se ao local em que este foi gerado (fonte de produção) ou àquele país de onde provêm os recursos financeiros utilizados para o pagamento (fonte de pagamento)<sup>108</sup>”.

Entendemos que o critério “fonte de pagamento” não confere, por si só, legitimidade ao país, onde está situada a fonte pagadora, para que tribute o rendimento do estrangeiro não residente, sob o viés da soberania estatal/fiscal. Nesta situação, o elemento de conexão subjetivo (nacionalidade) não se encontra presente, tampouco o elemento subjetivo (territorialidade), pois o fato que gera a renda (e.g., uma prestação de serviço) não ocorre dentro do limite territorial do Estado. O que ocorre na fronteira geográfica do Estado é apenas o “pagamento”, o ato de pagar.

Caso se tente levar o fato “pagamento” à tributação pelo país da fonte de pagamento, não estaríamos diante de um imposto sobre a renda, mas de um “imposto sobre o pagamento”, a ter como único e exclusivo contribuinte o sujeito passivo que realiza o pagamento. O que seria legítimo, pois, este sujeito passivo, por estar localizado no

---

<sup>107</sup> *Idem.*

<sup>108</sup> SHOUERI, Luís Eduardo. 2005. *Op. cit.* p. 343.

território do ente tributante, estaria legitimado, em conformidade com a soberania estatal/fiscal, a sofrer a tributação. Mas, teríamos aí um outro imposto.

Dessa forma, a fonte de rendimento somente pode ser tida como elemento de conexão válido se verificada a existência do critério da fonte de produção<sup>109</sup>, pois, dessa forma, a atividade geradora da riqueza estaria sendo exercida dentro do território do Estado tributante. É o que ocorre no caso de rendimentos gerado pela venda de bens e serviços ocorrida dentro do território, ou rendimentos obtidos por artistas e atletas quando realizam concertos musicais e competições esportivas no país estrangeiro.

Quanto ao elemento de conexão “local da situação do bem”, ele atrai a incidência da norma tributária onde o bem está localizado. Assim, por exemplo, aplicam-se as leis tributárias brasileiras aos bens situados no Brasil, independentemente da nacionalidade ou residência do sujeito passivo, com relação a determinados tributos<sup>110</sup>. Relaciona-se, especialmente, aos impostos sobre o patrimônio, mas pode estar relacionado com o imposto sobre a renda, como no caso da tributação sobre o “ganho de capital” decorrente da alienação de um imóvel.

O local onde está fisicamente o comprador ou vendedor de uma determinada mercadoria ou serviço é outro elemento de conexão objetivo. Relaciona-se com o princípio da origem e do destino, especialmente, relativamente aos impostos sobre o consumo, como o IVA.

Por fim, o estabelecimento permanente, o qual merece uma análise mais aprofundada, conforme a seguir.

### **3.3.2.1 Do estabelecimento permanente**

As pessoas jurídicas ou coletivas de direito privado podem, independentemente de sua nacionalidade ou residência, atuar em diversos países, ou seja, em diversas jurisdições fiscais. Com o incremento da globalização, e, especialmente, com o advento da economia

---

<sup>109</sup> “The only positive statement that can be made on the hand is that “source” refers to a state that in some way or other is connected to the production of the income in question”. VOGEL, Klaus. *World-wide vs. Source Taxation of Income – A Review and Reevaluation of Arguments, in Influence of Tax Differentials on Internacional Competitiveness* (McLure, Sinn, Musgrave and others), Amsterdam: Kluwe, 1989.

<sup>110</sup> XAVIER, Alberto. 2000. *Op. cit.* pp. 272 -273.

digital, a atuação de empresas em mercados estrangeiros tem crescido consideravelmente nas últimas décadas.

Há que se diferenciar duas formas através das quais uma empresa multinacional pode atuar em determinado país: (i) a atuação direta e (ii) a atuação indireta.

HELENO TÔRRES define estas duas formas de atuação das empresas multinacionais em territórios estrangeiros da seguinte forma:

“Quanto ao modo de presença no exterior, a empresa (multinacional) pode escolher entre atuar diretamente, por seus próprios meios, instalando uma filial (*branch*) ou qualquer outra forma de base fixa de negócios configurada, na linguagem do Direito Internacional Tributário, como *estabelecimento permanente*, despida de autonomia em relação à matriz (afora os fins reconhecidamente fiscais); ou, caso não lhe interesse a instalação de uma sede fixa material, pelo uso de intermediários, os quais podem vir a ser constituídos, ou não, em forma de estabelecimento permanente, a depender da forma contratual adotada (grau de dependência) e da prática de atuação estável destes. Como pode optar, ao invés, por uma atuação indireta, mediante uma sinergia de controle sobre empresas situadas em outros territórios (formando, ou não, um grupo transnacional de sociedades), ou, de modo igualitário, em cooperação, como é o caso das *joint-ventures* internacionais<sup>111</sup>”.

Para TÔRRES, o estabelecimento permanente seria uma forma de atuação direta da empresa multinacional no estrangeiro. Adentrando no conceito de estabelecimento permanente, o autor afirma:

“Numa acepção ampla, como adotado pelos modelos de convenções, a definição de estabelecimento permanente engloba todas as hipóteses de atuação direta das pessoas não-residentes, excetuada a prática de atos isolados, envolvendo tanto as filiais, agências e sucursais como qualquer outra forma de base fixa de negócios instalada no território diverso daquele onde encontra-se a matriz<sup>112</sup>”.

---

<sup>111</sup> TÔRRES, Heleno. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 181.

<sup>112</sup> *Ibidem*, p. 216.

Ainda segundo TORRES, o estabelecimento permanente pode ser classificado como *material*, quando a atividade empresarial é exercida no país estrangeiro através de uma instalação material fixa composta de meios materiais e pessoais, ou *pessoal*, quando a presença no mercado estrangeiro ocorre mediante intermediários ali situados, constituídos contratualmente, sem uma instalação material fixa de negócios.

São três os elementos de qualificação do estabelecimento permanente *material*, segundo TORRES, para que assim se configure.

O primeiro, a instalação no país estrangeiro de uma base fixa de negócios. Por exemplo, uma fábrica com pessoas trabalhando e bens sendo produzidos e comercializados. Pode-se estender, até mesmo, a uma simples escrivaninha ou armário de arquivos, televisões, navios e aeronaves<sup>113</sup>.

O segundo, a sua prolongação no tempo. A prática de atos isolados, como enfatizado por TORRES, não é capaz de identificar a presença de um estabelecimento estável.

É necessário, também, que a atividade desenvolvida pelo estabelecimento permanente seja correlata àquela que exercida pela matriz em seu Estado de residência, de modo a conectar o estabelecimento à sociedade estrangeira.

Quanto ao estabelecimento permanente *pessoal*, os elementos de qualificação são “tanto a estabilidade da presença do empresário estrangeiro no mercado, através do “intermediário”, quanto o grau de dependência deste àquele não-residente, atestado, principalmente, na prática concreta da relação contratual existente<sup>114</sup>”.

GLÓRIA TEIXEIRA define o estabelecimento estável (ou permanente) como sendo uma entidade não residente, sem personalidade jurídica, dependente de uma entidade estrangeira, e que desenvolve uma atividade de natureza empresarial, podendo assumir as seguintes formas: escritório de representação, fábrica, oficina, sucursal, pedreira, mina,

---

<sup>113</sup> Flávia Cavalcanti (*op. cit.*, pp. 162 e 163) analisou a jurisprudência da Corte Federal de Finanças Alemã, o posicionamento austríaco adotado pela Divisão de Tributação Internacional do Ministério de Finanças Austríaco no EAS, a jurisprudência da Suprema Corte dinamarquesa e da Suprema Corte Administrativa finlandesa, e verificou que escrivaninha ou armário de arquivos, televisões, navios e aeronaves foram considerados como base fixa de negócios, e, entendidos como estabelecimentos permanentes.

<sup>114</sup> *Ibidem*, p. 238.

estaleiro de construção, englobando, ainda, as atividades desenvolvidas por meio de contrato de representação<sup>115</sup>.

O conceito exato de estabelecimento permanente varia conforme a legislação de cada jurisdição fiscal, mas, em regra, os países costumam adotar o conceito estabelecido pela OCDE na Convenção-Modelo para evitar a dupla tributação, consubstanciado em seu artigo 5º<sup>116</sup>.

O estabelecimento permanente dispõe de autonomia contábil separada da matriz estrangeira, de forma que o Estado onde ele está localizado possa aquilatar o fato imponível que poderá levar à tributação (o lucro do estabelecimento). Tendo em vista a matriz ter residência no estrangeiro, os lucros desta não podem ser tributados no Estado onde se localiza o estabelecimento permanente. Assim, a tributação do estabelecimento permanente é levada a efeito em conformidade com o princípio da territorialidade, segundo o critério da “fonte de rendimento”. Não se aplica ao referido estabelecimento a tributação em base universal.

É o que dispõe o artigo 7º da Convenção Modelo da OCDE: “Os lucros de uma empresa de um Estado contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça atividades no outro Estado contratante por meio de um estabelecimento permanente ali situado. Se a empresa exercer atividades na forma indicada, seus lucros poderão ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis ao estabelecimento permanente”. Assim, o elemento de conexão mais relevante no contexto do comércio eletrônico direto, sob o ponto de vista do país consumidor e do imposto de renda, é o estabelecimento permanente.

---

<sup>115</sup> TEIXEIRA, Glória. *Op.cit.*. p. 99.

<sup>116</sup> Segundo o artigo 5º da Convenção-Modelo da OCDE, a expressão “estabelecimento permanente” designa um lugar fixo de negócios por meio do qual uma empresa desenvolve todo ou parte de seus negócios, abrangendo, especialmente: uma sede de direção, uma filial, um escritório, uma fábrica, uma oficina e uma mina, poço de petróleo e gás natural, pedreira, ou qualquer outro local de extração de recursos naturais. Um canteiro de edificação ou um projeto de construção ou instalação constitui um estabelecimento permanente apenas se sua duração exceder doze meses. A expressão “estabelecimento permanente” não abrange, por exemplo, a utilização de instalações unicamente para fins de armazenagem, exposição ou entrega de bens ou mercadorias pertencentes à empresa. Também deve se considerar existente um “estabelecimento permanente” quando uma pessoa – que não um agente de status independente – atue por conta de uma empresa e tenha, e habitualmente exerça, em um Estado Contratante, uma autoridade para concluir contratos em nome da empresa, a menos que as atividades dessa pessoa estejam limitadas àquelas mencionadas no parágrafo 4º do artigo 5º (e.g., armazenagem de mercadorias).

### 3.4. Os elementos de conexão e o planejamento fiscal na economia digital

A forma pela qual as empresas multinacionais praticam o planejamento fiscal internacional é através da influência sobre os elementos de conexão previstos nas normas de conflito:

“A essência da figura da elisão fiscal reside precisamente nesta faculdade de eleição da ordem tributária aplicável, não por uma via direta (como sucede no Direito Internacional Privado em matéria de contratos), incompatível com o princípio da legalidade em matéria de tributos, mas pela via indireta de “localizar” certo fato ou fatos num dado ordenamento ou território, exercendo uma influência voluntária no *elemento de conexão* da norma de conflitos, em termos tais que o fato jurídico em que este se traduz arraste a aplicação do ordenamento mais favorável<sup>117</sup>”.

A elisão fiscal (planeamento fiscal) divide-se em subjetiva e objetiva, em conformidade com os elementos de conexão, também subjetivos e objetivos.

A elisão fiscal subjetiva opera através dos elementos de conexão subjetivos, tais como a nacionalidade e a residência do sujeito passivo, fundamentalmente, via transferência da residência do sujeito passivo para país de tributação mais reduzida<sup>118</sup> ou com o propósito exclusivo de atrair a aplicação de um tratado para evitar dupla tributação (treaty shopping)<sup>119</sup>.

Numa economia digital, onde a Internet faz com que as transações comerciais sejam desmaterializadas (com a venda de bens e serviços na forma digital), as empresas acabam possuindo ampla liberdade para a escolha de sua residência fiscal, já que não precisam de uma presença física no mercado de consumo. O que gera problemas tributários para o efetivo país da residência.

---

<sup>117</sup> XAVIER, Alberto. 2000. *Op. cit.* p. 276.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 288.

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. 290.

Quanto à elisão fiscal objetiva, o elemento de conexão comumente influenciado pelo sujeito passivo é a fonte de rendimento. E é aqui onde aparecem as figuras “paraíso fiscal”, “estabelecimento estável”, “preços de transferência”, entre outros<sup>120</sup>.

Exercendo influência sobre os elementos de conexão, o sujeito passivo consegue atrair a tributação de um previamente analisado e escolhido ordenamento jurídico-fiscal, menos oneroso.

Na economia digital, tendo em vista a desnecessidade de uma presença física em determinado Estado para ali comercializar mercadorias e serviços, a empresa multinacional escolhe, por exemplo, não instalar um estabelecimento permanente de modo que aquele Estado não consiga tributar seus rendimentos.

A Ação 1 do plano BEPS da OCDE identificou como os elementos de conexão estão sendo artificialmente influenciados pelas empresas multinacionais, como veremos a seguir.

### **3.4.1 A Ação 1 do BEPS: identificando oportunidades para a erosão da base tributável e transferência de lucros (BEPS) na economia digital**

O Capítulo 5 da Ação 1 do BEPS providencia uma discussão sobre as características em comum nos planeamentos fiscais no contexto da economia digital, bem como descreve os elementos essenciais destes planeamentos respeitante à tributação direta (imposto de renda) e indireta (IVA). Como nosso trabalho se restringe ao imposto sobre o rendimento, deixaremos de aprofundar questões relacionadas ao IVA.

#### **3.4.1.1 Características em comum nos planeamentos fiscais no contexto da economia digital**

A OCDE, no contexto do plano BEPS, elaborou no ano de 2015 o relatório final da Ação 1<sup>121</sup>, o qual visa identificar e solucionar os desafios tributários na economia digital.

---

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 294-326.

<sup>121</sup> OECD (2015), Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>.

As preocupações externadas pela OCDE são aquela em que o lucro da empresa é artificialmente segregado das atividades que são responsáveis por gera-los (em linguagem jurídico-tributária, as empresas transferem artificialmente o lucro tributável para outras empresas com quem tem vínculo societário de modo a pagar menos imposto sobre o lucro), ou, no caso do IVA (VAT), preocupações giram em torno de situações onde nenhum ou quase nenhum imposto é recolhido pelas empresas a esse título.

Estas situações são preocupantes na medida em que atingem a integridade dos sistemas fiscais de cada país, prejudicando, assim, suas receitas fiscais. Além disso, enquanto empresas se valem de planejamentos tributários agressivos para deslocarem seus lucros para jurisdições fiscais com tributação mais baixa ou nula (sendo que esses lucros foram gerados, na verdade, na jurisdição fiscal de que se tenta fugir, por lá haver um encargo tributário mais pesado), as empresas que não adotam a mesma prática acabam suportando uma maior carga fiscal, o que também as deixa em uma situação de desvantagem competitiva em comparação com aquelas.

Dessa forma, podemos sintetizar o que tanto preocupa a OCDE da seguinte maneira: de um lado, a OCDE pretende, em última análise, fazer com que os países consigam arrecadar a receita tributária que lhes compete; de outro lado, a OCDE pretende criar um ambiente de concorrência leal para as empresas.

A OCDE identificou uma série de planejamentos fiscais adotados por empresas multinacionais visando reduzir o quanto a pagar a título de imposto de renda.

O grupo “*Task Force on the Digital Economy*” (TFDE) discutiu uma série de planejamentos fiscais, observados por diversas administrações tributárias, que são adotados pelas empresas da era digital.

Estes planejamentos estão descritos no “Anexo B” do Relatório Final da Ação 1 do BEPS.

Sendo assim, este capítulo pretende externar os resultados do Relatório da Ação 1 do BEPS. A finalidade é entender o que a OCDE pensa sobre os problemas da tributação na economia digital e quais as possíveis soluções sugeridas pelo referido organismo internacional.

O Relatório da Ação 1 se preocupa com os planejamentos fiscais adotados na economia digital respeitantes a dois tipos de tributo: os impostos diretos (mais especialmente o imposto sobre a renda) e os impostos indiretos (mais precisamente o VAT). Analisemos as conclusões da Ação 1 do BEPS, com enfoque exclusivo no imposto sobre a renda.

#### **3.4.1.2 BEPS no contexto da tributação direta (imposto de renda)**

Conforme relatório da OCDE, as estratégias adotadas pelas empresas multinacionais respeitante à tributação direta podem ser resumidas da seguinte forma:

- (i) Reduzindo a tributação no país atuante (*market country*) por dois modos: evitando uma presença física; ou, havendo presença física, transferindo os lucros para uma jurisdição fiscal de baixa tributação ou reduzindo o lucro tributável através de maximização das deduções à base tributável;
- (ii) Baixa ou nenhuma tributação (retenção) na fonte;
- (iii) Baixa ou nenhuma tributação na empresa que aufera o rendimento (o que pode ser alcançado através de jurisdições com baixa tributação, com regime tributário preferencial, ou em decorrência de instrumentos e entidades híbridas) via estruturas adotadas dentro do grupo de empresas.
- (iv) Nenhuma tributação na empresa controladora (*ultimate parente company*)

Normalmente, o país de mercado e o país da empresa controladora possuem altas taxas de tributação. Assim, o grupo multinacional cria uma ou mais empresas intermediárias em países que não pretendem de fato atuar em seus respectivos mercados, com o único propósito de criarem arranjos que irão, ao final, reduzir a tributação do grupo empresarial.

Falaremos um pouco sobre cada uma dessas estratégias adotadas pelas empresas multinacionais para reduzir a tributação pelo imposto de renda, em conformidade com o relatório da Ação 1 do BEPS.

##### **3.4.1.2.1 Reduzindo a tributação no país atuante (*market country*) evitando uma presença física**

Na economia digital, uma empresa estrangeira não residente pode interagir com consumidores de outros países remotamente, através de um *website* ou outro veículo digital (e.g., um aplicativo de um dispositivo móvel, como celular ou *tablet*) sem que precise manter uma presença física naquele país.

Ocorre que a legislação fiscal doméstica da maioria dos países requer algum grau de presença física para que os lucros empresariais sejam sujeitos à tributação por estes países. Além disso, segundo artigos 5º e 7º da Convenção Modelo da OCDE para evitar dupla tributação, uma empresa somente estará sujeita à tributação de seus rendimentos em um país estrangeiro em que não mantém residência somente se lá instalar um estabelecimento permanente. O fato de possuir consumidores em determinado país não é suficiente para atribuí-lo o poder de tributar a empresa não-residente.

A OCDE enfatiza que a estratégia de não manter um estabelecimento permanente em determinado país de forma a evitar que este exerça a tributação não é um privilégio dos negócios digitais, mas a economia digital contribui demasiadamente para que isso ocorra. Como já vimos, o comércio eletrônico direto se dá integralmente *online*, no qual consumidores de todo o mundo adquirem mercadorias e serviços digitais na comodidade de suas residências, via dispositivo móvel, através de *download*, *streaming*, *uploading*, etc.

#### **3.4.1.2.2 Transferindo os lucros para uma jurisdição fiscal de baixa tributação**

O grupo multinacional decide criar uma filial ou um estabelecimento permanente em uma jurisdição fiscal de baixa tributação. A controladora, com residência no país de alta tributação, é responsável por desenvolver os ativos intangíveis (propriedades intelectuais), os quais serão comercializados globalmente. Porém, decide que irá ceder os direitos dos intangíveis à sua filial localizada no país de baixa tributação (que ficará encarregada de comercializá-los globalmente), e o faz recebendo, como contrapartida pela cessão de direitos, valores subestimados, que não correspondem ao real valor dos intangíveis cedidos. Assim, o lucro sujeito à tributação na jurisdição da alta tributação será bem pequeno, e, o lucro sujeito à tributação na jurisdição de baixa tributação será mais alto, reduzindo-se, assim, a carga fiscal final do grupo multinacional. Este é um exemplo dado pela OCDE, em apertada síntese, de como pode ocorrer a transferência de lucros para outras jurisdições fiscais com tributação favorável.

### **3.4.1.2.3 Reduzindo o lucro tributável no país atuante através de maximização das deduções à base tributável**

Uma vez detectada a presença física da empresa multinacional em um determinado mercado atuante de alta tributação, uma técnica comum de reduzir a tributação da renda é maximizar as deduções à base tributável (base de cálculo) com pagamentos (despesas) feitos a outras empresas do mesmo grupo na forma de juros, royalties, taxas de serviço, etc.

O Relatório da Ação 1 do BEPS traz um exemplo: uma subsidiária em uma jurisdição fiscal de baixa tributação pede um empréstimo bancário a juros baixos. Depois, empresta dinheiro para suas subsidiárias em jurisdições fiscais de alta tributação a juros elevados, reduzindo, assim, o lucro destas últimas subsidiárias, na medida em que podem deduzir de sua base tributável o valor pago a título de juros (elevados).

### **3.4.1.2.4 Baixa ou nenhuma tributação (retenção) na fonte**

Uma empresa pode estar sujeita à retenção do imposto de renda em um país de que não é residente se receber certos pagamentos, incluindo juros e royalties, de fontes pagadoras naquele país. Se permitido em tratado firmado entre as jurisdições fiscais da fonte pagadora e do beneficiário do rendimento, uma empresa na economia digital pode ser beneficiada de retenções reduzidas ou mesmo ser isenta de tais retenções. É comum a adoção de estratégias como a criação de empresas veículos (sem substância econômica) para serem constituídas em países com uma rede de tratados favoráveis, o denominado *treaty shopping*. A subsidiária que receberá os pagamentos não sujeitos à retenção na fonte é localizada em um país com baixa tributação.

### **3.4.1.2.5 Baixa ou nenhuma tributação na empresa que auferir o rendimento**

A economia digital depende demasiadamente de bens intangíveis. Assim, os direitos sobre bens intangíveis e o lucro gerado pela sua comercialização podem ser alocados em uma determinada subsidiária do grupo multinacional à livre escolha da administração do grupo (tendo em vista a desnecessidade de uma presença física nos países consumidores), sendo que a subsidiária escolhida, obviamente, fica em um país que quase ou não tributa o referido lucro.

#### **3.4.1.2.6 Nenhuma tributação na empresa controladora**

O exemplo já dado referente à transferência de lucros para empresas em países com baixa ou nenhuma tributação<sup>122</sup> é aqui aplicável, dessa vez, sob a ótica da empresa controladora.

---

<sup>122</sup> “O grupo multinacional decide criar uma filial ou um estabelecimento permanente em uma jurisdição fiscal de baixa tributação. A controladora, com residência no país de alta tributação, é responsável por desenvolver os ativos intangíveis (propriedades intelectuais), os quais serão comercializados globalmente. Porém, decide que irá ceder os direitos dos intangíveis à sua filial localizada no país de baixa tributação (que ficará encarregada de comercializá-los globalmente), e o faz recebendo, como contrapartida pela cessão de direitos, valores subestimados, que não correspondem ao real valor dos intangíveis cedidos. Assim, o lucro sujeito à tributação na jurisdição da alta tributação será bem pequeno, e, o lucro sujeito à tributação na jurisdição de baixa tributação será mais alto, reduzindo-se, assim, a carga fiscal final do grupo multinacional. Este é um exemplo, em apertada síntese, de como pode ocorrer a transferência de lucros para outras jurisdições fiscais com tributação favorável.”

## **CAPÍTULO IV – OS DESAFIOS DA TRIBUTAÇÃO NA ECONOMIA DIGITAL**

### **4.1 Estado da fonte x Estado da residência**

O mesmo rendimento pode ser tributado por dois ou mais países, levando à dupla ou pluritributação internacional. Isso ocorre em vista dos elementos de conexão que conectam determinado fato econômico a um ou mais ordenamentos jurídicos fiscais (residência, fonte de rendimento, estabelecimento permanente, etc).

A dupla ou pluritributação é indesejável, daí que países tendem a firmar tratados para evitar o fenômeno, a maioria deles baseada na Convenção Modelo da OCDE. Em tais tratados, os Estados contratantes determinam quais situações acarretarão à tributação do rendimento pelo Estado da fonte (país consumidor) ou pelo Estado da residência (país onde a empresa, por exemplo, possui sede ou direção efetiva).

Conforme já visto, nos termos do art. 7º da Convenção Modelo, o Estado da fonte somente pode tributar os rendimentos de uma empresa estrangeira não residente se ela possuir neste Estado um “estabelecimento permanente”, o qual, por sua vez, requer uma base fixa de negócios, como um escritório, uma fábrica, etc. Há a necessidade, portanto, da empresa possuir uma “presença física” no país consumidor, para que este possa tributar os rendimentos auferidos pelo estabelecimento permanente.

Na economia digital, especialmente no comércio eletrônico direto (de bens intangíveis), verificamos que a presença física no país de consumo é facilmente evitável, tendo em vista que a empresa pode comercializar bens e serviços pela Internet de forma remota de qualquer lugar do mundo, o que lhe permite escolher se quer, ou não, instalar um estabelecimento permanente no país consumidor. Assim, fica à empresa multinacional a opção de ser tributada ou não pelo Estado da fonte, planejando seu custo fiscal da forma que lhe for mais favorável. O que gera um problema de arrecadação tributária para o país de consumo, caso a empresa evite criar um estabelecimento permanente.

Assim, surgem as indagações centrais da nossa dissertação, as quais buscaremos responder doravante até a conclusão final desta dissertação, tendo os capítulos anteriores servido de grande valia para a contextualização das problemáticas a serem enfrentadas, quais sejam:

1 – O país consumidor tem legitimidade para tributar os rendimentos das empresas estrangeiras não residentes que, mesmo não necessitando estabelecer uma presença física (estabelecimento permanente) em seu território, participam ativamente da vida econômica do país através do comércio eletrônico direto, já que a Internet não conhece fronteiras físicas?

2 – Tendo em vista que o país consumidor tem legitimidade para tributar fatos ocorridos em seu território, e, já que a Internet não conhece fronteiras físicas, pode-se sustentar que a atividade da empresa não residente está sendo exercida nos limites geográficos do território do país consumidor, caracterizando a existência de um estabelecimento permanente, permitindo a pretendida tributação?

3 – Caso positivo, qual seria o método para constatar a existência do estabelecimento permanente, assegurando a tributação pelo país consumidor? Há a necessidade de modificar as normas da Convenção Modelo da OCDE?

4 – Caso negativo, quais seriam outras soluções viáveis para que o país de consumo tribute a renda das empresas digitais não residentes?

São estes os desafios da tributação na economia digital que buscamos debater no presente trabalho. Fizemos um recorte da realidade sob o enfoque exclusivo do a) comércio eletrônico direto (bens intangíveis), do b) imposto sobre o rendimento e c) da tributação pelo Estado da fonte. Deixamos para outro trabalho, quem sabe, as problemáticas concernentes a outros impostos (IVA; impostos alfandegários) e ao Estado da residência.

#### **4.2 Breve histórico sobre a tributação pelo estado da fonte e pelo estado da residência e a Convenção Modelo da OCDE**

SCHOUERI<sup>123</sup> lembra que não é nova a discussão sobre qual Estado tem legitimação para tributar a renda gerada numa transação internacional. Ela é prévia ao comércio eletrônico, sendo um problema clássico respeitante ao imposto de renda em operações globalizadas.

---

<sup>123</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. **Imposto de Renda e o Comércio Eletrônico**. In: Internet. O direito na Era Virtual. Luís Eduardo Schoueri (org.). 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 40.

Menciona o autor que, ainda no final do século XIX, dois financistas mereceram destaque por seus estudos: Wagner e Schanz.

Em decorrência do estudo de Wagner<sup>124</sup> desenvolveram-se as bases para o princípio da universalidade da tributação (*world-wide taxation*), que legitima o Estado onde reside o contribuinte a exigir tributo em bases mundiais. Wagner não considerava a problemática da bitributação, tendo em vista a tendência nacionalista e isolacionista prevalecente na época em que Wagner escreveu sua obra.

Em 1892, Schanz<sup>125</sup> sustentava que nem a residência nem a nacionalidade ou a mera presença física poderiam servir como critérios únicos para estabelecer a sujeição tributária pelo imposto de renda, já que tais critérios possibilitariam a tributação de pessoas que não se beneficiam ou quase não se beneficiam das atividades do Estado, o que seria injusto a estes contribuintes. Assim, Schanz defendeu a introdução de um critério mais justo: o princípio da *pertinência econômica*, assim entendido “o vínculo de dependência que se cria entre o indivíduo e o Estado, de modo que esse indivíduo participe da vida econômica e social desse Estado<sup>126</sup>”. Segundo a pertinência econômica, o indivíduo teria vínculo muito maior com o Estado de onde tem origem seus rendimentos, e não do seu próprio país de residência. Schanz defendia que três quartos do tributo deveriam ser alocados ao Estado da fonte de rendimento, enquanto que o um quarto remanescente ao Estado da residência do contribuinte.

Em 1921, o Comitê Financeiro da Liga das Nações providenciou um relatório sobre os problemas relativos ao fenômeno da bitributação, com possíveis soluções para sua eliminação, o qual foi concluído em 1923. Como observa Klaus Vogel (*apud* SCHOUERI, 2001<sup>127</sup>), o relatório fez referência ao critério da “pertinência econômica” exposta por Schanz, mas seu resultado foi praticamente inverso à sugestão de Schanz, já que os Estados deveriam isentar, reciprocamente, os não residentes da tributação, de tal modo que só

---

<sup>124</sup> Schoueri faz referência à obra: WAGNER, A., *Finanzwissenschaft, Zweiter Teil: Gebuhren- und allgemeine Steuerlehre*, 1880, p. 296.

<sup>125</sup> Schoueri faz referência à obra: Schanz. Zur Frage der Steuerpflicht. *Finanzarchiv* 1,4 (1892).

<sup>126</sup> ALLIX, *Repetitions Ecrites de Science Financière*, “les Cours de Droit” Répétitions Ecrites & Orales, Paris, 1937-1938, p. 178 *APUD* SHOUERI, Luís Eduardo. 2001. *Op. cit.* pp. 40-41.

<sup>127</sup> VOGEL, Klaus. World-wide vs. Source Taxation of Income – A Review and Reevaluation of Arguments, in *Influence of Tax Differentials on Internacional Competitiveness* (McLure, Sinn, Musgrave and others), Amsterdam: Kluwe, 1989 *APUD* SHOUERI, Luís Eduardo. 2001. *Op. cit.* p. 41.

restaria a tributação pelo Estado da residência. Em 1928, o Comitê Financeiro da Liga das Nações, por representantes de vinte e oito Estados, acabou aprovando quatro modelos de convenções internacionais: em matéria de imposto de renda, de imposto de sucessões, de assistência administrativa e de assistência judiciária. Prevalcia para os impostos “pessoais” o critério da residência, aplicando-se a fonte para os impostos “reais”<sup>128</sup>. Uma nova reunião na Liga das Nações, reunindo-se no México, em 1943, propôs um modelo de acordo para evitar a bitributação da renda, no qual prevalecia o interesse dos países importadores de capital, cujo colegiado foi composto primordialmente de representantes de países latino-americanos, já que Estados Unidos e Europa estavam envolvidos na Segunda Guerra Mundial. Em 1946, novo acordo foi celebrado (de Londres), no qual os países industrializados tiveram maior ênfase, retornando a prioridade da tributação da renda pelo Estado da residência.

Denota-se, das observações de SCHOUERI, feitas com base em outros autores como Vogel e Allix, que os países ditos industrializados (Estados Unidos e Europa), até meados de 1950, preferiam o critério do Estado da residência para tributar os rendimentos das empresas multinacionais, ao passo que os países subdesenvolvidos (México, América Latina) preferiam o critério do Estado da fonte do rendimento. Em suma, os países desenvolvidos pretendiam assegurar o poder de tributar seus residentes, e, por sua vez, os países subdesenvolvidos pretendiam tributar os estrangeiros que auferiam renda em seus países.

Prossegue SCHOUERI narrando que o trabalho das Ligas das Nações teve prosseguimento por meio da OCDE, cujo Conselho, em 1956, instituiu um Comitê Fiscal. Em 30 de julho de 1963, a OCDE aprovou o primeiro modelo de acordo de bitributação (comumente denominada Convenção-Modelo), o qual foi revisto, culminando, posteriormente, na aprovação de novo modelo em 1977.

Em 1992, outro modelo para evitar dupla tributação foi publicado, o qual, ao contrário das versões anteriores, pretendeu ter um caráter evolutivo, sujeito a revisões periódicas (*on going revision process*)<sup>129</sup>. Várias revisões foram feitas ao longo dos anos, e

---

<sup>128</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. 2001. *Op cit.* p. 41-42.

<sup>129</sup> XAVIER, Alberto. 2000. *Op Cit.* p. 97.

a atualmente em vigor é de julho de 2014<sup>130</sup>. SCHOUERI afirma que a Convenção Modelo da OCDE dá prioridade à tributação com base no princípio da residência, privilegiando o Estado da residência do contribuinte<sup>131</sup>.

A Convenção Modelo da OCDE encontra-se sistematizada em sete capítulos. Conforme ensina ALBERTO XAVIER:

“Os capítulos I e II regulam os requisitos para a aplicação do tratado. O capítulo III – de longe o mais importante – contém as regras de distribuição de competência no que concerne aos impostos sobre o rendimento, classificado este por tipos ou classes, à semelhança do que sucede nos sistemas de tributação cedular. O capítulo IV ocupa-se das regras de distribuição de competência no que respeito aos impostos sobre o capital. O capítulo V determina as consequências das regras dos capítulos III e IV, facultando aos Estados a escolha entre os métodos da isenção e da imputação. O capítulo VI contém disposições adicionais sobre não discriminação, procedimento amigável, troca de informações e privilégios de funcionários diplomáticos e consulares e regras sobre extensão do tratado a partes do território. Enfim, o capítulo VII contém disposições finais sobre entrada em vigor e cessação do acordo<sup>132</sup>”.

Trata-se a Convenção Modelo de uma *soft law*, servindo apenas como sugestão aos países para que adotem as práticas nela estabelecidas nos tratados internacionais respeitantes à tributação, não possuindo a Convenção Modelo força coercitiva. Na prática, os países adotam o referido modelo, acrescentando pouca alteração aos tratados efetivamente firmados.

Os tratados internacionais para evitar dupla tributação foram afetados. Em 06 de junho de 2017, setenta e seis países assinaram ou expressaram a vontade de assinar a “*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS*”, a primeira convenção multilateral deste tipo, que altera, automaticamente, os tratados para evitar dupla tributação já firmados pelos países signatários (segundo cálculos da ODCE,

---

<sup>130</sup> Disponível online em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264239081-en>, acesso em 08 de junho de 2017.

<sup>131</sup> “*O modelo da OCDE claramente privilegia o Estado da residência*”. SHOUERI, Luís Eduardo. 2001. *Op. cit.* p. 42.

<sup>132</sup> XAVIER, Alberto. 2000. *Op. Cit.*, p. 97.

1.103 tratados em vigência serão alterados em razão da assinatura desta convenção multilateral). A OCDE acredita que, com essa convenção, o “*treaty shopping*”, por exemplo, será exterminado dos planejamentos fiscais das empresas multinacionais<sup>133</sup>, já que, conforme artigo 7º, número 1, da referida convenção multilateral, os benefícios de um tratado para evitar dupla tributação não serão concedidos se for razoável concluir que a obtenção de referidos benefícios foi um dos motivos principais de qualquer organização ou transação<sup>134</sup>.

A referida convenção multilateral não altera a Convenção-Modelo, que continua normalmente em vigor para aqueles países que desejem apenas firmar acordos bilaterais. Mas, para os países que assinarem a convenção multilateral, estes se comprometem a obedecer aos novos parâmetros estabelecidos pela convenção multilateral, aceitando os respectivos efeitos em seus tratados com base na Convenção Modelo da OCDE para evitar dupla tributação.

O programa BEPS da OCDE, de 2013, elaborou um relatório totalmente dedicado à tributação na economia digital, denominado de Ação 1 (Relatório Final publicado em 2015), sobre o qual já tecemos diversos comentários em capítulos anteriores, e que busca soluções para resolver a questão, dentre outras, de como assegurar ao Estado da fonte (e também ao da residência) a competência para exercer a tributação nas operações via Internet.

#### **4.3 Princípios da tributação na economia digital conforme a OCDE**

A OCDE entende que a tributação da economia digital deve ser orientada por alguns princípios.

Conforme Relatório da Ação 1 do BEPS, as soluções oferecidas para os desafios da tributação na economia digital devem observar os seguintes princípios:

---

<sup>133</sup> <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>, acesso em 08 de junho de 2017; <http://www.oecd.org/tax/treaties/ground-breaking-multilateral-beps-convention-will-close-tax-treaty-loop-holes.htm>, acesso em 08 de junho de 2017; <https://www.ft.com/content/274cd10a-4a0f-11e7-a3f4-c742b9791d43>, acesso em 08 de junho de 2017.

<sup>134</sup> O texto integral em inglês é o que segue: “*Notwithstanding any provisions of a Covered Tax Agreement, a benefit under the Covered Tax Agreement shall not be granted in respect of an item of income or capital if it is reasonable to conclude, having regard to all relevant facts and circumstances, that obtaining that benefit was one of the principal purposes of any arrangement or transaction that resulted directly or indirectly in that benefit, unless it is established that granting that benefit in these circumstances would be in accordance with the object and purpose of the relevant provisions of the Covered Tax Agreement.*”

- (i) Neutralidade: contribuintes em situações similares efetuando operações comerciais similares devem estar sujeitos a um nível de tributação similar, para evitar distorções de mercado<sup>135</sup>. A criação de um regime diferenciado de tributação para o comércio eletrônico deve ser repudiada.
- (ii) Eficiência: os benefícios de qualquer reforma devem prevalecer sobre os custos de sua adoção.
- (iii) Certeza e simplicidade: normas tributárias de fácil interpretação e assimilação facilitam contribuintes a antecipar as consequências tributárias de suas operações, e administrações tributárias a verificar o correto cumprimento das obrigações tributárias. Um sistema tributário simplificado também permite custos baixos de *compliance*.
- (iv) Efetividade e justiça: efetividade é fazer com que o sistema fiscal seja de fato respeitado pelos contribuintes, e, caso não seja, provavelmente serão criadas normas que o tornem injusto de modo a forçar o seu cumprimento. A injustiça recairia sobre contribuintes que não merecem carregar o peso fiscal do país.
- (v) Flexibilidade e sustentabilidade: a dificuldade em prever todas as situações fáticas a serem atingidas pelo tributo, já que o avanço tecnológico e comercial modifica o jeito de se fazer negócios, motiva um sistema fiscal flexível e dinâmico de modo a ser considerado sustentável, exigindo a edição e modificação contínua de normas tributárias.
- (vi) Proporcionalidade: as opções tributárias devem mirar os desafios que pretende solucionar, mas levando em consideração se estarão causando efeitos colaterais desnecessários ou desproporcionais, criando novos problemas.

Os princípios acima, com exceção do princípio da proporcionalidade, já são preconizados pelo Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE desde a conferência intitulada “A

---

<sup>135</sup> Nas palavras de Marcos Catão e Julio Janolio, “no comércio eletrônico podemos dizer que ele [o princípio da neutralidade] se apresenta como a necessidade de determinar critérios, pelos quais a atividade econômica desenvolvida por seus agentes não se torne nem mais nem menos vantajosa que aquela desenvolvida por agentes que vendam bens ou prestam serviços fora do ambiente eletrônico”. CATÃO, Marcos André Vinhas e Julio Salles Costa Janolio, **Novas tendências da tributação sobre o comércio eletrônico**. In: Direito Tributário Internacional Aplicado, Volume IV (coord. Heleno Taveira Tôres). São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 308.

*Borderless World – Realising the potential of Electronic Commerce*” ocorrida no ano de 1998 em Ottawa, e foram consagrados em um relatório intitulado “*Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions*”<sup>136</sup>.

Referido relatório, conforme apontado por JOSÉ CALSATA NABAIS, conclui em síntese o seguinte:

“1) os princípios que regulam o comércio convencional devem aplicar-se ao comércio electrónico; 2) tais princípios podem ser aplicados a partir das normas fiscais existentes; 3) as tecnologias, em que assenta o comércio electrónico, oferecem importantes possibilidades para melhorar os serviços junto do contribuinte; e 4) os processos de aplicação dos referidos princípios pressupõem um diálogo aprofundado<sup>137</sup>”.

Prossegue NABAIS explicando sinteticamente os princípios consagrados pela OCDE na conferência de Ottawa, já acima referidos (com exceção do princípio da proporcionalidade, este acrescentado pelo Relatório Final da Ação 1 do BEPS):

“De destacar, a este respeito, é a ideia de que os princípios que regulam a tributação do comércio convencional devem aplicar-se igualmente ao comércio electrónico. Trata-se dos seguintes princípios: a) da neutralidade entre essas duas modalidades de actividade comercial; b) da eficiência, minimizando os custos administrativos relativos à liquidação e cobrança dos impostos; c) da certeza e simplicidade, de modo a que as normas fiscais sejam claras e simples de compreender a fim de os contribuintes saberem com o que podem contar; d) da eficácia e equidade em termos de a tributação proporcionar uma receita normal e na data desejada, minimizando a evasão e a fraude fiscais; e e) da flexibilidade, segundo o qual os sistemas de tributação devem ser flexíveis e dinâmicos de modo a acompanhar o ritmo dos permanentes desenvolvimentos tecnológicos e comerciais<sup>138</sup>”.

---

<sup>136</sup> OECD, Committee on Fiscal Affairs, “**Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions**”, Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, October 8, 1998.

<sup>137</sup> NABAIS, Jose Casalta. 2015 *Op. cit.* p. 126.

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 127.

Conforme ainda leciona NABAIS, a União Europeia acolheu e complementou os princípios da OCDE referente ao comércio eletrônico formalizados em Ottawa, editando a Directiva 2002/38/CE, posteriormente substituída pela Directiva 2006/112/CE:

“Nos termos daquela Directiva [2002/38/CE], que acolheu e complementou os princípios acordados pela OCDE em Ottawa, segundo os quais a jurisdição competente para tributar as operações em que se concretiza o comércio electrónico deveria continuar a ser a do país onde o respectivo consumo tem lugar, a tributação em IVA dessas operações tem por base três princípios adoptados naquela reunião do Conselho de Ministros: 1) não necessidade de criar um imposto novo para tributar as operações de comércio electrónico, havendo apenas que adaptar à nova realidade os impostos existentes, em especial o IVA; 2) a qualificação das transmissões de bens por via electrónica, efectuadas *on line* (comércio electrónico directo, isto é, bens digitais cuja encomenda e entrega é feita na *net*), como prestações de serviços; 3) sujeição a tributação na União apenas das prestações de serviços consumidos ou utilizados na União Europeia e a consequente não sujeição dos consumidos ou utilizados em países terceiros<sup>139</sup>”.

Verifica-se, pois, que tanto a OCDE como a União Europeia estabeleceram princípios que devem guiar a tributação da economia digital, valendo ênfase para o princípio da neutralidade, por meio do qual não se deve conceder tratamento fiscal distinto para o comércio eletrônico e o comércio convencional.

---

<sup>139</sup> *Ibidem*, pp. 127 e 128.

## CAPÍTULO V – POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA A TRIBUTAÇÃO NA ECONOMIA DIGITAL

### 5.1 As soluções da tributação na economia digital apontadas pela OCDE na Ação 1 do plano BEPS

A OCDE salienta que planeamentos fiscais adotados por empresas multinacionais no contexto da economia digital não diferem daqueles adotados na economia tradicional (física). Assim, a Ação 1 do Plano BEPS enfatiza que as demais Ações<sup>140</sup>, aplicáveis também à economia tradicional, são suficientes para solucionar os desafios da tributação na economia digital.

Planeamentos fiscais envolvendo instrumentos híbridos, *treaty shopping*, preços de transferências, entre outros, são analisados nas demais Ações. Se fôssemos tratar de cada uma delas, perderíamos o foco do presente estudo, pois aquelas Ações servem também à economia tradicional. Assim, trataremos das soluções trazidas pela OCDE que têm um foco específico para a economia digital.

A OCDE enfatiza que as soluções analisadas na Ação 1 do plano BEPS exclusivamente para a economia digital, descritas mais adiantes, não são por ora recomendadas, pois as demais ações (que também abrangem a economia tradicional) são suficientes para reduzir consideravelmente os planeamentos fiscais abusivos<sup>141</sup>. Entretanto,

---

<sup>140</sup> O programa BEPS contém 15 ações, a seguir relacionadas:

Ação 1 (abordar os desafios fiscais da economia digital), Ação 2 (neutralizar os efeitos dos instrumentos híbridos), Ação 3 (reforçar as normas relativas às Sociedades Estrangeiras Controladas), Ação 4 (limitar a erosão da base tributária através da dedução de juros e outras compensações financeiras), Ação 5 (combater de modo mais eficaz as práticas tributárias prejudiciais, tendo em conta a transparência e a substância), Ação 6 (prevenir a utilização abusiva do convênio), Ação 7 (prevenir que o status de estabelecimento permanente seja artificialmente evitado), Ação 8, 9 e 10 (garantir que os resultados dos preços de transferência estejam alinhados com a criação de valor), Ação 11 (estabelecer metodologias para coletar e analisar os dados sobre os fenômenos econômicos da erosão da base tributária e da transferência de lucros e as ações para remediá-los), Ação 12 (exigir que os contribuintes revelem os seus esquemas de planejamento tributário agressivo), Ação 13 (reexaminar a documentação de preços de transferência e troca de informações fiscais entre países), Ação 14 (tornar mais efetivos os instrumentos de resolução das disputas), Ação 15 (desenvolver um instrumento multilateral para modificar tratados bilaterais).

<sup>141</sup> “None of the other options analysed during the work were recommended at this stage. This conclusion was largely based on the expectation that:

\* the overall BEPS work will substantially impact the BEPS issues previously identified in the digital economy;

\* some aspects of the broader direct tax challenges will be mitigated once the BEPS measures are implemented; and

salientou que qualquer país pode introduzir estas soluções em sua legislação doméstica caso sejam entendidas como necessárias, desde que não se contrarie os tratados internacionais firmados pelo respectivo país; ou, podem também introduzi-las em seus tratados bilaterais para evitar a dupla tributação, se a outra jurisdição fiscal também assim concordar.

Falaremos um pouco sobre as soluções sugeridas na Ação 1 para solucionar os desafios da tributação na economia digital, mesmo que a OCDE não as recomende pelo momento. São elas: a) um novo elemento de conexão: a presença econômica significativa, b) uma tributação retida na fonte nas transações digitais e c) um tributo de equalização.

Trataremos ainda, por pertinente à economia digital, a sugestão de um novo conceito de “estabelecimento permanente” proposto no Relatório Final da Ação 7 do BEPS, este sim, recomendado pela OCDE.

Frisamos que nosso foco de estudo é apenas quanto à tributação sobre o rendimento, pelo que deixaremos de lado os desafios concernentes à tributação pelo IVA, também analisados no Relatório.

### **5.1.1 Um novo elemento de conexão: a presença econômica significativa (*significant economic presence*)**

A economia digital trouxe uma problemática respeitante à presença física de uma empresa multinacional em determinado país, já que o mundo *online* não conhece fronteiras. Isso torna difícil a tributação de uma empresa pelo país estrangeiro, já que, conforme a Convenção Modelo da OCDE, para que ocorra tal tributação, seria necessário que a empresa multinacional mantivesse uma presença física no país através de um estabelecimento permanente, fazendo com que apenas o Estado de residência tribute referida empresa.

Segundo a OCDE, uma solução possível para esse problema, de forma a conceder ao Estado da fonte dos rendimentos o poder tributante, seria criar um novo elemento de conexão: a *presença econômica significativa*.

---

\* *consumption taxes will be effectively levied in the market country.*” EGGERT, J; CHIEN, L; ROBERT, E. **Action 1: Addressing the tax challenges of the digital economy.** International Tax Review. 4, Jan. 4, 2016. ISSN: 09587594.

A presença econômica significativa consiste na “presença tributável” no país em que a empresa não residente conclui negócios, aferida com base em critérios que evidenciem uma interação permanente e proposital, via ferramentas tecnológicas, com a economia daquele país.

Assim, mesmo que a empresa multinacional não possua uma presença física por meio, por exemplo, de um estabelecimento permanente, os rendimentos obtidos no país estrangeiro seriam lá levados à tributação em razão de uma *presença econômica significativa* (*significant economic presence*).

Um dos critérios para aferir a existência de uma presença econômica significativa seria através da receita gerada em um determinado país (*revenue-based factor*), identificadas pelas transações concluídas por empresas não residentes de forma remota com seus clientes residentes naquele país. Haveria de se estabelecer um nível mínimo de receita bruta, para que se tributem apenas empresas que realmente possuam uma presença econômica relevante, sendo que este nível mínimo tem de levar em consideração o custo da administração tributária na cobrança do imposto e o custo de conformidade ou *compliance* por parte dos contribuintes, ou seja, precisa ser o mais elevado possível de forma a fazer valer a pena a cobrança do tributo. Ademais, de forma a estabelecer um limite mínimo de receita bruta, as administrações tributárias de cada país teriam que envidar esforços para corretamente identificar e medir as atividades digitais das empresas não residentes; uma possível solução seria introduzir um registro compulsório para as empresas digitais poderem atuar no país.

Um segundo critério que identificaria a presença econômica significativa seria com base nos “fatores digitais” (*digital factors*) utilizados pela empresa. Exemplos de fatores digitais são: (i) nome de domínio local (*local domain name*), por exemplo, no Brasil o nome do domínio local é “.com.br”, enquanto em Portugal é “.pt”; (ii) plataforma digital local (*local digital platform*), ou seja, um sítio eletrônico construindo com base em elementos locais, como a língua e normas culturais de um determinado país; (iii) meio de pagamento local (*local payment options*) oferecido aos clientes, além de apresentar o preço dos produtos e serviços na moeda local e em conformidade com os tributos locais que recaem sobre tais produtos e serviços.

Um terceiro critério seria baseado nos usuários (*user-based factors*). São fatores ligados aos usuários: a existência de usuários, residentes em um determinado país, cadastrados em uma determinada plataforma digital e que a utilizam de forma ativa e mensal (*monthly active users*); o número de contratos firmados eletronicamente (*online contract conclusion*) através de uma plataforma digital com clientes e usuários residentes em um determinado país, já que normalmente a empresa solicita ao usuário que concorde, clicando em um botão, com os termos de serviços para aceder à plataforma; o volume de informações digitais coletadas através de uma plataforma digital de usuários e clientes (*data collected*), tomando como critério localizador a origem dos dados coletados, sendo irrelevante onde os dados são armazenados e processados, tendo como exemplos dados pessoais de usuários, criados por usuários, avaliação de produtos comprados e históricos de buscas.

A existência destes três critérios (receita gerada, fatores digitais e fatores de usuários), os quais podem e devem em determinadas situações ser utilizados cumulativamente, evidenciariam a presença econômica significativa de determinada empresa em um determinado país, pois haveria o propósito de participar regularmente da sua vida econômica.

O Relatório da Ação 1 do BEPS nos traz um exemplo de como aplicar esse novo elemento de conexão denominado presença econômica significativa, cumulando os três critérios acima referidos:

“Se uma empresa não residente auferir, em determinado país, um volume significativo de receita bruta (acima de um limite pré-estabelecido), derivada de transações com clientes localizados naquele país, cujas transações são concluídas eletronicamente através de uma plataforma digital local, onde o cliente é obrigado a criar uma conta personalizada e utilizar uma das opções de pagamentos locais oferecidas no sítio eletrônico para realizar a compra, pode-se considerar a existência de uma conexão entre a receita gerada naquele país e os fatores digitais ou de usuários, evidenciando uma presença econômica significativa<sup>142</sup>”.

---

<sup>142</sup> Tradução livre de: “If a non-resident enterprise generates gross revenues above the threshold from transactions with in-country customers concluded electronically through a localised digital platform where the customer is required to create a personalised account and utilise the local payment options offered on the

Este novo elemento de conexão, a presença econômica significativa, serviria como alternativa ao critério do estabelecimento permanente, devendo o regime tributário aplicável ser o mais próximo possível àquele aplicado ao estabelecimento permanente, tendo como base tributável o lucro, ou seja, deve-se oportunizar a dedução das despesas incorridas na atividade para se aferir a matéria coletável.

### **5.1.2 Uma tributação retida na fonte nas transações digitais.**

Outra ideia levada em consideração pela OCDE na Ação 1 do BEPS é introduzir uma tributação retida na fonte, a ser recolhida pelos residentes e estabelecimentos permanentes de um determinado país, sobre os pagamentos feitos para empresas não residentes pela compra de produtos ou serviços *online*, isto é, sobre a receita bruta gerada na operação, mesmo que a empresa estrangeira não possua uma presença econômica significativa.

A tributação recairia em determinados tipos de transações digitais, as quais seriam especificamente e previamente listadas.

Dessa forma, bastaria que o responsável tributário (residente) recolhesse o tributo devido pela empresa estrangeira de tecnologia, sem a necessidade desta prestar contas ao fisco do país consumidor. As transações na economia digital seriam tributadas exclusivamente na fonte pagadora.

O grande problema gira em torno da figura do responsável tributário, o qual precisa estar a par de quais transações sofrem a tributação retida, e se sentir realmente compelido a pagar o imposto.

Assim, nas transações B2B (*business-to-business*), envolvendo apenas agentes empresariais, a retenção na fonte é relativamente de fácil implementação.

Mas, nas transações B2C (*business-to-consumer*), através das quais a operação é efetuada diretamente entre a empresa produtora e o consumidor final, sendo este normalmente uma pessoa física, a proposta de tributação na fonte verifica dificuldades.

---

*site to execute the purchase, it could be considered that there is a link between the revenue generated from that country and the digital and/or user-based factors evidencing a significant economic presence in that country".* OECD (2015), Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, *op. cit.*, p. 111.

Pessoas físicas têm pouca experiência e incentivo para declarar e pagar impostos, além do que, uma fiscalização por parte da administração tributária com vistas a coletar pequenas quantias de tributos de um número gigantesco de consumidores envolveria consideráveis custos e desafios administrativos.

Dessa forma, uma possível solução para as transações B2C seria implementar a tributação na fonte aos intermediários que processam os pagamentos feitos pelos consumidores. O que também acarreta dificuldades, pois os intermediários que processam os pagamentos muito comumente não conhecem detalhes da transação, a ponto de verificar qual imposto é devido e a que tanto.

Daí que a OCDE sugeriu, para possibilitar a tributação na fonte em transações B2C, que as empresas estrangeiras não residentes fossem obrigadas, para atuar em determinado país, a apresentar um registro, através do qual todos os pagamentos efetuados pelos consumidores, para a compra remota de produtos e serviços, seriam designados a uma conta bancária específica para receber tais pagamentos. Em consequência, o intermediário que processa o pagamento, antes de remeter à quantia ao banco, deve reter o tributo na fonte. Mesmo assim, a OCDE salientou que essa solução pode trazer desafios à efetiva arrecadação tributária, quando os intermediários que processam o pagamento estão situados em outro país que não a jurisdição do consumidor.

De todo o modo, a OCDE entende que a tributação na fonte sobre a receita bruta pode gerar distorções, uma vez que não se está tributando o lucro da empresa, não permitindo, portanto, deduções à base tributável. Uma solução seria aplicar taxas diminutas, de modo que o encargo fiscal se aproxime a uma tributação sobre o lucro, de forma similar ao que acontece no Brasil, onde o contribuinte pode optar pela tributação da renda pelo lucro presumido (aplicando-se uma alíquota reduzida sobre a receita bruta, sem direito a deduções de despesas<sup>143</sup>) em vez do lucro real (aplicando-se uma alíquota alta sobre o lucro, que é aferido após deduções de despesas). Haveria o risco de haver regimes tributários diferenciados para o residente e para o não residente, ferindo o princípio da não discriminação e normas da União Europeia.

---

<sup>143</sup> Arts. 516 e seguintes do Regulamento do Imposto de Renda (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999).

Por todo o exposto, a OCDE entende que esta opção (tributação retida na fonte sobre a receita bruta gerada pela atividade digital) é negativa. Ela pode sim ser usada, mas apenas para facilitar a arrecadação no contexto da solução apresentada anteriormente, baseada na *presença econômica significativa*, permitindo à empresa não residente, que possua esse critério de conexão com o Estado da fonte do rendimento, a dedução do tributo retido quando da liquidação do imposto sobre o rendimento, permitindo-se, ainda, as deduções ao lucro tributável.

### **5.1.3 Um tributo de equalização (*equalisation levy*)**

Um tributo de equalização serviria ao Estado onde estão localizados os consumidores, o Estado da fonte de rendimento, para tributar a empresa não residente que possua uma presença econômica significativa naquele país. Assim, conjuga-se o novo elemento de conexão, a presença econômica significativa, já analisada, com o tributo de equalização.

Assim como o tributo retido na fonte referido no tópico anterior não guarda estrita relação com o imposto sobre o rendimento (pois, no caso do tributo retido na fonte, a base tributável é a receita bruta), o mesmo ocorre com o tributo de equalização, com maior clareza.

A Ação 1 do BEPS não discrimina pormenorizadamente todos os elementos de tal tributo. Apenas sugere que ele poderia incidir sobre as transações contratualmente firmadas em meio eletrônico, ou sobre a quantidade de usuários mensais inscritos em determinada plataforma digital, ou sobre a quantidade de dados coletados dos usuários. A OCDE também levanta a questão deste tributo não guardar relação com o imposto sobre o rendimento, sugerindo, por exemplo, que se a empresa não residente já for tributada pelo Estado da fonte por meio do imposto de renda, não é aconselhável que ela seja também onerada pelo tributo de equalização.

A Índia foi o primeiro país que decidiu acatar esta opção analisada pela OCDE na Ação 1 do BEPS, introduzindo esse tipo de tributo para taxar a economia digital<sup>144</sup>.

---

<sup>144</sup> <http://www.ey.com/in/en/services/tax/ey-india-tax-insights-equalization-levy-indias-action-under-the-beps-agenda-for-the-digital-economy>, acesso em 13 de junho de 2017.

Segundo informações da empresa multinacional de auditoria “EY”<sup>145</sup>, a Índia desenhou o tributo de equalização de forma que ele incide sobre específicos serviços digitais<sup>146</sup> à uma taxa de 6%, e atinge somente transações B2B (*business-to-business*). A base tributável é composta dos pagamentos recebidos por empresas não residentes de um empresa residente na Índia ou de um estabelecimento permanente de uma empresa não residente localizado na Índia, em decorrência dos serviços especificados. O tributo não é aplicável a empresas não residentes que possuam um estabelecimento permanente na Índia, já que o estabelecimento é tributado regularmente segundo o imposto de renda. O tributo só é aplicável se o valor agregado da transação exceder aproximadamente mil e quinhentos dólares.

Como visto, o tributo de equalização é uma solução para os Estados da fonte tributarem as atividades digitais das empresas não residentes com base na presença econômica significativa, mas sua introdução no ordenamento fiscal de um país é capaz de gerar problemas de discriminação entre residentes e não residentes, além de caracterizar a criação de um novo tributo a par do imposto sobre o rendimento, o que não é recomendável pela OCDE que entende que a economia digital não pode receber tratamento fiscal diferenciado daquele recebido pela economia física.

#### 5.1.4 Um novo conceito de estabelecimento permanente

A proposta para um novo conceito de estabelecimento permanente está contida na Ação 7<sup>147</sup> do BEPS, não na Ação 1, mas é uma solução que possui deveras relevância para a tributação na economia digital, por isso trataremos dela.

Os tratados internacionais para evitar dupla tributação baseados na Convenção Modelo da OCDE preveem que os lucros empresariais das empresas multinacionais não residentes somente serão tributados em um país estrangeiro (Estado da fonte) se elas

---

<sup>145</sup>

[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Template\\_Equalisation\\_Levy\\_Alert.pdf/\\$FILE/Template\\_Equalisation\\_Levy\\_Alert.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Template_Equalisation_Levy_Alert.pdf/$FILE/Template_Equalisation_Levy_Alert.pdf), acesso em 14 de junho de 2017.

<sup>146</sup> “*The Equalisation Levy would be applicable at 6% on gross consideration payable for a ‘Specified Service’. ‘Specified Service’ is defined as follows: (1) Online advertisement; (2) Any provision for digital advertising space or facilities/ service for the purpose of online advertisement; (3) Any other service which may be notified later.*”

[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Template\\_Equalisation\\_Levy\\_Alert.pdf/\\$FILE/Template\\_Equalisation\\_Levy\\_Alert.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Template_Equalisation_Levy_Alert.pdf/$FILE/Template_Equalisation_Levy_Alert.pdf), acesso em 14 de junho de 2017.

<sup>147</sup> OECD (2015), **Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report**, OECD Publishing, Paris. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241220-en>

mantiverem ali um estabelecimento permanente e os lucros imputados a este estabelecimento.

Com base na Convenção Modelo (artigo 5º, 5), se a empresa possuir um agente dependente em determinado país, atuando por conta da empresa, e tendo e exercendo habitualmente autoridade para concluir os negócios em nome da empresa naquele território<sup>148</sup>, desde que não se tratem de atividades meramente auxiliares ou preparatórias (artigo 5º, 4), caracterizado estará o estabelecimento permanente, e o referido país poderá tributar os lucros desse estabelecimento. Por outro lado, se a empresa possuir apenas corretores, comissários ou qualquer outra agente independente, não restará constituído o estabelecimento permanente.

Uma das dificuldades que o Relatório Final da Ação 7 do BEPS identificou com relação ao estabelecimento permanente é a de que empresas têm se utilizado de estratégias artificiais para evitar o enquadramento de suas atividades em determinado país na definição de estabelecimento permanente contida na Convenção Modelo, passando a extinguir filiais que tradicionalmente agiam como distribuidores dependentes, substituindo-as por contratos de comissão, sem uma substantiva mudança nas funções exercidas no país estrangeiro. O que resulta em perdas de arrecadação do país da fonte, onde a atividade empresarial é exercida. Do mesmo modo, empresas têm se valido das exceções à definição de estabelecimento permanente contidas no artigo 5º, item 4, da Convenção Modelo, para também evitar a tributação pelo país da fonte<sup>149</sup>.

Assim, a OCDE identificou a necessidade de promover mudanças na definição do estabelecimento permanente (as mudanças tendem a ser feitas nos itens 4, 5 e 6 do art. 5º

---

<sup>148</sup> Segundo comentários da OCDE, o contrato não necessariamente precisa ser assinado pelo agente em nome da empresa. O que tem de se aferir é a substância sobre a forma. Se o agente intermedeia a contratação, de forma a vincular a empresa estrangeira, independentemente dos elementos formais, estará caracterizada a dependência do agente, e, por consequência, o estabelecimento permanente.

<sup>149</sup> “The Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS Action Plan, OECD, 2013a) called for a review of that definition to prevent the use of certain common tax avoidance strategies that are currently used to circumvent the existing PE definition, such as arrangements through which taxpayers replace subsidiaries that traditionally acted as distributors by commissionaire arrangements, with a resulting shift of profits out of the country where the sales took place without a substantive change in the functions performed in that country. Changes to the PE definition are also necessary to prevent the exploitation of the specific exceptions to the PE definition currently provided for by Art. 5(4) of the OECD Model Tax Convention (2014), an issue which is particularly relevant in the digital economy”. OECD (2015), **Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report**, *Op. cit.* p. 9.

da Convenção Modelo), de modo a reestabelecer a tributação conforme a integridade dos sistemas fiscais internacionais, evitando planeamentos fiscais que levam à não tributação ou à baixa tributação.

O Relatório Final da Ação 7 contempla mudanças ao conceito de estabelecimento permanente contida no artigo 5º da Convenção Modelo, sugerindo que elas sejam rapidamente implementadas. Vejamos quais seriam estas mudanças.

#### **5.1.4.1 Estratégias artificiais para evitar a constituição de um estabelecimento permanente: acordos de comissário.**

Segundo definição dada pelo Relatório Final da Ação 7<sup>150</sup>, acordo de comissão é “um acordo através do qual a pessoa vende produtos em um Estado em seu próprio nome, mas por conta da empresa estrangeira que é a proprietária destes produtos”.

Já que a pessoa que vende os produtos não detém a sua propriedade jurídica, a tributação do lucro recai apenas sobre o valor da remuneração que esta pessoa recebe pelos serviços, a comissão paga pela empresa estrangeira não residente.

O estabelecimento permanente, na definição da Convenção Modelo da OCDE, exige que os contratos comerciais sejam concluídos em nome da empresa não residente, por meio de um agente dependente, o que não ocorre nos casos de acordos de comissão, pois o comissário, em regra, tem liberdade de agir, por conduzir atividades próprias e desvinculadas da empresa estrangeira. Neste último caso, há uma independência tanto econômica como jurídica.

O problema exsurge quando o contrato de comissão revela a existência de um agente economicamente dependente - embora em termos de formatação jurídica ele seja descrito como independente - na medida em que o agente possui como único cliente a empresa estrangeira e atua por mando desta. Cria-se uma brecha para evitar artificialmente o estabelecimento permanente.

Para solucionar este desafio, a Ação 7 do BEPS propõe que os comissários também podem constituir estabelecimento permanente, caso eles ajam exclusivamente ou quase exclusivamente para a empresa estrangeira ou suas empresas relacionadas (o que

---

<sup>150</sup> *Ibidem.*

descaracteriza factualmente uma atividade própria e independente do comissário), e, desde que a atuação dos comissários sejam cruciais para a conclusão dos contratos comerciais com os clientes da empresa estrangeira, ainda que a empresa estrangeira conclua em definitivo tais contratos sem fazer modificações substanciais aos termos estabelecidos entre o comissário e os clientes.

A ideia é provar o vínculo de subordinação do comissário perante a empresa não residente, caracterizando, assim, o estabelecimento permanente.

#### **5.1.4.2 Estratégias artificiais para evitar a constituição de um estabelecimento permanente: exceções à definição de estabelecimento permanente, no que respeita a atividades preparatórias e auxiliares.**

O Relatório Final da Ação 7 do BEPS concluiu que atividades antes consideradas meramente preparatórias ou auxiliares relativamente às exceções contidas na Convenção Modelo da OCDE, no art. 5º (4), podem corresponder, hoje em dia, a atividades principais da empresa, especialmente na economia digital.

Segundo Comentário 24 ao art. 5º (4) da Convenção Modelo, é difícil distinguir atividades meramente preparatórias ou auxiliares de atividades principais, e a verificação acaba sendo casuística.

Por exemplo, a manutenção de um grande armazém em um país-mercado onde um número significativo de empregados trabalha com o propósito de armazenar e entregar bens tangíveis a consumidores, os quais são vendidos *online* por uma empresa estrangeira (cujo modelo de negócio depende da proximidade dos clientes e da necessidade de rápida entrega dos bens) passam a constituir um estabelecimento permanente para a empresa estrangeira, conforme modificações ao conceito de estabelecimento permanente sugeridas pelo Relatório Final da Ação 7.

Antes, o armazém com o propósito de armazenar e entregar mercadorias não era considerado um estabelecimento permanente, na medida em que a venda do bem (atividade principal) era realizado não pelo armazém, mas pela própria empresa estrangeira. O armazém servia apenas como auxílio ou preparação para a consecução da atividade comercial.

Mas, se referido armazém emprega um número considerado de empregados e tem a finalidade de facilitar a atração de clientela, segundo o Relatório Final da Ação 7 do BEPS, as atividades exercidas nesse armazém deixam de ser preparatórias ou auxiliares para darem suporte crucial às atividades essenciais da empresa estrangeira, configurando o estabelecimento permanente.

Conforme artigo publicado na revista eletrônica *Tax Adviser*:

*“The proposed revisions provide that activities have a "preparatory" character if they are carried on in the contemplation of the carrying on of the essential and significant part of the activity of the enterprise as a whole. No activity would be considered "auxiliary" if it is carried on to support, without being part of, the essential and significant part of the activity of the enterprise as a whole. "Auxiliary" activities are not meant to include any activity that requires a significant proportion of the assets or employees of the enterprise<sup>151</sup>”.*

A ideia por trás das mudanças propostas pela Ação 7 é assegurar que somente atividades realmente preparatórias e auxiliares não constituam um estabelecimento permanente<sup>152</sup>.

O Relatório Final da Ação 7 propõe também solucionar a questão da fragmentação das atividades empresariais, de modo que se ditas atividades, separadamente, são auxiliares e preparatórias, o mesmo não sucede quando são vistas como um todo, e, assim, são parte de uma operação comercial coesa e principal. A OCDE então criou regras de anti-fragmentação para solucionar esta problemática.

A análise casuística, a imprecisão dos conceitos de atividades preparatórias e auxiliares, dentre outros fatores, tornam complexas as sugestões dadas no Relatório Final da Ação 7. FRANCISCO ANTONIO VAQUER FERRER, doutor em Direito Financeiro e

---

<sup>151</sup> **BEPS Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status.** Tax Adviser [serial online]. October 2015;46(10):6-7. Available from: Health Business Elite, Ipswich, MA. <http://www.thetaxadviser.com/issues/2015/oct/beps-action-7.html>. Acesso em 1 de julho de 2017.

<sup>152</sup> Para um estudo mais aprofundado, cf. PEDRO, Catarina. **A erosão do conceito de estabelecimento estável num contexto de globalização económica e digital.** Dissertação de Mestrado. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2015.

Tributário pela Universidade das *Islas Baleares* (Espanha), chama atenção para esse problema:

*“En todo caso, recurrir a la interpretación de términos imprecisos como el de «funciones de carácter preparatorio o auxiliar» seguirían sin garantizar, desde mi punto de vista, una pronta solución. Ello requeriría seguramente mayores labores de interpretación que las propias de una disposición que contemplara de forma expresa las «actividades digitalmente desmaterializadas», en el alcance antes señalado, como modalidad de establecimiento permanente<sup>153</sup>”.*

Não à toa que, posteriormente à publicação do dito relatório, novas discussões foram promovidas em julho de 2016 e junho de 2017, por meio dos denominados “*discussion draft*”<sup>154</sup>, visando a esclarecer a aplicação das sugestões contidas na Ação 7.

Não obstante, modificações propostas ao conceito de estabelecimento permanente foram bem recebidas. A convenção multilateral firmada em junho de 2017 por inúmeros países, a denominada “*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS*”, da qual já falamos anteriormente, adotou em seus artigos 12-15 sugestões contempladas na Ação 7 do BEPS à modificação do conceito de estabelecimento permanente.

#### **5.1.4.3 Antigas propostas da OCDE para uma nova definição do conceito de estabelecimento permanente na economia digital e modificações à Convenção Modelo da OCDE**

O comércio eletrônico direto propicia aos agentes econômicos a consecução de suas atividades empresariais em inúmeros mercados estrangeiros, sem que, para tanto, necessite de uma presença física em cada Estado em que atua. Quer-se com isso dizer que, na era da economia digital, o estabelecimento permanente, tal como já definimos anteriormente com base na Convenção Modelo da OCDE, necessita de uma nova definição

---

<sup>153</sup> <http://www.millenniumdipr.com/ba-42-establecimiento-permanente-y-economia-digital-especial-referencia-a-las-empresas-intermediadoras-en-el-ambito-del-turismo-colaborativo>. Acesso em 01 de julho de 2017.

<sup>154</sup> <http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-releases-beps-discussion-drafts-on-attribution-of-profits-to-permanent-establishments-and-transactional-profit-splits.htm>. Acesso em 01 de julho de 2017.

de modo a que se tribute o comércio eletrônico de forma equitativa, repartindo-se as receitas fiscais entre os diversos países.

Conforme já assinalado, o estabelecimento permanente tal como atualmente definido no artigo 5º da Convenção Modelo da OCDE pressupõe a existência de uma *base fixa de negócio* no Estado estrangeiro (e.g., uma filial, um escritório, uma fábrica, uma oficina, dentre outros).

Ocorre que, no comércio eletrônico, bens e serviços são comercializados via Internet, sem que a empresa necessite possuir uma base fixa de negócio.

Para ilustrarmos a operação ao absurdo, imagine-se uma empresa “X” que decide não ser constituída conforme as leis de qualquer país, de forma a não adquirir personalidade jurídica. Referida empresa contrata a empresa “Y” para criar e gerenciar um sítio eletrônico na Rede Mundial de Computadores, passando, assim, a vender livros eletrônicos (*e-books*), diretamente a seus consumidores, sem intermediação. Os livros são armazenados em um servidor da empresa “Z”. O pagamento dos livros é feito de forma *online*, para uma conta em nome da empresa X em um paraíso fiscal onde não há tributação da renda. Com relação aos funcionários, eles todos trabalham *home office* em qualquer lugar do mundo, reportando-se aos seus superiores via Skype e enviando relatórios de desempenho por e-mail. A sua fama cresce tanto de forma a angariar clientes em todos os países do mundo, lucrando bilhões de dólares anualmente. Do exemplo exposto, notamos que a empresa:

- (i) Não possui nacionalidade;
- (ii) Não é residente de nenhum país;
- (iii) Não possui, conforme conceito trazido pela Convenção Modelo da OCDE, estabelecimento permanente (base fixa de negócio ou representante contratual)
- (iv) Não possui bens materiais (imóveis, maquinários, etc)
- (v) Somente possui bens imateriais (estoque de livros digitais e uma “marca empresarial”)
- (vi) Todo o rendimento é alocado em uma conta bancária em um determinado paraíso fiscal que não tributa a renda.

Em análise rápida e superficial, pode-se entender que não se encontra presente, no exemplo hipotético acima, nenhum *elemento de conexão* que conecte a referida empresa a uma determinada jurisdição fiscal, o que levaria à conclusão de que o lucro resultante da atividade de comercialização dos livros digitais não poderia ser tributado por nenhum país. Ou, que o único elemento de conexão seria a renda auferida e alocada no paraíso fiscal, a qual não sofre tributação.

Porém, a conclusão externada acima não merece o revestimento de validade. Embora possa até se admitir ser a referida empresa apátrida, ou não possuir residência em algum país (i.e., admitir-se a inexistência de elementos de conexão subjetivos), é inegável que sua atividade empresarial é exercida em todos os países do mundo, ainda que via Internet, o que suscita desde logo dúvidas legítimas quanto à existência de um elemento de conexão objetivo, territorial, que a conecte a algum ou a alguns países, de modo a que este ou estes exerçam, sobre referida empresa, o poder de tributar.

Assim, pôs-se em debate se um novo conceito de estabelecimento permanente seria adequado para a economia digital, e se um *website* e um servidor poderiam ser tidos como estabelecimentos permanentes.

A OCDE publicou, no ano de 2000, um estudo denominado “*The application of the permanent establishment definition in the context of electronic commerce : proposed clarification of the Commentary on Article 5 of the OECD Model Tax Convention*”, recomendando manter a redação do artigo 5º da Convenção Modelo que trata da definição de estabelecimento permanente, alterando-se somente os comentários que norteiam sua interpretação e aplicação, em conformidade com o comércio eletrônico.

Atualmente, os comentários ao estabelecimento permanente referentes ao comércio eletrônico são aqueles de números 42.1 a 42.10<sup>155</sup>, que interpretam o parágrafo 7º do artigo 5º da Convenção Modelo. As conclusões alcançadas destes comentários podem ser assim sintetizadas:

---

<sup>155</sup> Vide página 232 do documento: OECD (2015), Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version), *op. cit.*

- (i) Um *website*, que é uma combinação de software e dados eletrônicos, não é um bem tangível, e, portanto, não possui uma localização definida que pudesse categorizá-lo como um estabelecimento permanente;
- (ii) Por outro lado, o servidor onde o *website* está armazenado e através do qual é acessado é um equipamento que tem uma localização física, e tal localização pode constituir uma “base fixa de negócio” da empresa que opera o servidor.
- (iii) Porém, a empresa que opera o servidor pode ser diferente da empresa que realiza a atividade empresarial através do *website*. Por exemplo, é muito comum que o *website* seja hospedado no servidor de um provedor<sup>156</sup>. Neste caso, a empresa não instala uma base fixa de negócio, e, portanto, um estabelecimento permanente. O que ocorreria somente se a empresa fosse dona e operasse o servidor.
- (iv) Para que o servidor constitua uma “base fixa de negócio”, ele precisa manter-se em um local por determinado período de tempo (geralmente mais de seis meses, em conformidade com os comentários ao parágrafo primeiro do artigo 5º, especialmente o comentário nº 6<sup>157</sup>).
- (v) Há também o problema em saber se a atividade da empresa é executada parcial ou totalmente através do servidor, devendo ser averiguado caso a caso,
- (vi) O servidor pode ser considerado um estabelecimento permanente, mesmo que os funcionários da empresa o operem remotamente, de outra localidade.
- (vii) As atividades meramente preparatórias ou auxiliares (que não constituem o objeto social da empresa) exercidas através de um equipamento eletrônico não criam um estabelecimento permanente. Exemplos: o fornecimento de um serviço de comunicação via *web*; a publicidade de bens ou serviços; retransmissão de informação por um servidor espelho

---

<sup>156</sup> Provedor de Serviços de Internet. Em inglês: *Internet Service Provider (ISP)*.

<sup>157</sup> Vide páginas 213 e 214 do documento: OECD (2015), *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)*, *op. cit.*

para o propósito de segurança e eficiência; armazenamento de dados mercadológicos; fornecimento de informações.

- (viii) Os provedores de serviços de internet (que operam o servidor) não são considerados, a não ser que haja prova em contrário, como agentes (parágrafo 5º do artigo 5º) da empresa de comércio eletrônico, não constituindo um estabelecimento permanente. Isso se dá porque os provedores não possuem autoridade para firmar contratos em nome da empresa e não costumam celebrar tais contratos, ou porque eles são agentes independentes agindo no curso normal de seus negócios, já que eles prestam o serviço de hospedagem de *websites* para diversas outras empresas.

Extraí-se dos comentários ao artigo 5º da Convenção Modelo da OCDE que: (i) um *website* não pode ser considerado um estabelecimento permanente; (ii) um servidor pode ser considerado um estabelecimento permanente, desde que esteja fixado em determinado território por um período de tempo, as atividades da empresa sejam total ou prioritariamente desenvolvidas no equipamento e que tais atividades traduzam o objeto social da empresa (não podendo ser meramente preparatórias ou auxiliares).

## **5.2 As soluções da tributação na economia digital apontadas pela doutrina**

### **5.2.1 Doutrina de José Casalta Nabais**

JOSÉ CASALTA NABAIS destaca que o comércio eletrônico coloca problemas em sede de tributação do rendimento, fundamentalmente, a questão de saber se ainda são suficientes os conceitos tradicionais de “residência” e de “estabelecimento estável”, bem como as regras tradicionais sobre os preços de transferências<sup>158</sup>.

NABAIS dá destaque a três tipos de propostas desenvolvidas pela comunidade tributária internacional para solucionar os desafios da tributação na economia digital<sup>159</sup>:

- (i) A exclusão de tributação desse rendimento, como foi inicialmente defendido pela doutrina nos EUA, com o argumento de fomentar o desenvolvimento do próprio comércio electrónico;

---

<sup>158</sup> NABAIS, José Casalta. *Op. cit.* p. 130.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 130.

- (ii) O estabelecimento de um específico imposto sobre esse rendimento como o *bit tax*;
- (iii) A tributação dos rendimentos do comércio electrónico socorrendo-se dos tradicionais elementos de conexão e repartindo a tributação entre o Estado da residência e o Estado da fonte.

O autor repudia as duas primeiras soluções, afirmando que a exclusão da tributação do rendimento é insustentável, ao passo que a criação de um imposto *bit tax* não teria por objetivo a tributação do rendimento, mas da riqueza produzida pelas novas tecnologias de informação e comunicação<sup>160</sup>.

No entender de NABAIS, a terceira solução é a mais viável, sendo que “os rendimentos gerados através do comércio electrónico hão-de ser tributados com o recurso aos elementos de conexão tidos por legítimos *iure gentium* em sede da tributação do rendimento, isto é, a residência e a fonte”<sup>161</sup>, salientando, ainda, que “estes elementos têm de ser devidamente adaptados à específica realidade do comércio electrónico”<sup>162</sup>.

### 5.2.2 Doutrina de Luís Eduardo Schoueri

SCHOUERI chama a atenção de que o comércio eletrônico potencializa o desafio básico do Direito Tributário Internacional, que é identificar o país legitimado para tributar:

“O comércio eletrônico potencializa a questão básica do Direito Tributário Internacional: quem deve tributar<sup>163</sup>”.

“A percepção da existência de um mercado virtual, que não se encaixa no tradicional binômio nacional/não nacional, permite que se traga à tona a discussão acima sobre a legitimidade da tributação. Com efeito, o mercado virtual, posto que intangível, não é inexistente: há rendimentos sendo produzidos e diversos Estados buscando a sua tributação<sup>164</sup>”.

---

<sup>160</sup> *Idem.*

<sup>161</sup> *Idem.*

<sup>162</sup> *Idem.*

<sup>163</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. **Tributação e Cooperação Internacional**. In *Direito Tributário Atual* nº 18. São Paulo: Dialética, 2004. p. 73.

<sup>164</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. 2001. *Op. cit.* p. 47.

Citado por SCHOUERI, Chang Hee Lee, professor da Universidade Nacional de Seul, sustenta que o discurso dos países desenvolvidos, fundamentado na neutralidade tributária e na prevalência da tributação pelo Estado da residência, não é válido na era digital; segundo Lee, a neutralidade tributária justifica uma nova ordem, alocando maior renda para os países em desenvolvimento, já que qualquer tentativa de fixar-se a tributação na residência permite que o contribuinte, valendo-se da tecnologia digital, escape da tributação. A tributação, assim, deve ser assegurada pelo Estado onde se dá o consumo<sup>165</sup>.

Em termos de concordância com a premissa de Chang Hee Lee, SCHOUERI defende que o Estado onde se dá o consumo é quem deve tributar a renda gerada na economia digital.

SCHOUERI sustenta que o “local do estabelecimento do vendedor” é de papel insignificante no contexto do comércio eletrônico, não sendo adequado para servir como elemento de conexão:

“Tratando-se de comércio eletrônico, onde a localização física do estabelecimento vendedor desempenha papel ainda mais insignificante, não é difícil conceber que com muito mais força se desenvolvam tais rotas (florescimento de empresas comerciais situadas em paraísos fiscais) (...) já que, ao final, muito menos evidências se terá de que o rendimento não foi auferido legitimamente pela empresa situada no paraíso fiscal<sup>166</sup>.”

Para SCHOUERI, a fundamentação teórica da tributação pelo Estado da fonte do rendimento está localizada na circunstância de que naquele Estado se produziu a riqueza. Duas teorias daí advém, conforme o autor ensina: (i) *teoria do benefício*, na qual justifica-se a tributação no Estado da fonte a partir dos benefícios oferecidos pelo Estado<sup>167</sup> e (ii)

---

<sup>165</sup> Chang Hee Lee. Impact of Electronic Commerce on allocation of Tax Revenue between Developed and developing Countries. Ad Hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters. Eleventh Meeting. United Nations. APUD SHOUERI, Luís Eduardo. **Tributação e Cooperação Internacional**. In Direito Tributário Atual nº 18. São Paulo: Dialética, 2004. p. 74.

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 29.

<sup>167</sup> A teoria do benefício guarda sérias críticas, em especial, segundo explica Schoueri, porque há impostos que não se vinculam a qualquer contrapartida estatal, assim como, se tal teoria fosse verdade, os que recebem mais benefícios do Estado, normalmente os menos capacitados economicamente, deveriam pagar mais impostos, o que malfere frontalmente o princípio da capacidade contributiva.

*teoria do sacrifício*, na qual justifica-se a tributação no Estado da fonte a partir da ideia de que todos devem pagar pelas despesas comuns, conforme sua capacidade contributiva<sup>168</sup>.

Assim, para justificar a tributação no Estado da fonte, Schoueri apresenta outra teoria, a *teoria do sacrifício interestatal*, baseada na circunstância de o Estado ter sua economia nacional diminuída dos recursos enviados ao exterior<sup>169</sup>.

SCHOUERI defende que, no comércio eletrônico, a competência do poder de exercer a tributação (qual Estado pode tributar) tem de ser guiada pelo critério da fonte de rendimento<sup>170</sup>, em sua modalidade “fonte de pagamento”<sup>171</sup>. Tendo em vista a dificuldade em se aferir em que local foi produzido o rendimento, impossível adotar-se o critério “fonte de produção”. Dessa forma, segundo o autor, basta averiguar em que Estado se localiza a fonte pagadora para conceber a este Estado o poder de tributar o rendimento pago à empresa multinacional.

Do ponto de vista pragmático, parece ser a solução mais fácil de ser implementada: uma tributação guiada pelo critério da fonte de pagamento. Porém, guardamos ressalvas com relação a este elemento de conexão, conforme já falamos anteriormente. A fonte de pagamento acaba por criar um imposto sobre o pagamento, a cargo de quem paga, e não um imposto sobre a renda.

Em se tratando de empresas estrangeiras que atuam especificamente no Brasil, tendo em vista o disposto no artigo 9º, parágrafo 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942)<sup>172</sup>, SCHOUERI defende que o país que deve tributar é aquele em que foi constituída a obrigação (*e.g.*, prestação de serviço ou venda de bens), considerada a obrigação constituída, pela referida norma brasileira, no lugar em que reside o proponente. Como no comércio eletrônico o proponente é o comprador, pois é ele quem, ao acessar um *website*, e clicar no botão de compra do produto ou serviço, faz a proposta que contém o desejo de vincular-se juridicamente, a transação eletrônica se considera celebrada no local onde residir aquele que acessa o

---

<sup>168</sup> Que também sofreu críticas. Como bem elucida Schoueri, por que razão um contribuinte deve sacrificar-se mais por um Estado que por outro?

<sup>169</sup> SCHOUERI, Luís Eduardo. 2001. *Op. cit.* p. 51.

<sup>170</sup> Que, conforme já visto, divide-se em fonte de produção e fonte de pagamento.

<sup>171</sup> *Idem.*

<sup>172</sup> “Art. 9º: Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. (...) § 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.”

*site*<sup>173</sup>. É o país onde reside aquele que acessa o *site* que deve tributar o rendimento produzido no comércio eletrônico<sup>174</sup>.

De fato, a obrigação contratual pode ser constituída dentro dos limites geográficos de um determinado Estado, e, assim, referido Estado detém poderes tributários sobre este fato. Mas, o fato que seria levado à tributação é a “celebração de um contrato”, e não o “rendimento” auferido a partir disso. Daí entendermos, discordando de SCHOUERI, que este critério de conexão baseado no local da constituição da obrigação (ou local da celebração do contrato) não é válido para o imposto sobre o rendimento. E, se formos tributar o pagamento feito pelo consumidor, estaríamos diante de um imposto sobre pagamento.

### **5.2.3 Desafios da tributação na economia digital segundo doutrina de Roberto França de Vasconcellos**

Em obra clássica no Brasil, ROBERTO FRANÇA DE VASCONCELLOS se debruça em sua tese de doutorado<sup>175</sup> inteiramente sobre o comércio eletrônico e a tributação.

O autor conclui que o comércio eletrônico coloca à prova princípios fundamentais da tributação internacional, bem como os elementos de conexão, especialmente, vinculados à fonte do rendimento e à residência.

Saliente que surgiu uma corrente, sobretudo, dos Estados Unidos, apregoando uma tributação exclusiva no país da residência da sociedade ou do comerciante envolvido com o comércio eletrônico, negando, assim, ao país da fonte (onde está localizado o consumidor), a legitimidade para tributar a renda da respectiva atividade. Essa corrente parte do pressuposto que, diante da inexistência de uma presença física da empresa multinacional no país da Fonte, o critério da territorialidade é pouco útil para a definição da competência tributária estatal, devendo-se dar mais importância à tributação baseada na residência da sociedade multinacional.

---

<sup>173</sup> *Ibidem*, p. 54.

<sup>174</sup> *Ibidem*, p. 55.

<sup>175</sup> VASCONCELLOS, Roberto de França de. **Tributação do comércio eletrônico internacional**. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

VASCONCELLOS explica que o elemento de conexão “residência” também é desafiado pelo comércio eletrônico, em virtude dos modernos instrumentos tecnológicos que permitem a sua administração à distância, possibilitando às empresas multinacionais a escolherem sua residência em qualquer jurisdição fiscal, inclusive, em países de baixa tributação.

Assim, ressalta o autor, reacende-se uma histórica disputa internacional: o conflito entre a tributação na fonte e a tributação na residência. Explica que a tributação na fonte mais interessa aos países em desenvolvimento, importadores de capital e serviços, ao passo que a última melhor atende aos interesses dos países desenvolvidos, pois temem a fuga da base tributável aos países de menor tributação.

VASCONCELLOS defende o país da fonte como legítimo para tributar a renda proveniente do comércio eletrônico, pois embora o vendedor não mantenha em seu território presença física, ele conta com o meio político, econômico e social deste país.

VASCONCELLOS se debruça sobre algumas possíveis soluções para a controvérsia que paira sobre a tributação no comércio eletrônico, de modo a garantir ao país da fonte a tributação da renda proveniente da atividade digital, ainda que em bases limitadas, sugerindo como critérios possíveis: (i) local da celebração do contrato; (ii) local da prestação do serviço; (iii) estabelecimento permanente; e (iv) fonte de pagamento.

#### (i) Local da celebração do contrato

Quanto ao local da celebração do contrato, VASCONCELLOS enfatiza que alguns países, como os anglo-saxônicos, já utilizam tal critério para determinar a fonte do rendimento, “de tal forma que, consumando-se a celebração do contrato dentro de seus respectivos territórios, haverá a tributação do não-residente na parte que toca ao rendimento proveniente da relação contratual estabelecida entre as partes<sup>176</sup>”. A regra é que o contrato seja aperfeiçoado no local onde a aceitação da oferta é comunicada<sup>177</sup>, e, se a aceitação ocorre dentro do país, haverá imposto de renda a pagar, ainda que as atividades referentes ao objeto do contrato tenham sido executadas no exterior<sup>178</sup>. Caso seja impossível verificar onde ocorre a aceitação do contrato, podem ser utilizados critérios

---

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 161.

<sup>177</sup> *Ibidem*, p. 163.

<sup>178</sup> *Idem*.

secundários para definir o local da celebração do contrato, como, por exemplo, o local onde o pagamento foi efetuado ou onde a mercadoria objeto do contrato foi entregue, mas somente em situações excepcionais, conforme precedente jurisprudencial britânico no caso “Grainger & Son. v. Gough”<sup>179180</sup>.

VASCONCELLOS se utiliza de forma interessante deste precedente britânico, datado de 1896, para aplicá-lo no contexto do comércio eletrônico nos dias atuais, alcançando as seguintes considerações<sup>181</sup>:

- o contrato considera-se aperfeiçoado onde a aceitação da oferta é recebida. Cumpre precisar, portanto, quem está fazendo a oferta: se o fornecedor ou o consumidor;
- o recebimento do pedido pode ocorrer no país onde o fornecedor está fisicamente presente ou no país onde o Servidor que hospeda o Site está localizado.
- o pagamento é considerado aperfeiçoado no local onde for recebido. Caso suceda o pagamento por via eletrônica, a exemplo do que ocorre com o cartão de crédito, o recebimento ocorrerá no país onde o fornecedor se encontra fisicamente presente ou naquele onde o banco utilizado pelo fornecedor estiver localizado;
- a determinação do local onde o fornecimento ocorre depende de uma série de fatores, tais como, por exemplo, quem arca com o risco durante o período em que os bens deixam fisicamente o fornecedor até que eles sejam recebidos pelo consumidor.

VASCONCELLOS conclui que o local da celebração do contrato serve bem ao comércio eletrônico “de forma a garantir a tributação ao país da fonte, assim entendido

---

<sup>179</sup> *Idem.*

<sup>180</sup> “Uma decisão bastante ilustrativa e de profunda repercussão nos países da Common Law foi proferida pela House of Lord no caso Grainger & Son. v. Gough de 1896, estabelecendo a distinção entre estar comerciando “dentro de um país” (“within a country”) ou “com um País” (“with a country”), e consigna claramente o caráter de mero acessório dos critérios complementares mencionados acima – local da entrega dos bens e do pagamento. O litígio envolveu um comerciante francês de vinho e seu agente na Inglaterra, Graiger & Son. Este receberia, na Inglaterra, em nome do produtor francês, os pedidos e o pagamento correspondente aos consumidores. O produtor francês despacharia então o vinho para o consumidor na Inglaterra, manifestando assim a sua aceitação perante a oferta elaborada pelo consumidor em encomendar o vinho. O risco do transporte ficaria a cargo do consumidor. Entendeu-se, no julgamento, que tendo sido o contrato de venda celebrado na França, onde o produtor manifestava a sua aceitação em relação à oferta feita pelo consumidor na Inglaterra, que o produtor francês não estava comerciando dentro daquele país (“trading within”), apenas pelo fato de o pagamento ocorrer na Inglaterra bem como a entrega da mercadoria. Sacramentou-se, neste julgado, a prevalência do local da celebração do contrato como aquele onde a aceitação de uma oferta é manifestada.” *Idem*, p. 164/165.

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 165.

como aquele onde o contrato é celebrado e que, no comércio eletrônico, devendo frequentemente coincidir com o país onde reside o consumidor<sup>182</sup>.

Conforme já opinamos em crítica à SCHOUERI, entendemos que o local da celebração do contrato não é elemento de conexão válido no contexto do imposto sobre o rendimento.

#### (ii) Local da prestação do serviço

VASCONCELLOS estabelece que o local da prestação de serviços pode ser considerado como critério para definir que a tributação será levada a cabo pelo país onde os serviços são prestados, o que não é de fácil verificação em se tratando de atividade produzida eletronicamente.

O autor cita um precedente jurisprudencial americano *Piedras Negras Broadcasting Co. vs. Comr.*, 43 BTA 297 (1941) para ilustrar a problemática<sup>183</sup>. Em referido precedente, o local da prestação do serviço ficou estabelecido como sendo o local onde foram empregados os fatores de produção, a saber, o capital e o trabalho. Posicionamento do qual discorda VASCONCELLOS.

O autor simpatiza com o entendimento de que o local da prestação do serviço, no comércio eletrônico, deve obedecer aos seguintes princípios<sup>184</sup>:

- o local onde se encontra fisicamente o prestador, quando os serviços exigirem uma atividade humana (como o caso do médico que atende o paciente à distância);
- o local onde está o Servidor, no caso dos serviços automatizados (como a prestação de serviços a distância);

---

<sup>182</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>183</sup> “Trata-se do caso *Piedras Negras* (...), em que a empresa obtinha quase toda a sua renda vendendo espaço para publicidade no rádio. A transmissão das mensagens publicitárias ocorria de uma estação situada no México e chegava ao público ouvinte do Texas. Como ponderado na decisão, a publicidade era indiscutivelmente direcionada aos ouvintes localizados nos Estados Unidos e quase todos os anunciantes, que remuneravam a empresa pelo espaço publicitário, eram empresas residentes nos Estados Unidos. Entretanto, considerou-se no julgado que a renda derivada da venda de espaço publicitário tinha fonte estrangeira, muito embora os anunciantes e os ouvintes das transmissões estivessem nos Estados Unidos. A corte americana entendeu que deveria prevalecer, para fins de determinação da fonte do rendimento, o local onde se desenvolvia a atividade produtiva para transmissão das mensagens publicitárias, onde o capital e trabalho eram empregados diretamente para a produção da renda” *Ibidem*, p. 181.

<sup>184</sup> *Ibidem*, p. 183.

- o local da fonte de pagamento como uma alternativa prática que contornaria os problemas inerentes aos dois itens anteriores.

### (iii) Estabelecimento permanente

VASCONCELLOS levanta a questão de saber o que deve ser entendido por estabelecimento permanente no comércio eletrônico, e se um servidor ou um site poderiam ser considerados estabelecimentos permanentes, para fins do art. 5º da Convenção Modelo da OCDE. Um site ou servidor pode ser considerado um lugar fixo de negócios?

O autor lembra que a Convenção Modelo da OCDE estabelece dois tipos de estabelecimentos permanentes, o físico, pelo qual a empresa não residente mantém uma base fixa de negócios em país estrangeiro, e o agente dependente, que se localiza no país estrangeiro e conclui negócios para a empresa não residente.

No tocante ao estabelecimento permanente “físico”, o autor ressalta que “muito embora este conceito [estabelecimento permanente] esteja associado à idéia de um bem imóvel, não se descarta a possibilidade de bens móveis, como máquinas e equipamentos que estão à disposição da empresa, virem a constituir um lugar de negócios<sup>185</sup>”.

Explica VASCONCELLOS que, para a configuração de um lugar de negócios, é prescindível a presença humana, assim como já reconhecido pela própria OCDE aos comentários do art. 5º da Convenção Modelo, sendo que a existência de um servidor no país estrangeiro, ainda que operado remotamente, pode ser tido como um estabelecimento permanente.

O autor entende que o servidor pode ser tido como estabelecimento permanente, e que “o prazo de duração do acordo do proprietário do Website com a empresa que fornece o Provedor será decisivo para fins de constituição do estabelecimento permanente<sup>186</sup>”, visto o critério da permanência mínima. Mas, se o servidor tiver o mero propósito de armazenamento, exibição ou propaganda, ou seja, atividades meramente auxiliares ou preparatórias, não há estabelecimento permanente<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 187.

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 192.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 193.

Com relação ao site, VASCONCELLOS, concordando com Arvid Aage Skaar, entende que ele não pode, por si só, ser considerado um estabelecimento permanente, por não se tratar de um objeto físico.

Verifica-se que o autor segue os comentários ao art. 5º da OCDE, os quais também repudiam o website como um estabelecimento permanente, entendendo que apenas o servidor, por se tratar de um objeto físico e localizável, pode ser assim considerado.

Já no que tange à situação envolvendo um agente dependente, autorizado a agir e contratar em nome da empresa não residente, em caráter habitual, com a finalidade de concretizar as atividades empresariais desta no país estrangeiro, VASCONCELLOS busca saber se é possível equiparar o *website* ou o servidor, que permitem ao cliente fazer pedidos de compras, à figura do agente dependente.

Afirma o autor: “Aparentemente, o uso de um software no Servidor, que permite ao cliente fazer pedidos ao computador, pode ser considerado uma “autorização” para contratar de tal forma que estariam o Site e o Servidor vinculando uma empresa da mesma forma que um agente”<sup>188</sup>.

Porém, adverte o autor, com base em Arvid Aage Skaar, que o art. 5º da Convenção Modelo da OCDE define o agente como sendo uma “pessoa”, dessa forma, não é possível que o *website* e o servidor constituam um estabelecimento permanente na modalidade de agente dependente<sup>189</sup>.

#### (iv) Fonte de pagamento

Neste particular, VASCONCELLOS enfatiza que alguns países já empregam o critério da fonte de pagamento localizada em seu território como elemento de conexão para tributar o não residente. Para este critério, é irrelevante se existe uma fonte produtora no país estrangeiro, bastando apenas que haja uma fonte pagadora.

O autor entende que o critério da fonte de pagamento é uma excelente alternativa para o comércio eletrônico, para permitir ao país da fonte a tributação desta atividade,

---

<sup>188</sup> *Ibidem*, p. 198.

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 200.

devido ao seu aspecto pragmático, pois não se põe em discussão o local onde a produção do rendimento é exercida, mas apenas o local onde se localiza o consumidor e pagador<sup>190</sup>, justificando tal pragmatismo com base no jurista português Manuel Pires.

Conforme apontamos diversas vezes, entendemos que o critério fonte de pagamento não é válido no contexto do imposto sobre o rendimento, por acabar criando um imposto sobre o pagamento. A renda precisa ser gerada no território do Estado para que este possa tributá-la, com base no critério da “fonte de produção do rendimento”, não sendo suficiente a existência no seu território de um pagador.

#### 5.2.4 Doutrina de Glória Teixeira

GLÓRIA TEIXEIRA<sup>191</sup> se debruça sobre a atividade do *cloud computing* e a dificuldade em torno da tributação do rendimento desta atividade, cuja análise, a nosso ver, pode ser estendida ao comércio eletrônico em geral.

*Cloud computing*, segundo TEIXEIRA, “refere-se à utilização da memória e das capacidades de armazenamento e cálculo de computadores e servidores compartilhados e interligados através da *internet*, seguindo o princípio da computação em rede”. São plataformas digitais conectadas através da Internet onde usuários podem armazenar arquivos e utilizar programas, como se fosse um computador *online*. Exemplos são: *Onedrive*, da Microsoft e *Dropbox*, da Dropbox Inc.

TEIXEIRA aponta que a solução da tributação dos rendimentos destas empresas – na medida em que não necessitam de uma presença física no país atuante – “deverá passar pela adaptação dos conceitos e regras tributárias a uma nova realidade”. Prossegue a jurista portuguesa:

“(…) destacamos a necessidade de ajustamento do conceito de estabelecimento estável que exige, ainda, a presença de uma ligação física a um determinado território, fazendo assim depender a sua existência precisamente da característica mais marcante do comércio eletrônico – a inexistência física<sup>192</sup>”.

---

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 202.

<sup>191</sup> TEIXEIRA, Glória. *Op. cit.* p. 196-201.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 199.

A autora repudia, assim como JOSÉ CASALTA NABAIS, a criação de novos tributos (como o *bit tax*). No entender da autora, a criação do *bit tax* teria por consequência a tributação de *bits* e não do valor real dos bens transferidos, além de violar o princípio da neutralidade fiscal, criando para o comércio eletrônico um imposto distinto do existente no comércio tradicional. Dá-se o exemplo do *e-book*, o qual poderia sofrer tributação totalmente distinta do livro tradicional.

Dessa forma, prossegue TEIXEIRA afirmando que antes de qualquer outra proposta existe a:

“necessidade de adaptação do conceito de estabelecimento estável, eliminando-se a exigência de uma instalação física permanente e atribuindo-se importância ao substrato económico da atividade da empresa, o que permitirá aferir do seu centro de atividade, com auxílio a critérios como o de volume de negócios, do número de transações efetuadas, da utilização de servidores locais para alojamento de *websites*, ou ainda através da existência de patentes de *softwares*<sup>193</sup>.”

Entende também que a localização do servidor como elemento de conexão não é de todo o mais apropriado, na medida em que o servidor poderá até nem ser detido pela empresa além dele poder facilmente ser deslocado para outras jurisdições fiscais.

Além da mudança da definição do conceito de estabelecimento permanente, terá de haver um esforço ao nível de trocas de informações entre os vários Estados e uma cooperação das instituições bancárias, de modo a detectar as operações na economia digital, identificando valores tributáveis e contribuintes.

### **5.3 Visão crítica do autor e a solução mais adequada**

Familiarizamos com a posição adotada por GLÓRIA TEIXEIRA e JOSÉ CASALTA NABAIS no sentido de que não se deve criar novos tributos no contexto da economia digital, mormente em razão do princípio da neutralidade entre comércio eletrônico e comércio tradicional. O problema da tributação sobre o rendimento das empresas multinacionais na economia digital deve ser solucionado à vista dos elementos de

---

<sup>193</sup> *Ibidem*, p. 200.

conexão, caminho que trilha também LUÍS EDUARDO SCHOUERI (embora SCHOUERI defenda o critério da fonte de pagamento, do qual discordamos).

Não se deve desestimular o comércio eletrônico por meio de uma taxaço distinta, pois se corre o risco de se ter o efeito contrário pretendido pelo BEPS. Empresas buscarão adotar novos tipos de planejamentos fiscais para contornar os planos de ação do BEPS.

A tributação tem de ser neutra e justa, sendo que se a empresa estrangeira atua em determinado país com uma frequência, participando de sua vida econômica, e auferindo renda naquela jurisdição, parece inevitável que referido país (o Estado da fonte) exerça o poder tributário sobre os rendimentos auferidos pela empresa estrangeira, com base no critério da “fonte da produção de rendimento”; ainda que não seja possível identificar uma “presença física” a ponto de caracterizar, nos moldes atuais da Convenção Modelo da OCDE, o estabelecimento permanente.

Neste ponto, SCHOUERI pensa de forma correta quando defende a aplicação da *teoria do sacrifício interestatal* como forma de legitimar a tributação no Estado da fonte, cuja teoria é baseada na circunstância de o Estado ter sua economia nacional diminuída dos recursos enviados ao exterior. Não é aceitável que a empresa estrangeira se insira em um mercado estrangeiro de forma fácil e instantânea (em razão da Internet), angariando recursos daquele país, sem oferecer qualquer contrapartida. Parece haver neste caso uma afronta ao princípio da territorialidade, elemento da própria soberania Estatal/Fiscal.

Em razão da dita soberania sobre o território, e, independentemente da existência de uma presença física da empresa estrangeira não residente, entendemos ser possível ao país da fonte tributar os rendimentos desta em razão da “presença econômica significativa”, considerado como novo elemento de conexão no Relatório Final da Ação 1 do BEPS, mas, cuja implementação não é sugerida, pelo momento, pela OCDE. Se a empresa estrangeira participa ativamente da vida econômica de determinado país, ainda que via dispositivos *online*, não poderia ela apenas obter bônus, devendo, também, arcar com os ônus de “invadir” remotamente o mercado estrangeiro e abrir concorrência com as empresas nacionais. Assim, descartamos, desde logo, o “local” da operação ou prestação do serviço, analisado por VASONCELLOS, como critério para verificar qual a jurisdição fiscal competente para tributar o comércio eletrônico direto, além do que, este critério daria

carta livre ao planejamento fiscal abusivo, já que a Internet é um mundo sem fronteiras físicas.

Entendemos que a solução mais adequada deve ser guiada pelo novo elemento de conexão “presença econômica significativa”, previsto no Relatório Final da Ação 1 do BEPS. Ele deve ser inserido no art. 5º da Convenção Modelo da OCDE, respeitante ao estabelecimento permanente. O BEPS sugere que o novo elemento de conexão seja criado de forma apartada, devendo apenas seguir o regime jurídico tributário do estabelecimento permanente. Não penso que há necessidade para complicações deste tipo. Basta que o conceito de estabelecimento permanente, previsto no já referido art. 5º, seja modificado de modo a que, além da existência de uma base fixa de negócios, a presença econômica significativa também seja elemento para a verificação da existência de um estabelecimento permanente *fictício*. *Fictício*, porque o estabelecimento não é físico, palpável, mas concebido apenas no imaginário. Se o bem ou serviço é consumido de forma digital, pode-se afirmar que a empresa está de alguma forma presente, até mesmo dentro da sua casa. Os serviços e bens são comercializados e consumidos na comodidade da residência do consumidor, por um dispositivo eletrônico conectado à Internet.

Dessa forma, todos os rendimentos auferidos pela empresa estrangeira digital em uma determinada jurisdição fiscal serão tributados em razão da “presença econômica significativa” (que, a nosso ver, mantém estrita ligação com o elemento de conexão “fonte da produção de rendimento”; como a Internet não conhece fronteiras físicas, entende-se que a atividade está sendo exercida no local onde o cliente está consumindo o bem ou serviço).

A verificação da “presença econômica significativa” pode ser constatada pelos testes, isoladamente ou cumulativamente, propostos no Relatório Final da Ação 1 do BEPS, já tratados no item **5.1.1** da presente dissertação, especialmente o teste baseado na receita gerada (*revenue-based factors*). Dá-se aqui o mesmo exemplo concebido no relatório da Ação 1 do BEPS:

“Se uma empresa não residente auferir, em determinado país, um volume significativo de receita bruta (acima de um limite pré-estabelecido), derivada de transações com clientes localizados naquele país, cujas transações são concluídas

eletronicamente através de uma plataforma digital local, onde o cliente é obrigado a criar uma conta personalizada e utilizar uma das opções de pagamentos locais oferecidas no sítio eletrônico para realizar a compra, pode-se considerar a existência de uma conexão entre a receita gerada naquele país e os fatores digitais ou de usuários, evidenciando uma presença econômica significativa<sup>194</sup>.

Uma vez verificada a “presença econômica significativa” da empresa estrangeira, e, por conseguinte, verificada a existência do estabelecimento permanente, os rendimentos auferidos no Estado da fonte sofrerão ali a tributação, devendo, ainda, ser assegurado à empresa, a possibilidade de compensar o respectivo débito fiscal em seu país de residência, de modo a evitar a dupla tributação.

É claro que problemas relacionados à erosão da base tributável continuarão a existir nesse cenário. Mas, seriam os mesmos problemas já existentes na economia tradicional e que o plano BEPS também busca combater, como aqueles relacionados a preços de transferência, dedutibilidade de juros e royalties, *treaty shopping*, dentre outros. O que importa aqui é possibilitar a tributação pelo Estado da fonte no contexto da economia digital, modificando-se o conceito de estabelecimento permanente.

Relativamente à operacionalidade da tributação em conformidade com a solução ora adotada, concordamos com o Relatório Final da Ação 1 do BEPS quando enfatiza que dificilmente os consumidores contribuiriam com a administração tributária de seus respectivos países para perfectibilizar a tributação dos rendimentos das empresas digitais não residentes, pelos motivos já apontados no decorrer deste trabalho. Assim sendo, a eleição dos consumidores como responsáveis tributários não é o melhor caminho a ser trilhado.

Modificando alguns aspectos sugeridos pela Ação 1, entendemos que a) uma vez detectada a “presença econômica significativa” conforme os testes propostos e, assim, b) constatada a existência de um estabelecimento permanente *fictício*, a empresa estrangeira

---

<sup>194</sup> Tradução livre de: “If a non-resident enterprise generates gross revenues above the threshold from transactions with in-country customers concluded electronically through a localised digital platform where the customer is required to create a personalised account and utilise the local payment options offered on the site to execute the purchase, it could be considered that there is a link between the revenue generated from that country and the digital and/or user-based factors evidencing a significant economic presence in that country”. OECD (2015), Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report, *op. cit.*, p. 111.

deve criar um cadastro perante à administração tributária do país e uma conta bancária em uma instituição financeira local com a finalidade específica de receber os ganhos decorrentes das atividades digitais.

Para que a empresa seja obrigada a tanto – tendo em vista que ela não possui estabelecimento permanente físico, mas apenas fictício, e, assim, qualquer ato coercitivo sobre a empresa estrangeira a mando do país da fonte torna-se ineficaz, visto que os dirigentes e patrimônio da empresa estão localizados em outra jurisdição – deve haver uma assistência mútua entre o Estado da fonte e o da residência, o que implica alteração ao art. 27º (“*Assistance in the collection of taxes*”) da Convenção Modelo. O Estado de residência deve modificar sua legislação interna de modo a obrigar as empresas nacionais a realizarem o aludido cadastro e abertura de conta bancária no outro Estado contratante (Estado da fonte). Modificações deste tipo já foram vistas no contexto do BEPS<sup>195</sup>.

O responsável tributário pela liquidação e recolhimento do imposto sobre os rendimentos das empresas estrangeiras digitais seriam as instituições financeiras locais, nas quais foi aberta a referida conta específica, ou as empresas responsáveis por processarem os pagamentos *online*. Devido ao fato dos bancos e empresas de pagamento *online* serem residentes no país tributante, isso facilita a fiscalização da administração tributária quanto ao imposto devido pela empresa não residente.

Por fim, e o mais relevante, há de se assegurar um regime jurídico tributário idêntico às empresas nacionais que praticam a mesma atividade comercial, sob pena de malferir o princípio da não discriminação. Ainda, o tratamento fiscal distinto entre empresas digitais e “tradicionalistas” (que comercializam bens tangíveis) deve ser repudiado, em conformidade com o princípio da neutralidade.

Desse modo, se a empresa nacional pode deduzir despesas da base de cálculo do imposto, o mesmo deve suceder com relação à empresa estrangeira. Já que é feito o cadastro junto à administração tributária, a empresa estrangeira poderá, se quiser, manter contabilidade organizada e transmitir declaração de rendimentos e deduções aplicáveis

---

<sup>195</sup> A Ação 13 do BEPS está sendo bem recebida pelos líderes de diversos países ao redor do mundo, os quais estão empreendendo esforços para adotar as medidas contempladas na referida ação. Portugal, por exemplo, ao elaborar a lei do Orçamento para 2016, promoveu a inclusão do artigo 121-A do Código do IRC, de modo a obrigar as entidades residentes a apresentarem informações financeiras e fiscais conforme o padrão estabelecido no *country-by-country reporting*.

(despesas com *marketing*, publicidade, tributos, etc), situação esta que será informada ao responsável tributário (a instituição financeira) para que retenha o valor informado e declarado do tributo, repassando à empresa estrangeira o rendimento após tributação. A declaração pode ser realizada mensalmente, trimestralmente ou anualmente, seguindo a mesma possibilidade concedida às empresas nacionais, e o imposto retido a maior poderá ser reavido.

A tributação, conforme se percebe, deverá ser retida na fonte pelo responsável (o banco). Caso a empresa não deseje declarar seu rendimento, o banco reterá na fonte o tributo calculado com base na receita bruta (depositada na conta específica), aplicando-se a ela a mesma alíquota/taxa aplicável à empresa nacional quando esta deixa de enviar sua declaração. No Brasil, por exemplo, seria o caso do arbitramento do lucro.

A proposta de solução acima leva em conta os princípios da tributação na economia digital tratados no tópico **4.3**, em especial o da neutralidade, buscando manter o mesmo regime tributário para as empresas digitais e empresas tradicionais.

Se os Estados da fonte e da residência concordarem com os termos propostos, parece-nos que tal solução é de fácil implementação, assegurando-se ao Estado da fonte a tributação dos rendimentos auferidos pela empresa estrangeira não residente com a comercialização de produtos e serviços digitais no país consumidor.

Não obstante, não nos olvidamos de problemas que poderiam surgir na adoção da solução proposta, alguns sendo apontados abaixo.

Tendo em vista que o elemento de conexão que permitirá a tributação pelo país da fonte é ao fim e ao cabo a “presença econômica significativa”, a qual é revelada, entre outros testes (receita e fatores digitais), pelos testes que identificam os consumidores, e, tendo em vista a existência de softwares que “mascaram” o *Internet Protocol (IP)* do usuário, fazendo com que a Internet acredite que o usuário encontra-se em país diverso daquele em que verdadeiramente está, cria-se sério problema na identificação do Estado da fonte do rendimento. Por exemplo, é comum que usuários do *Netflix* mascarem seu “IP” para obter acesso a conteúdo não disponível em seu país de residência, acessível somente a usuários de outro país. O que leva à ilusão de que o rendimento está sendo auferido em país diverso. Para contornar este problema, sugere-se aferir o local da residência do

consumidor não somente com base no “local” do “IP”, mas também com base no local de registro do cartão de crédito do consumidor. É extremamente comum que usuários de bens e serviços na Internet utilizem seu cartão de crédito para efetuar o pagamento da operação. Assim sendo, o país de registro do cartão de crédito pode também servir como fator de averiguação do país da fonte de rendimento, já que é incomum um consumidor possuir conta bancária fora do seu país de residência.

Outra questão é quando o consumidor se muda temporariamente ou definitivamente para outro país, mas tendo contratado os serviços digitais em seu país de origem. O bem ou serviço digital não mais estaria sendo entregue ou prestado no país originário, apenas o pagamento estaria sendo realizado neste local. E, conforme defendemos no decorrer desta dissertação, não nos familiarizamos com o elemento de conexão “fonte de pagamento”, pois entendemos que tal critério acaba por criar um tributo sobre o pagamento, e não sobre o rendimento. Concebemos como válido tão somente o critério “fonte de produção”, ou seja, o local onde a atividade econômica é exercida e de onde se origina a renda, independentemente de onde se localiza a fonte de pagamento. Assim, discordamos da posição adotada por VASCONCELLOS no sentido de aceitar a fonte de pagamento como critério para atrair a tributação dos rendimentos para o país onde se localiza o consumidor. A deslocalização do consumidor para outra jurisdição fiscal é questão complexa e que exige detida análise, não tendo sido possível consumi-la na presente dissertação.

Ainda, conforme sinalizado por GLÓRIA TEIXEIRA, as administrações tributárias dos países e as instituições financeiras haveriam de prestar auxílio para contornar os problemas da tributação na economia digital. Respeitante à solução aqui proposta, este auxílio consistiria em identificar a presença econômica significativa, pois é necessário, antes de qualquer coisa, detectar a existência da atividade econômica. Assim, pequenas empresas e pessoas físicas podem comercializar via Internet passando despercebidas dos olhos do Fisco. Porém, como o pagamento das operações no meio digital são realizados em maior parte via cartão de crédito, as instituições financeiras podem auxiliar a administração tributária a fim de verificar a existência de uma atividade econômica significativa em determinada jurisdição fiscal.

Também, a presente solução não resolve o problema da tributação pelo país da residência –frisamos que o enfoque do presente trabalho não objetiva estudar soluções ao país da residência - na medida em que a empresa tecnológica poderá instalar seu servidor em qualquer país do mundo, e operá-lo remotamente, erodindo assim a base tributável no país de residência. Importante mencionar que o Relatório Final da Ação 1 do BEPS entende que as demais ações do programa tendem a amenizar este problema, especialmente a Ação 3 (*Controlled Foreign Corporations – CFC*).

Problema surgirá se os Estados de residência não quiserem firmar ou modificar o tratado internacional com o país consumidor nestes moldes. Daí que o tributo de equalização, o qual não precisa estar previsto em Tratado, poderia servir como alternativa, tal como foi adotado pela Índia. Mas, conforme já visto, o tributo de equalização é um novo tributo, a par do imposto de renda, e taxa discriminadamente o comércio eletrônico em detrimento do comércio tradicional, o que fere os princípios defendidos pela OCDE e por este autor no contexto da economia digital.

Por fim, é preciso avaliar se tal solução é adequada em termos de tributos sobre o consumo (IVA) e os alfandegários (impostos sobre importação e exportação). Por exemplo, talvez fosse de se considerar o “local do servidor” como o local da proveniência dos bens e serviços digitais, de modo que, se o servidor se localiza em jurisdição estrangeira, pode-se entender que haverá incidência de imposto de importação a ser cobrado pelo país consumidor, o que, por sua vez, leva à indagação de como se daria a arrecadação do correlato tributo.

Em conclusão, entendemos que a solução acima proposta é bem a mais adequada para viabilizar a tributação, pelo Estado da fonte, dos rendimentos auferidos pelas empresas multinacionais no contexto da economia digital de bens intangíveis, dificultando planejamentos fiscais que permitam ao contribuinte a livre escolha de manter ou não um estabelecimento permanente no mercado atuante, ou seja, a livre escolha de ser tributado ou não pelo Estado da fonte. Mas, é preciso avaliar o impacto desta solução para outros tributos (IVA; impostos alfandegários) e para o país da residência da empresa multinacional, a fim de aquilatar se o princípio da “proporcionalidade”, que repudia efeitos colaterais danosos das soluções propostas para a tributação do comércio eletrônico, está sendo efetivamente cumprido.

Assim, em breve síntese e de forma objetiva, respondemos aos questionamentos enfrentados na presente dissertação conforme abaixo:

1 – O país consumidor tem legitimidade para tributar os rendimentos das empresas estrangeiras não residentes que, mesmo não necessitando estabelecer uma presença física (estabelecimento permanente) em seu território, participam ativamente da vida econômica do país através do comércio eletrônico direto, já que a Internet não conhece fronteiras físicas?

Resposta: Sim. A legitimidade do país consumidor será verificada com base no novo elemento de conexão denominado “presença econômica significativa”, da onde se extrai que a empresa multinacional não residente exerce atividade econômica nos limites geográficos do país.

2 – Tendo em vista que o país consumidor tem legitimidade para tributar fatos ocorridos em seu território, e, já que a Internet não conhece fronteiras físicas, pode-se sustentar que a atividade da empresa não residente está sendo exercida nos limites geográficos do território do país consumidor, caracterizando a existência de um estabelecimento permanente, permitindo a pretendida tributação?

Resposta: Sim. A inexistência de fronteira física no mundo virtual faz com que a empresa tenha, de algum modo, presença no Estado consumidor. Se os bens e serviços são consumidos de forma digital, significa que a empresa está presente aonde quer que se encontre um dispositivo eletrônico conectado à Internet. Essa presença é verificada pelo elemento de conexão “presença econômica significativa”, caracterizando a existência de um estabelecimento permanente *fictício* no país de consumo.

3 – Caso positivo, qual seria o método para constatar a existência do estabelecimento permanente, assegurando a tributação pelo país consumidor? Há a necessidade de modificar as normas da Convenção Modelo da OCDE?

Resposta: Conforme respostas anteriores, o método seria através do elemento de conexão “presença econômica significativa”. Há a necessidade de alterar o art. 5º da Convenção Modelo da OCDE para inserir este novo elemento no conceito de “estabelecimento permanente”.

4 – Caso negativo, quais seriam outras soluções viáveis para que o país de consumo tribute a renda das empresas digitais não residentes?

Resposta: Como alternativa, há a solução, por exemplo, de se criar “um tributo de equalização” a incidir sobre as atividades digitais, tal como fez a Índia em 2016. Outras soluções também foram analisadas, passando pela criação de novos elementos de conexão (*e.g.*, local da celebração do contrato, local da prestação do serviço) e pela criação de novos tributos (*e.g.*, *bit tax*).

## CONCLUSÃO

### CAPÍTULO I – A ECONOMIA DIGITAL

1. A sociedade da informação – dando origem a complexas redes tecnológicas voltadas à produção e ao uso da informação, denominadas de “tecnologia da informação e comunicação – TIC”, trouxe ao Direito o desafio de acompanhar o processo de evolução da sociedade humana na era digital. A sociedade da informação é propiciada especialmente por meio de dispositivos eletrônicos, como computadores, *tablets* e *smartphones*, conectados à Internet. A sociedade da informação é considerada por alguns como a nova era da civilização humana.

2. O ordenamento jurídico de diversos países, atento à nova realidade da sociedade da informação, vêm sofrendo modificação para se adequar aos novos tempos. Novas normas jurídicas são criadas nos diversos ramos do Direito, como no Direito do Consumidor, Direito Penal, Direito Fiscal, etc.

3. Os agentes econômicos, especialmente as empresas, inseriram-se na sociedade da informação, dando origem à denominada “economia digital”.

4. A economia digital pode ser conceituada como sendo a ciência que estuda o processo de comercialização de bens e serviços via dispositivos eletrônicos, comumente conectados à Internet. A economia digital tem, assim, por objeto o “comércio eletrônico”. O comércio eletrônico pode ser indireto, quando os bens e serviços são materiais (tangíveis) e entregues fisicamente, sendo que apenas uma das etapas da operação é feita digitalmente, comumente o pagamento; ou direto, quando os bens e serviços são imateriais (intangíveis) e consumidos digitalmente, a exemplo de músicas, livros e filmes *online*. O comércio eletrônico direto – o consumo de bens e serviços na forma digital - é o elemento marcante que diferencia a economia digital da tradicional. Isso sucede porque o comércio eletrônico direto destrói as barreiras físicas existentes na economia tradicional, possibilitando empresas a atingirem mercados e consumidores em qualquer lugar do mundo, de forma remota.

5. Verificamos que a economia digital movimentava vultosos volumes financeiros. As cinco maiores empresas do mundo (em valor de mercado) são todas atuantes no mercado digital: Apple, Alphabet, Amazon, Microsoft, e Facebook. Neste mercado virtual, existe uma extensa base tributável, e, conseqüentemente, uma extensa fonte de receita tributária,

relativamente ao imposto sobre a renda destas empresas. Daí a preocupação dos líderes mundiais e da OCDE e G20 de evitar que haja o deslocamento desta base tributável, por meio de planejamentos fiscais agressivos adotados pelas empresas multinacionais, para jurisdições com baixa tributação.

6. Apontamos alguns modelos de negócios surgidos na economia digital com enfoque no comércio eletrônico direto, enfatizando nosso entendimento de que o “comércio eletrônico” é gênero, tendo como espécies as suas mais diversas facetas, *e.g.*, *app stores*, *cloud computing*, *online payment*. Outros exemplos de novos modelos de negócio, além destes citados, são a propagandas *online* e as plataformas participativas, como o Facebook e Youtube.

7. Constatamos que o Direito Fiscal/Tributário, em face dos novos modelos de negócio surgidos na economia digital, necessita assimilar e disciplinar, através da adoção de novas normas jurídicas, os novos comportamentos dos agentes econômicos e dos consumidores no contexto do comércio eletrônico direto, especialmente, no que é relevante ao presente estudo, no campo do Direito Tributário Internacional.

## **CAPÍTULO II – O PLANEAMENTO FISCAL E A ECONOMIA DIGITAL**

8. Os desafios da tributação na economia digital estão intrinsecamente ligados aos planejamentos fiscais adotados pelas empresas a partir de “brechas” na legislação tributária doméstica e internacional.

9. Tentamos entender os motivos que levam as empresas a pagarem menos impostos. Cogitamos a explicação de haver, por parte dos Estados, a criação de diversos empecilhos à atividade privada, como rígidas legislações trabalhistas e normas de entidades reguladoras, o que faz com que as empresas não obtenham a percepção de ganhos/benefícios no pagamento de tributos. Também, o custo fiscal acaba sendo visto pelo empresário como empecilho à ampliação da atividade empresarial e, às vezes, à própria manutenção da fonte produtora. Ainda, a complexidade da legislação fiscal e a falta de justiça das normas podem ser fatores desmotivadores do *compliance* fiscal. De todo o modo, a vontade de pagar menos impostos é uma realidade entre as grandes empresas, especialmente, as multinacionais. Com o advento da economia digital, isso se tornou um problema ainda mais crônico.

10. As administrações tributárias buscam combater o planeamento fiscal, pois entendem que o contribuinte estaria, de algum modo, buscando fraudar a lei imperativa. Porém, doutrinadores, como José Casalta Nabais, entendem que o planeamento fiscal, observados certos limites, é válido, pois decorre do princípio da liberdade de gestão fiscal, posição da qual concordamos. Ocorre que tais limites não são precisos na legislação, e por causa disso, põe-se grande celeuma no debate doutrinário e jurisprudencial acerca da validade do planeamento fiscal. O Fisco tende a desconsiderar um planejamento fiscal por causa: (i) da capacidade econômica do contribuinte e (ii) da existência de patologias (simulação, dissimulação, fraude à lei, abuso de direito, abuso de forma, ausência de propósito negocial, etc) no planejamento. Concluímos que capacidade econômica do contribuinte não pode servir como fator de imposição da obrigação tributária, devendo prevalecer o princípio da legalidade tributária: ninguém é obrigado a pagar tributo senão em virtude de lei, pouco importando o valor do patrimônio do sujeito passivo. Os limites ao planeamento fiscal devem ser verificados por meio de suas patologias, tais como simulação, fraude à lei, abuso de direito, etc., que, se existentes no caso concreto, têm o condão de invalidar o planejamento. Mas, para tanto, estas patologias precisam estar positivadas no ordenamento jurídico como fatores de invalidação do planejamento. No entanto, países acabam adotando uma cláusula geral anti-elisão, que não é a melhor solução, pois referida norma possui conteúdo muito abstrato e amplo. A solução deve focar em conceituar com máxima precisão, no ordenamento jurídico, as patologias referidas no planeamento fiscal.

11. O planeamento fiscal intrinsecamente atrelado à economia digital é aquele que se vale da dificuldade de identificar, com exatidão, o “local” da operação tributável e do estabelecimento que realiza a operação, e, assim, o contribuinte fica livre para alocar sua operação e seu estabelecimento na jurisdição fiscal de tributação mais favorável. O planejamento fiscal ocorre evitando-se uma presença física na jurisdição fiscal desvantajosa (no país consumidor), já que a empresa pode vender seus produtos digitais (músicas, livros, filmes) de qualquer lugar do mundo, remotamente. Evitando-se a presença física, evita-se a constituição de um estabelecimento permanente, o que afasta a tributação pelo Estado da fonte (país consumidor), conforme Convenção Modelo da OCDE.

### **CAPÍTULO III – O DIREITO TRIBUTÁRIO INTERNACIONAL E A ECONOMIA DIGITAL**

12. Identificamos que o elemento essencial da economia digital (o consumo de bens e serviços na forma digital) traz dificuldades quanto à localização da atividade empresarial e do estabelecimento prestador.

13. Neste capítulo, apresentamos a soberania fiscal, decorrente da soberania estatal, como princípio basilar e orientador da tributação internacional. Concluimos que um determinado país somente pode tributar fatos que estão vinculados ao seu território e ou a seu povo. Todos os “elementos de conexão”, que vinculam uma situação da vida a determinado ordenamento tributário, surgem a partir dos princípios da territorialidade e da pessoalidade (território e povo). Um dos meios de se solucionar os desafios da tributação na economia digital é através dos elementos de conexão, daí a importância de proceder estudo sobre eles.

14. A doutrina divide os elementos de conexão em subjetivos (nacionalidade e residência), vinculados à pessoa do contribuinte, e em objetivos (fonte de produção ou pagamento de renda, o lugar do exercício da atividade, o lugar da situação dos bens, o lugar do estabelecimento permanente, o lugar da celebração de um contrato), vinculados ao território do país. Concluimos que o elemento de conexão “fonte de pagamento” não é válido do ponto de vista da soberania fiscal/estatal de um país, pois através dele não se tributa a renda da empresa não residente, mas o pagamento feito pelo consumidor residente. Alcançamos a conclusão também que o elemento de conexão “residência” é classificado como elemento objetivo, ligado ao território e não ao contribuinte, o que impossibilita a tributação dos residentes em bases universais (*worldwide income taxation*). Apenas o elemento “nacionalidade” é que permite tal tipo de tributação.

15. O estabelecimento permanente é o elemento de conexão mais importante em se tratando de tributação, pelo país consumidor, dos rendimentos das empresas estrangeiras não residentes no contexto do Direito Tributário Internacional. Isso, porque segundo artigo 7º da Convenção Modelo da OCDE, “os lucros de uma empresa de um Estado contratante só são tributáveis nesse Estado, a não ser que a empresa exerça atividades no outro Estado contratante por meio de um estabelecimento permanente ali situado. Se a empresa exercer atividades na forma indicada, seus lucros poderão ser tributados no outro Estado, mas unicamente na medida em que forem atribuíveis ao estabelecimento permanente”.

16. A forma pela qual as empresas multinacionais praticam o planejamento fiscal internacional é através da influência sobre os elementos de conexão. Na economia digital, tendo em vista a desnecessidade de uma presença física em determinado Estado para ali comercializar mercadorias e serviços, a empresa multinacional escolhe, por exemplo, não instalar um estabelecimento permanente de modo que aquele Estado não consiga tributar seus rendimentos, escapando do alcance do art. 7º da Convenção Modelo da OCDE.

17. Nesse contexto, a Ação 1 do programa BEPS (*base erosion and profit shifting*) da OCDE identificou como os elementos de conexão estão sendo artificialmente influenciados pelas empresas multinacionais, e seus lucros deslocados para jurisdições fiscais com tributação reduzida ou nula. O elemento de conexão mais influenciado e mais relevante no contexto do comércio eletrônico direto, sob o ponto de vista do país consumidor e do imposto de renda, é o estabelecimento permanente. O planejamento fiscal nesse ponto consiste na empresa multinacional evitar uma presença física no país atuante (*market jurisdiction*). Na economia digital, uma empresa estrangeira não residente pode interagir com consumidores de outros países remotamente, através de um website ou outro veículo digital (e.g., um aplicativo de um dispositivo móvel, como celular ou tablet) sem que precise manter uma presença física naquele país. Assim, surgem as indagações centrais da nossa dissertação.

#### **CAPÍTULO IV – OS DESAFIOS DA TRIBUTAÇÃO NA ECONOMIA DIGITAL**

18. Delimitamos nosso campo de estudo para buscar resolver quatro problemáticas, relacionadas a seguir:

1 – O país consumidor tem legitimidade para tributar os rendimentos das empresas estrangeiras não residentes que, mesmo não necessitando estabelecer uma presença física (estabelecimento permanente) em seu território, participam ativamente da vida econômica do país através do comércio eletrônico direto, já que a Internet não conhece fronteiras físicas?

2 – Tendo em vista que o país consumidor tem legitimidade para tributar fatos ocorridos em seu território, e, já que a Internet não conhece fronteiras físicas, pode-se sustentar que a atividade da empresa não residente está sendo exercida nos limites geográficos do território do país consumidor, caracterizando a existência de um estabelecimento permanente, permitindo a pretendida tributação?

3 – Caso positivo, qual seria o método para constatar a existência do estabelecimento permanente, assegurando a tributação pelo país consumidor? Há a necessidade de modificar as normas da Convenção Modelo da OCDE?

4 – Caso negativo, quais seriam outras soluções viáveis para que o país de consumo tribute a renda das empresas digitais não residentes?

19. A discussão em torno de qual país (o da residência ou o da fonte) tem legitimidade para tributar a renda de multinacionais não é nova. Dois financistas mereceram destaques: Wagner, cujo estudo proporcionou as bases para o princípio da universalidade da tributação (*worldwide income taxation*), e Shanz, que desenvolveu o princípio da “pertinência econômica”, segundo o qual o indivíduo teria vínculo muito maior com o Estado de onde tem origem seus rendimentos (Estado da fonte). Em 1964, a OCDE elaborou a Convenção Modelo (culminando no famoso modelo de 1977), um modelo de tratado a ser seguido pelos países que pretendem evitar a dupla tributação e dividir o tributo sobre a renda das empresas que estão conectadas aos Estados contratantes. A doutrina faz críticas a esse modelo, por ele dar prioridade à tributação pelo país da residência, em detrimento do país da fonte do rendimento.

20. Os tratados internacionais para evitar dupla tributação foram afetados recentemente por um marco histórico. Em 06 de junho de 2017, setenta e seis países assinaram ou expressaram a vontade de assinar a “*Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS*”, a primeira convenção multilateral deste tipo, que altera, automaticamente, os tratados para evitar dupla tributação já firmados pelos países signatários (segundo cálculos da OCDE, 1.103 tratados em vigência serão alterados em razão da assinatura desta convenção multilateral). A OCDE acredita que, com essa convenção, o “treaty shopping”, por exemplo, será exterminado dos planejamentos fiscais das empresas multinacionais, já que, conforme artigo 7º, número 1, da referida convenção multilateral, os benefícios de um tratado para evitar dupla tributação não serão concedidos se for razoável concluir que a obtenção de referidos benefícios foi um dos motivos principais de qualquer organização ou transação.

21. Relativamente à economia digital, a OCDE também elaborou o Relatório Final da Ação 1 do BEPS, totalmente dedicado à tributação na economia digital, e que busca soluções para resolver a questão, dentre outras, de como assegurar ao Estado da fonte (e também ao da residência) a competência para exercer a tributação nas operações via

Internet. Cujas análises são de total relevância para a presente dissertação, já que cuida da tributação pelo Estado da fonte no contexto da economia digital.

22. Qualquer solução para contornar os desafios da tributação na economia digital tem de observar os princípios da tributação na economia digital, conforme proposto pela OCDE. O Relatório Final da Ação 1 do BEPS apresenta estes princípios: neutralidade, eficiência, certeza e simplicidade, efetividade e justiça, flexibilidade e sustentabilidade e proporcionalidade. Estes princípios, com exceção do princípio da proporcionalidade, já são preconizados pelo Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE desde a conferência intitulada “*A Borderless World – Realising the potential of Electronic Commerce*” ocorrida no ano de 1998 em Ottawa, e foram consagrados em um relatório intitulado “*Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions*”.

23. Tanto a OCDE como a União Europeia estabeleceram princípios que devem guiar a tributação da economia digital, valendo ênfase para o princípio da neutralidade, por meio do qual não se deve conceder tratamento fiscal distinto para o comércio eletrônico e o comércio convencional.

## **CAPÍTULO V – POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA A TRIBUTAÇÃO NA ECONOMIA DIGITAL**

24. Averiguamos as soluções propostas pela OCDE e pela doutrina de renomados juristas do Direito Fiscal.

25. A OCDE, através da Ação 1 do programa BEPS, concebeu soluções para contornar os desafios da tributação na economia digital. São elas: a) um novo elemento de conexão: a presença econômica significativa, b) uma tributação retida na fonte nas transações digitais e c) um tributo de equalização. Porém, a OCDE não recomendou a adoção destas soluções, pois, no seu entendimento, as demais Ações do BEPS seriam suficientes para garantir a adequada tributação na economia digital. Não obstante, a Índia já instituiu em seu ordenamento fiscal o tributo de equalização, a incidir sobre as atividades digitais.

26. A *presença econômica significativa* consiste na “presença tributável” no país em que a empresa não residente conclui negócios, aferida com base em critérios (*revenue-based factor, digital factors e user-based factors*) que evidenciem uma interação permanente e proposital, via ferramentas tecnológicas, com a economia daquele país. Este novo elemento de conexão, a presença econômica significativa, serviria como alternativa

ao critério do estabelecimento permanente, devendo o regime tributário aplicável ser o mais próximo possível àquele aplicado ao estabelecimento permanente, tendo como base tributável o lucro, ou seja, deve-se oportunizar a dedução das despesas incorridas na atividade para se aferir a matéria coletável.

27. A *tributação retida na fonte nas transações digitais*, a ser recolhida pelos residentes e estabelecimentos permanentes de um determinado país, recairia sobre os pagamentos feitos para empresas não residentes pela compra de produtos ou serviços *online*, isto é, sobre a receita bruta gerada na operação, mesmo que a empresa estrangeira não possua uma presença econômica significativa. A tributação recairia em determinados tipos de transações digitais, as quais seriam especificamente e previamente listadas. Esta solução se mostra inviável para as transações B2C (*business-to-consumer*), mas pode funcionar nas transações B2B (*business-to-business*). A OCDE entende que a tributação na fonte sobre a receita bruta pode gerar distorções, uma vez que não se está tributando o lucro da empresa, não permitindo, portanto, deduções à base tributável.

28. Um *tributo de equalização* serviria ao Estado onde estão localizados os consumidores, o Estado da fonte de rendimento, para tributar a empresa não residente que possua uma presença econômica significativa naquele país. Assim, conjuga-se o novo elemento de conexão, a presença econômica significativa, com o tributo de equalização. Não é um imposto sobre o rendimento, é um novo tributo. A OCDE sugere que ele poderia incidir sobre as transações contratualmente firmadas em meio eletrônico, ou sobre a quantidade de usuários mensais inscritos em determinada plataforma digital, ou sobre a quantidade de dados coletados dos usuários. Sua introdução no ordenamento fiscal de um país pode gerar problemas de discriminação entre residentes e não residentes, o que não é recomendável pela OCDE, já que, conforme princípio da neutralidade, a economia digital não pode receber tratamento fiscal diferenciado daquele recebido pela economia tradicional.

29. A OCDE propôs na Ação 7 do BEPS modificações ao conceito de estabelecimento permanente previsto na Convenção Modelo. Com tais modificações, o comissário pode ser tido como um agente dependente nos casos em que atua de modo exclusivo ou quase exclusivo para a empresa estrangeira, e possui um papel relevante na conclusão dos contratos. Ainda, as exceções à definição de estabelecimento permanente devem ser

mantidas apenas para atividades realmente preparatórias e auxiliares, devendo-se combater a fragmentação de uma atividade essencial.

30. Em estudos anteriores, a OCDE já havia concluído que um *website* não pode ser tido como estabelecimento permanente por não ser um bem tangível e, portanto, não possuir uma localização definida; mas, um servidor sim. O servidor como estabelecimento permanente foi inserido nos comentários relativos ao comércio eletrônico (42.1 a 42.10) ao parágrafo 7º do artigo 5º da Convenção Modelo da OCDE, atualmente em vigor. Um servidor pode ser considerado um estabelecimento permanente, desde que esteja fixado em determinado território por um período de tempo, as atividades da empresa sejam total ou prioritariamente desenvolvidas no equipamento e que tais atividades traduzam o objeto social da empresa (não podendo ser meramente preparatórias ou auxiliares).

31. José Casalta Nabais fez uma análise de três propostas: (i) a exclusão de tributação desse rendimento, como foi inicialmente defendido pela doutrina nos EUA, com o argumento de fomentar o desenvolvimento do próprio comércio eletrônico; (ii) o estabelecimento de um específico imposto sobre esse rendimento como o *bit tax*; (iii) a tributação dos rendimentos do comércio eletrônico socorrendo-se dos tradicionais elementos de conexão e repartindo a tributação entre o Estado da residência e o Estado da fonte. O autor entende que a solução mais adequada deve se passar pelos elementos de conexão residência e fonte, mas, que tais elementos devem ser adaptados à realidade do comércio eletrônico.

32. Luís Eduardo Schoueri defende que, no comércio eletrônico, a competência do poder de exercer a tributação (qual Estado pode tributar) tem de ser guiada pelo critério da fonte de rendimento, em sua modalidade “fonte de pagamento”. Tendo em vista a dificuldade em se aferir em que local foi produzido o rendimento, impossível adotar-se o critério “fonte de produção”. Dessa forma, segundo o autor, basta averiguar em que Estado se localiza a fonte pagadora para conceber a este Estado o poder de tributar o rendimento pago à empresa multinacional.

33. Roberto França de Vasconcellos defende o país da fonte como legítimo para tributar a renda proveniente do comércio eletrônico, pois embora o vendedor não mantenha em seu território presença física, ele conta com o meio político, econômico e social deste país. O autor se debruça sobre algumas possíveis soluções para a controvérsia que paira sobre a tributação no comércio eletrônico, de modo a garantir ao país da fonte a tributação

da renda proveniente da atividade digital, ainda que em bases limitadas, sugerindo como critérios possíveis: (i) local da celebração do contrato; (ii) local da prestação do serviço; (iii) estabelecimento permanente; e (iv) fonte de pagamento.

34. Glória Teixeira entende que a proposta deve se passar pela mudança da definição do conceito de estabelecimento permanente. Também, terá de haver um esforço ao nível de trocas de informações entre os vários Estados e uma cooperação das instituições bancárias, de modo a detectar as operações na economia digital, identificando valores tributáveis e contribuintes.

35. Este autor entende que a solução deve se passar pela criação de um novo elemento de conexão, tal qual delineado pelo Relatório Final da Ação 1 do BEPS, o elemento da “presença econômica significativa”. Se a empresa multinacional possuir uma presença econômica significativa (aferida por critérios pré-definidos), deve-se considerar que ela possui um estabelecimento permanente no país consumidor (Estado da fonte). Assim, deve-se alterar o art. 5º da Convenção Modelo da OCDE para inserir este novo elemento. Igualmente, a empresa estrangeira deve criar um cadastro perante à administração tributária do país e uma conta bancária em uma instituição financeira local com a finalidade específica de receber os ganhos decorrentes das atividades digitais, devendo haver uma assistência mútua entre os Estados contratantes para a consecução deste objetivo (promovendo-se alteração no art. 27 da Convenção Modelo). O responsável tributário pela liquidação e recolhimento do imposto sobre os rendimentos das empresas estrangeiras digitais seriam as instituições financeiras locais, nas quais foi aberta a referida conta específica, ou as empresas responsáveis por processarem os pagamentos *online*. Há de se assegurar, também, um regime jurídico tributário idêntico às empresas nacionais que praticam a mesma atividade comercial, para observar o princípio da não discriminação e da neutralidade.

36. Por fim, o autor aponta que o modelo proposto também é suscetível a críticas, elencando algumas, como, por exemplo, os casos em que consumidores “mascaram” o IP fazendo com que a Internet acredite que eles se encontram localizados em outro país. E que a solução não analisa os impactos respeitantes a outros impostos (IVA; alfandegários), bem assim para o país de residência, a fim de verificar se o princípio da “proporcionalidade” está sendo bem aplicado.

37. Por todo o exposto, as indagações chaves da presente dissertação são respondidas de forma sintetizada conforme abaixo:

1 – O país consumidor tem legitimidade para tributar os rendimentos das empresas estrangeiras não residentes que, mesmo não necessitando estabelecer uma presença física (estabelecimento permanente) em seu território, participam ativamente da vida econômica do país através do comércio eletrônico direto, já que a Internet não conhece fronteiras físicas?

Resposta: Sim. A legitimidade do país consumidor será verificada com base no novo elemento de conexão denominado “presença econômica significativa”, da onde se extrai que a empresa multinacional não residente exerce atividade econômica nos limites geográficos do país.

2 – Tendo em vista que o país consumidor tem legitimidade para tributar fatos ocorridos em seu território, e, já que a Internet não conhece fronteiras físicas, pode-se sustentar que a atividade da empresa não residente está sendo exercida nos limites geográficos do território do país consumidor, caracterizando a existência de um estabelecimento permanente, permitindo a pretendida tributação?

Resposta: Sim. A inexistência de fronteira física no mundo virtual faz com que a empresa tenha, de algum modo, presença no Estado consumidor. Se os bens e serviços são consumidos de forma digital, significa que a empresa está presente aonde quer que se encontre um dispositivo eletrônico conectado à Internet. Essa presença é verificada pelo elemento de conexão “presença econômica significativa”, caracterizando a existência de um estabelecimento permanente fictício no país de consumo.

3 – Caso positivo, qual seria o método para constatar a existência do estabelecimento permanente, assegurando a tributação pelo país consumidor? Há a necessidade de modificar as normas da Convenção Modelo da OCDE?

Resposta: Conforme respostas anteriores, o método seria através do elemento de conexão “presença econômica significativa”. Há a necessidade de alterar o art. 5º da Convenção Modelo da OCDE para inserir este novo elemento no conceito de “estabelecimento permanente”.

4 – Caso negativo, quais seriam outras soluções viáveis para que o país de consumo tribute a renda das empresas digitais não residentes?

Resposta: Como alternativa, há a solução, por exemplo, de se criar “um tributo de equalização” a incidir sobre as atividades digitais, tal como fez a Índia em 2016. Outras soluções também foram analisadas, passando pela criação de novos elementos de conexão (e.g., local da celebração do contrato, local da prestação do serviço) e pela criação de novos tributos (e.g., bit tax).

## Bibliografia

### I - LIVROS E PERÍODICOS

BARRETO, Paulo Ayres. **Desafios do Planejamento Tributário**. In: Direito Tributário: homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Coordenador: Luís Eduardo Shoueri. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. 6ª ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CAMPOS, Diogo leite e João Costa Andrade. **Autonomia Contratual e Direito Tributário: A Norma Geral Anti-Elisão**. Coimbra: Almedina, 2008.

CAMPOS, Lucas Augusto Ponte. **Os elementos de conexão em direito tributário internacional: definindo o significado de "residência" para pessoa física e contribuição do direito comparado**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 103, p. 877-889, jan. 2008. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67832/70440>>. Acesso em: 02 de junho de 2017. doi: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v103i0p877-889>.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

CATÃO, Marcos André Vinhas e Julio Salles Costa Janolio, **Novas tendências da tributação sobre o comércio eletrônico**. In: Direito Tributário Internacional Aplicado, Volume IV (coord. Heleno Taveira Tôres). São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CAVALCANTI, Flávia. **Contribuições ao Estudo do Estabelecimento Permanente**. Tese de Doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

CHAKRAVORTI, B. **The Missing Political Debate Over the Digital Economy**. Harvard Business Review Digital Articles. 2-6, Oct. 6, 2016.

COLLI, Maciel. **Cibercrimes: limites e perspectivas para a investigação preliminar policial brasileira de crimes cibernéticos**. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre: Pontífica Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009. Texto parcial disponível em: <http://hdl.handle.net/10923/1747>.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 82-84.

EGGERT, J; CHIEN, L; ROBERT, E. **Action 1: Addressing the tax challenges of the digital economy**. International Tax Review. 4, Jan. 4, 2016. ISSN: 09587594.

FABRETTI, Láudio Camargo. **Código Tributário Nacional Comentado**. 5. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FALCÃO, Amilcar de Araújo. **Fato gerador da obrigação tributária**. 7ª ed. São Paulo: Noeses, 2013.

FILHO, Adalberto Simão. **Sociedade da Informação e seu Lineamento Jurídico**. In: O Direito na sociedade da informação / Liliana Minardi Paesani, coordenadora. São Paulo: Atlas, 2007.

FILHO, Edmar Oliveira Andrade. **Direito e dever de planejamento tributário ou de otimização da carga tributária**. In: Planejamento Fiscal – Aspectos Teóricos e Práticos – Volume II – Coordenado por Pedro Anan Jr. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

FILHO, Jorge José Roque Pires. **Planejamento tributário deve ser feito com propósito negocial**. Revista eletrônica Consultor Jurídico (CONJUR), 27 de janeiro de 2014. Acessível em <http://www.conjur.com.br/2014-jan-27/jorge-roque-planejamento-tributario-feito-proposito-negocial>.

GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 3º Ed. São Paulo: Dialética, 2011.  
\_\_\_\_\_. **Poderes da Fiscalização Tributária no Âmbito da Internet**. In: Direito e Internet – Relações Jurídicas na Sociedade Informatizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

JÚNIOR, Irineu Francisco Barreto. **Atualidade do Conceito de Sociedade da Informação para a Pesquisa Jurídica**. In: O Direito na sociedade da informação / Liliana Minardi Paesani, coordenadora. São Paulo: Atlas, 2007.

JÚNIOR, Maucir Fregonesi. **Desafios do Comércio Eletrônico Direto para o Direito Tributário**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 27ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Tributário**. 34ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

NABAIS, Jose Casalta. **Introdução ao Direito Fiscal das Empresas**. 2ª Ed. Coimbra: Almedina, 2015.

NETO, Luís Flávio. **A tolerância e a intolerância ao Treaty Shopping: os casos “Prévost”, “Indofood”, “Eagle I” e “Eagle II”**. In: Revista Direito Tributário Atual, v. 23. São Paulo: Dialética, 2009.

OECD, Committee on Fiscal Affairs, “**Electronic Commerce: Taxation Framework Conditions**”, Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs, October 8, 1998.

\_\_\_\_\_ (2015), **Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report**, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241046-en>.

\_\_\_\_\_ (2015), **Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Action 7 - 2015 Final Report**, OECD Publishing, Paris. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241220-en>.

\_\_\_\_\_ (2015), **Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)**, OECD Publishing, Paris. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264239081-en>.

PEDRO, Catarino. **A erosão do conceito de estabelecimento estável num contexto de globalização económica e digital**. Dissertação de Mestrado. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2015.

PIMENTA, Clarinda Patrícia de Sousa. **A deslocalização das empresas como forma de Planejamento Fiscal: uma análise à operação realizada pelo grupo Jerônimo Martins**. Dissertação de Mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2016.

RADU, Claudia Florina. **About Tax Compliance Some Reasons why People Pay Their Taxes**. Scientific Journal of Humanistic Studies. 6, 10, 107-112, Mar. 2014.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

RICHARDSON, Grant. **Determinants of tax evasion: A cross-country investigation**. Journal of International Accounting, Auditing and Taxation. 15, 150-169, Jan. 1, 2006.

SCHNEIDER, Friedrich; BUEHN, Andreas; MONTENEGRO, Claudio E.. 2010. **Shadow Economies All over the World : New Estimates for 162 Countries from 1999 to 2007**.

Policy Research working paper ; no. WPS 5356. World Bank. © World Bank.  
<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/3928> License: CC BY 3.0 IGO.

SHOUERI, Luís Eduardo. **Imposto de Renda e o Comércio Eletrônico**. In: Internet. O direito na Era Virtual. Luís Eduardo Schoueri (org.). 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_, **Tributação e Cooperação Internacional**. In Direito Tributário Atual nº 18. São Paulo: Dialética, 2004.

\_\_\_\_\_, **Princípios do Direito Tributário internacional: territorialidade, fonte e universalidade**. In: Princípios e Limites da Tributação, Coord. Roberto Ferraz. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SILVA, Suzana Tavares da. **Direito Fiscal: Teoria Geral**. 2ª Edição. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2015. p. 107.

SILVA, Suzana Tavares da *et al.* **Os benefícios da harmonização fiscal e os respectivos riscos face ao actual modelo de desenvolvimento económico**. Data da publicação: 11 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/handle/10316/157>.

SILVEIRA, Rodrigo Maitto da. **A relevância dos elementos de conexão no planejamento tributário internacional**. In: Planejamento Fiscal – Aspectos Teóricos e Práticos – Volume II – Coordenado por Pedro Anan Jr. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

TAPSCOTT, D. **After 20 Years, It's Harder to Ignore the Digital Economy's Dark Side**. Harvard Business Review Digital Articles. 2-6, Mar. 11, 2016.

TEIXEIRA, Glória. **Manual de Direito Fiscal**. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 2015.

TÔRRES, Heleno. **Pluritributação internacional sobre as rendas de empresas**. 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

VASCONCELLOS, Roberto de França de. **Tributação do comércio eletrônico internacional**. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003.

VOGEL, Klaus. **World-wide vs. Source Taxation of Income – A Review and Reevaluation of Arguments, in Influence of Tax Differentials on Internacional Competitiveness** (McLure, Sinn, Musgrave and others), Amsterdam: Kluwe, 1989.

XAVIER, Alberto. **Direito Tributário Internacional do Brasil: tributação das operações internacionais**. 5ª ed. Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva**. São Paulo: Dialética, 2001.

YOUNG, Lúcia Helena Briski. **Planejamento Tributário: Fusão, Cisão e Incorporação**. 7ª ed.. Curitiba: Juará Editora, 2011.

### **III - FONTE LEGISLATIVA**

**BRASIL**. Constituição Federal.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil).

\_\_\_\_\_. Lei nº 5.172/1966 (Código Tributário Nacional).

\_\_\_\_\_. Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999 (Regulamento do Imposto de Renda).

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet).

\_\_\_\_\_. Medida Provisória nº 685/2015.

**ESPAÑA.** Lei 58/2003 (*Ley General Tributaria*).

**PORTUGAL.** Decreto-Lei n.º 398/98, de 17 de dezembro (Lei Geral Tributária).

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 29/2008, de 25 de fevereiro.

**UNIÃO EUROPÉIA.** Directiva 97/7/CE.

\_\_\_\_\_. Directiva 2000/31/CE.

\_\_\_\_\_. Directiva 2002/38/CE.

\_\_\_\_\_. Directiva 2006/112/CE.

\_\_\_\_\_. Resolução 1999/C 23/01.

### **III - FONTES ELETRÔNICAS**

Dicionário Online de Português.

<https://www.dicio.com.br/economia/>. Acesso em 02 de julho de 2017.

*Ernst & Young.*

<http://www.ey.com/in/en/services/tax/ey-india-tax-insights-equalization-levy-indias-action-under-the-beps-agenda-for-the-digital-economy>, acesso em 13 de junho de 2017.

*Ernst & Young.*

[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Template\\_Equalisation\\_Levy\\_Alert.pdf/\\$FILE/Template\\_Equalisation\\_Levy\\_Alert.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Template_Equalisation_Levy_Alert.pdf/$FILE/Template_Equalisation_Levy_Alert.pdf), acesso em 14 de junho de 2017.

*Ernst & Young.*

[http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Template\\_Equalisation\\_Levy\\_Alert.pdf/\\$FILE/Template\\_Equalisation\\_Levy\\_Alert.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/Template_Equalisation_Levy_Alert.pdf/$FILE/Template_Equalisation_Levy_Alert.pdf), acesso em 14 de junho de 2017.

Jornal BBC.

<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-39714346>. Acesso em 07 de maio de 2017.

Jornal *Bloomberg*.

<https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-03-22/apple-s-itunes-overtaken-by-streaming-music-services-in-sales>. Acesso em 25 de abril de 2017.

Jornal *Financial Times*.

<https://www.ft.com/content/274cd10a-4a0f-11e7-a3f4-c742b9791d43>, acesso em 08 de junho de 2017.

*MillenniumDIPR*

<http://www.millenniumdipr.com/ba-42-establecimiento-permanente-y-economia-digital-especial-referencia-a-las-empresas-intermediadoras-en-el-ambito-del-turismo-colaborativo>.

Acesso em 01 de julho de 2017.

OECD.

<http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>, acesso em 08 de junho de 2017.

OECD.

<http://www.oecd.org/tax/treaties/ground-breaking-multilateral-beps-convention-will-close-tax-treaty-loopholes.htm>, acesso em 08 de junho de 2017.

OECD.

<http://www.oecd.org/tax/transfer-pricing/oecd-releases-beps-discussion-drafts-on-attribution-of-profits-to-permanent-establishments-and-transactional-profit-splits.htm>.

Acesso em 01 de julho de 2017.

Revista Época.

<http://epocanegocios.globo.com/colunas/Enxuga-Ai/noticia/2017/04/nao-e-so-burocracia-do-governo-que-emperra-empresas.html>. Acesso em 07 de maio de 2017.

Revista Exame.

<http://exame.abril.com.br/economia/uber-em-ny-esta-matando-mercado-de-credito-para-taxis/>. Acesso em 25 de abril de 2017.

Revista Forbes.

<https://www.forbes.com/sites/kathleenchaykowski/2016/07/27/facebook-shares-soar-on-sales-earnings-that-blow-away-estimates/#64964901c562>. Acesso em 25 de abril de 2017.

*Tax Adviser*

BEPS Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status. *Tax Adviser* [serial online]. October 2015;46(10):6-7. Available from: Health Business Elite, Ipswich, MA. <http://www.thetaxadviser.com/issues/2015/oct/beps-action-7.html>. Acesso em 01 de julho de 2017.

Wikipedia.

[https://en.wikipedia.org/wiki/Death\\_and\\_taxes\\_\(idiom\)](https://en.wikipedia.org/wiki/Death_and_taxes_(idiom)). Acesso em 02 de maio de 2017.